

Ministerul Educației, Cercetării, Tineretului și Sportului

Universitatea Babeș-Bolyai Cluj-Napoca

Facultatea de Studii Europene

Școala doctorală „Paradigma europeană”

Thèse de doctorat

Doctorand:

Pascal Verniory

Conducător de doctorat:

Prof. Dr. Basarab Nicolescu

Cluj-Napoca

2013



Ministerul Educației, Cercetării, Tineretului și Sportului

Universitatea Babeș-Bolyai Cluj-Napoca

Facultatea de Studii Europene

Școala doctorală „Paradigma europeană”

Pour une éthique du droit d'auteur

—

***Auteurs et créations dans la société de l'information :
révélateurs de l'humain ou otages de l'industrie culturelle ?***

Doctorant :

Pascal Verniory

Directeur de thèse :

Prof. Dr. Basarab Nicolescu

Comission de thèse :

Président :

Prof. Dr. Ovidiu Pecican, Université Babeș-Bolyai, Cluj-Napoca

Membres :

Conf. Dr. Răzvan Dincă, Université de Bucarest (faculté de droit)

Prof. Dr. Tiberiu Brăilean, Université Alexandru Ioan Cuza, Iași (faculté d'économie)

Conf. Dr. Mircea Bob, Université Babeș-Bolyai, Cluj-Napoca (faculté de droit)

Cluj-Napoca

2013

Ce travail est dédié à tous ceux qu'habite le « rêve agreste »* non pas d'une « économie sans marché », mais d'une société assez lucide pour reconnaître la faillite flagrante des industriels et des financiers à la diriger de façon *humaine*, et assez responsable pour ne plus laisser la maximisation illimitée des bénéfices, ainsi que la création des besoins factices et des insatisfactions qui l'accompagnent, mener l'humanité à une impasse.

À Maria-Grazia surtout, mon épouse, consultante en éthique appliquée, dont la rencontre m'a poussé à entamer ce travail et dont la profondeur de la pensée alliée à la rigueur de la démarche ne cessent jour après jour de m'éclairer. Sa compréhension à la fois bienveillante et sans faiblesse de l'être humain m'incite chaque jour à devenir davantage Qui je suis.

* Allusion à une déclaration de Denis Olivennes – alors PDG de la FNAC et auteur du « rapport Olivennes » –, faite le 11 juin 2008 dans l'émission d'Ali Baddou, *Les matins de France Culture* : « Le rêve agreste de ceux qui prônent une économie sans marché ».

« J'interdis aux marchands de vanter trop leurs marchandises. Car ils se font vite pédagogues et t'enseignent comme but ce qui n'est par essence qu'un moyen, et te trompant ainsi sur la route à suivre voilà qu'ils te dégradent, car si leur musique est vulgaire ils te fabriquent pour te la vendre une âme vulgaire. Or, s'il est bon que les objets soient fondés pour servir les hommes, il serait monstrueux que les hommes fussent fondés pour servir de poubelles aux objets. »

Antoine de Saint-Exupéry, *Citadelle*, chap. LXXI

« Notre seul espoir se situe dans l'attraction dynamique d'une nouvelle vision. Proposer telle ou telle réforme qui ne change rien au système est inutile à long terme, faute de la force contraignante d'une puissante motivation. L'objectif utopique est plus réaliste que le réalisme des dirigeants d'aujourd'hui. L'avènement de la société nouvelle et du nouvel Homme n'est possible que si les anciennes motivations – le profit, le pouvoir et l'intellect – cèdent la place aux nouvelles – être, partager, comprendre. »

Erich Fromm, *Avoir ou Être*

« Bien sûr l'argent n'a pas d'odeur
Mais pas d'odeur vous monte au nez »

Jacques Brel, *Voir un ami pleurer*

« C'était toujours face au légat qu'on devait combattre, César était plus loin. L'intouchable cavalier solitaire dont le heaume se rabat sur tous les visages de l'horreur et qu'on avait parfois cru vaincre était ailleurs, hors de portée, attendant. Pourtant il lui semble ce matin-là que tout ce que la forêt fait remonter pour lui des puits du temps pousse son pas infime à côté d'autres pas, vers ce spectre qui un jour tombera, un jour la terre boira le dernier sang de César. »

Pierre Moinot, *Le Guetteur d'ombre*

« Mettre en question les assertions périmées, c'est en même temps défier ceux qui en tirent profit. »

Alvin et Heidi Toffler, *Les Nouveaux Pouvoirs*

Remerciements

Je tiens ici à remercier tous ceux qui m'ont aidé, d'une manière ou d'une autre, à avancer dans ce travail qui s'est révélé à la fois passionnant et ardu :

Jean-Marie Leclerc, ancien directeur général du Centre des Technologies de l'Information de l'État de Genève, pour avoir appuyé ma démarche à ses débuts ;

Aliteea Turtureanu, pour son appui amical dans mes nombreuses démarches auprès de l'Université, ainsi que tous les doctorants en transdisciplinarité de ma volée, pour leur accueil et leur gentillesse ;

Michèle Bergadaà, Julien Cabay, Françoise Chaudenson, Anne-Valérie Gasc, Aude de Kerros, Agnès Tricoire, Philippe Aigrain, Cyril Arnaud, Michel Bauwens, Antoine Gitton, François Dermange, Ejan Mackaay et Guido Palazzo, ainsi que Giorgio Pauletto et Patrick Genoud de l'Observatoire technologique, pour les échanges qu'ils ont accepté de nourrir ou la confiance dont ils m'ont témoigné en me transmettant certains de leurs travaux ;

Basarab Nicolescu, pour m'avoir donné l'envie d'aborder ce travail en transdisciplinarité ;

Jean Bédard et Jean-André Nisole, pour leur engagement en tant qu'auteurs à chercher toujours plus loin la vérité qui les porte, et pour les encouragements qu'ils m'ont témoigné ;

Jean-François Malherbe, pour ses judicieux conseils, nos fréquentes discussions et son soutien ;

Monique et Jacques Gastinel, pour la passion avec laquelle ils transmettent leur talent et leur culture artistiques, et pour le choix qu'ils ont fait d'y consacrer leur vie ;

Sabine Ginalhac, Vincent Chappuis et Enrico Vigano, pour leur appui enthousiaste et leurs efforts de relecture ;

Constantin Sandru et Jil Martinez pour leurs traductions ;

Mon frère Jean-Marc, pour sa relecture bienveillante ;

Aurélien et Théophile, pour leur patience à m'écouter rendre compte de mes efforts quotidiens et pour leur intention affirmée de lire ce travail une fois achevé ;

Je tiens à remercier enfin et avant tout Maria-Grazia, mon épouse, pour sa constance comme pour son soutien moral et logistique de chaque instant au cœur d'une aventure de longue haleine qui m'a accaparé bien davantage que prévu.

Sommaire

1. Introduction	23
Un paysage complexe et mouvementé.....	25
Le point de départ d'une réflexion.....	28
Trois perspectives complémentaires	30
Recherche d'une autre voie.....	33
2. De l'épistémologie du droit à la méthodologie transdisciplinaire.....	35
Présentation.....	37
Épistémologie et droit	37
Nécessité de la transdisciplinarité.....	82
3. Recherche d'une fondation éthique	99
Présentation.....	101
Approche et définition de l'éthique	101
La personne, si mal connue.....	113
Conclusion intermédiaire	142
4. Dimensions socio-économiques du droit d'auteur.....	145
Présentation.....	147
Origine et caractéristiques du capitalisme	148
Utopies d'une économie auto-référente	198
Économie du droit d'auteur	220
Rationalité, science et technique.....	365
Conclusion intermédiaire	378
5. Histoire et évolutions du droit d'auteur	381
Présentation.....	383
Situation juridique actuelle	384
Éclairages sur les origines du droit d'auteur et du <i>copyright</i>	392
Les conditions d'émergence de la figure de l'auteur.....	470
Le fondement de la protection	475
Évolution du droit positif.....	497
Conclusion intermédiaire.....	511
6. Les motivations de la création.....	529
Présentation.....	531
Réflexions liminaires	533
Pourquoi créer ?	534
Les ambiguïtés de la création.....	636
L'œuvre, objet du droit d'auteur	676
Le droit d'auteur à l'épreuve de la modernité	765
7. Recherche de nouveaux équilibres juridiques.....	819
Les principes	821
Renforcement de la position de l'auteur	822
Recherche de l'équilibre	825

8. Conclusion	851
Les fondements	853
Les trois mises en perspective.....	858
Les réformes proposées.....	873
Vers une autre vision du monde.....	878
9. Abréviations et Bibliographie.....	881
Abréviations	883
Bibliographie principale.....	894
Bibliographie secondaire.....	938
Conférences, colloques	942
Publications	943

Table des matières

1. Introduction	23
Un paysage complexe et mouvementé.....	25
Le point de départ d'une réflexion.....	28
Trois perspectives complémentaires	30
Recherche d'une autre voie.....	33
2. De l'épistémologie du droit à la méthodologie transdisciplinaire.....	35
Présentation.....	37
Épistémologie et droit	37
<i>Connaissance et épistémologie</i>	<i>37</i>
<i>Les deux mouvements de la démarche scientifique.....</i>	<i>40</i>
<i>Les biais de toute connaissance humaine</i>	<i>43</i>
<i>L'épistémologie et les domaines « communs » de connaissance.....</i>	<i>46</i>
Aspects épistémologiques propres aux « sciences » humaines	46
Confrontation avec les caractéristiques de l'expérimentation scientifique	47
Repenser le concept de « scientificité » ou prendre la mesure de la liberté ? ..	50
Science et rationalité : l'exemple de l'économie.....	51
Pour une « science empathique »	60
<i>La « sujétité »</i>	<i>62</i>
Caractéristiques de la « sujétité »	62
Vers une « épistémologie généralisée »	64
<i>La notion de critique</i>	<i>66</i>
<i>Critique du droit</i>	<i>69</i>
La notion de droit	70
Le système analysé.....	73
L'influence de l'économie sur le droit par le politique	76
Le positivisme et le droit.....	77
Nécessité de la transdisciplinarité.....	82
<i>Définitions.....</i>	<i>83</i>
<i>Les obstacles à une démarche pluridisciplinaire.....</i>	<i>85</i>
<i>La transdisciplinarité.....</i>	<i>87</i>
Logique classique et modèle quantique.....	88
Le Tiers Inclus.....	89
Niveaux de réalité.....	90
Dynamique ternaire de la réalité	90
La tripartition des phénomènes selon Merleau-Ponty	91
Le Tiers Caché	93
<i>Ouvertures.....</i>	<i>94</i>
Ouverture à la transcendance et au sacré.....	94
Un mouvement de pensée « inouï »	96
3. Recherche d'une fondation éthique	99
Présentation.....	101
Approche et définition de l'éthique	101
<i>Remarques liminaires</i>	<i>101</i>

<i>L'éthique, la morale et la déontologie</i>	<i>102</i>
<i>Choix d'une éthique de référence.....</i>	<i>104</i>
Les différentes traditions de l'éthique	104
L'éthique de l'autonomie du sujet comme éthique de référence	105
Définition de l'éthique en regard de l'autonomie du sujet	109
<i>Transdisciplinarité de l'éthique</i>	<i>110</i>
Transdisciplinarité et unité du sujet.....	110
Place de l'éthique	111
La personne, si mal connue.....	113
<i>Le paradoxe de la personne</i>	<i>113</i>
Paradoxe de l'égoïsme psychologique.....	114
Réfutation de l'égoïsme psychologique.....	117
Critique de l'altruisme sacrificiel	119
Un sens moral parfois suspendu	120
❑ La soumission à l'autorité.....	120
❑ Soumission au groupe	122
❑ Dilution de la responsabilité.....	123
Assise du sens moral	124
❑ La bienveillance n'explique pas tout.....	124
❑ Absence ou présence à soi.....	126
❑ Plus avant vers le soi.....	129
<i>Individualisation et relation à l'autre</i>	<i>130</i>
L'affirmation de soi.....	131
L'influence de l'environnement	133
De l'identité à l'intériorité : appel à un noyau intérieur	135
Le fonds sans fond – L'autonomie du sujet (le puits)	137
<i>Transcendance de la personne.....</i>	<i>139</i>
La désobéissance civile	139
La résilience.....	139
Les enjeux de la protection de la vie privée	139
❑ « Si vous faites quelque chose... ».....	140
❑ Critique de l'amoindrissement de la sphère privée.....	140
Conclusion intermédiaire	142
4. Dimensions socio-économiques du droit d'auteur	145
Présentation	147
Origine et caractéristiques du capitalisme.....	148
<i>L'origine du capitalisme</i>	<i>148</i>
L'enjeu de la question des origines	148
La tentation d'une « naturalisation » du capitalisme	149
Une origine agraire... et contingente.....	150
<i>Les « fondamentaux » du capitalisme</i>	<i>151</i>
Contrainte par le marché.....	152
❑ Un rapport de forces particulier.....	153
❑ Une logique d'extension	154
❑ L'argent comme instrument de pouvoir	157
❑ L'information et les œuvres comme instruments de pouvoir	159
❑ Un instrument de redistribution sociale.....	160
Production concurrentielle.....	160
❑ Une concurrence entre producteurs	160

❑ Vers une concurrence monopolistique	162
❑ Une concurrence entre salariés	165
❑ Le système de valeurs propre à la concurrence	167
Amélioration constante de la productivité du travail	168
Maximisation des profits et accumulation illimitée	170
<i>Conséquences des « fondamentaux » et caractéristiques secondaires...</i>	171
Séparation entre pouvoir d'appropriation et pouvoir coercitif	171
❑ Une sous-traitance de la violence	171
❑ Séparation entre producteurs et consommateurs	172
❑ Conséquences sur l'Internet et sur le modèle du copyright	173
❑ Conséquences sur la théorie des contrats	174
❑ Mise en perspective de la valeur : capitalisme et réciprocité	176
Manipulation et marketing	176
❑ Les origines	176
❑ Définition de la manipulation	179
Les incidences du capitalisme sur le progrès technique	180
Objectification de la Nature et de l'homme	185
❑ Objectification et destruction de la Nature	186
❑ Objectification et destruction de l'humain en l'homme	190
❑ Un mal-être général	196
Utopies d'une économie auto-référente	198
<i>Marché « auto-régulé » et « désencastrement »</i>	198
<i>Origine morale d'une idéologie économique</i>	199
<i>La société civile régulée par les lois économiques</i>	201
<i>« Désencastrement » et moralité du capitalisme</i>	202
Amoralité du capitalisme ?	202
Le problème des limites	203
Une confusion entre disciplines et niveaux de réalité	206
Responsabilité individuelle et responsabilité collective	208
❑ Un sophisme affligeant	208
❑ Le groupe n'affranchit pas ses membres	209
❑ La responsabilité collective s'ancre dans l'individu	210
❑ Une interaction différente	211
Une critique de façade	212
Ignorance des fondamentaux du capitalisme	215
<i>Six prétentions d'affranchissement</i>	216
Les prétentions	216
Les remèdes	219
Économie du droit d'auteur	220
<i>Culture et économie : influences réciproques</i>	220
Définition de la culture	221
Influence de l'économie sur la culture... d'entreprise	222
❑ Avènement de la « société de la connaissance »	222
❑ La « gestion de la connaissance »	224
❑ « Société de la connaissance » et désappropriation progressive des savoirs	225
Influence de l'économie sur la culture	226
❑ Le financement des œuvres	226
❑ Ambiguïtés de la culture de masse	229
❑ Les « industries culturelles »	229
❑ La protection des biens immatériels	233
Influence en retour de la culture sur l'économie	241
❑ L'économie de la connaissance et la mondialisation	241

❑ Le marché culturel comme point d'entrée sur d'autres marchés	241
❑ L'influence des majorats sur le droit d'auteur	243
❑ Les logiciels libres et l'économie du partage	244
<i>L'économie de la propriété intellectuelle.....</i>	<i>256</i>
Les revenus du droit d'auteur.....	256
❑ Une autre idée des enjeux	256
❑ Marché de la musique : autour du chiffre d'affaires.....	257
❑ Marché de l'édition : influence des grands groupes	263
❑ Répartition des gains.....	269
Les majorats.....	273
❑ Des intermédiaires qui ne représentent pas les auteurs.....	273
❑ Exploitation contractuelle des auteurs.....	274
❑ Critique du « star system »	275
Les sociétés de gestion collective	276
❑ Une rente assurée par un quasi monopole	276
❑ Critique de certaines perceptions	278
❑ Une redistribution inéquitable.....	281
❑ Y a-t-il représentation des auteurs ?	282
L'État, partie prenante	284
L'Internet « pair à pair »	285
❑ Rien qu'un outil, mais un outil puissant.....	286
❑ Un choix de société.....	290
❑ Le modèle socio-économique influence la demande.....	291
❑ Un environnement étranger à la logique du copyright	295
Le « piratage » et ses effets	296
❑ Origine du terme	296
❑ Un peu d'Histoire.....	297
❑ Une distinction capitale.....	298
❑ Motivations de la contrefaçon privée	299
❑ Effets réels de la contrefaçon privée	307
Conclusion intermédiaire : un autre paysage.....	314
<i>L'économie du droit</i>	<i>315</i>
Présentation critique	315
Un équilibre à trouver entre incitation et accès	319
Les principes.....	320
Recherche du profit optimal	324
❑ Incitation de l'investisseur	325
❑ Incitation de l'auteur.....	326
❑ Autour de la durée.....	328
❑ Autour de la copie privée	345
❑ L'épuisement des droits	354
❑ Autour du domaine public – en quête d'un fondement positif	354
Rationalité, science et technique	365
<i>Technique et modernité</i>	<i>365</i>
Un moteur de la modernité.....	365
Une rationalité plurielle.....	367
<i>La tentation de l'analyse instrumentale de la technique.....</i>	<i>370</i>
L'homme est-il un animal technique ?	371
Sous le sceau de la loi de Kranzberg	372
L'entropie, moteur du progrès technique.....	373
Les influences socio-politiques	374
Les influences économiques.....	374
<i>L'art, autre facteur d'humanisation.....</i>	<i>376</i>

À la recherche du « propre de l'homme »	376
L'art déborde la technique.....	377
Conclusion intermédiaire	378
5. Histoire et évolutions du droit d'auteur	381
Présentation.....	383
Situation juridique actuelle	384
<i>Caractéristiques essentielles du droit d'auteur.....</i>	<i>384</i>
Les objets et conditions de protection du droit d'auteur.....	384
Les droits exclusifs composant le droit d'auteur.....	385
❑ Les droits moraux.....	385
❑ Les droits patrimoniaux.....	386
❑ Les exceptions au droit d'auteur.....	386
<i>Les droits voisins.....</i>	<i>392</i>
Contenu des droits voisins.....	392
Éclairages sur les origines du droit d'auteur et du <i>copyright</i>	392
<i>Origines communes.....</i>	<i>392</i>
La Rome antique	393
L'imprimerie à caractères mobiles	401
Les XVI ^e et XVII ^e siècles.....	413
<i>Les origines du droit d'auteur.....</i>	<i>415</i>
Le XVIII ^e siècle.....	415
❑ Les Lumières.....	415
❑ La Révolution française	429
Le XIX ^e siècle	434
Les XX ^e et XXI ^e siècles	442
❑ Le Front populaire et le projet de Jean Zay	442
❑ Les premières lois modernes	446
❑ L'ère numérique et le DADVSI	448
<i>Les origines du copyright.....</i>	<i>459</i>
En Angleterre	460
Aux États-Unis	465
Les conditions d'émergence de la figure de l'auteur	470
<i>Individuation et individualisation.....</i>	<i>470</i>
<i>Une figure de l'auteur plus ancienne qu'on ne pense</i>	<i>471</i>
<i>L'individualisation, un phénomène irréversible ?</i>	<i>474</i>
<i>La figure de l'auteur ne fait pas l'auteur.....</i>	<i>475</i>
Le fondement de la protection	475
<i>La propriété</i>	<i>475</i>
Opposition classique du naturalisme et de l'utilitarisme.....	476
La propriété pour l'utilitarisme – Jeremy Bentham	477
La propriété pour le capitalisme – John Locke et Frédéric Bastiat	478
La propriété pour les Lumières – Ambiguïté de la thèse personnaliste.....	481
<i>La protection des investissements.....</i>	<i>483</i>
<i>Le monopole ou « privilège ».....</i>	<i>485</i>
<i>Le travail.....</i>	<i>487</i>
<i>La publicité du discours.....</i>	<i>489</i>
<i>Les droits fondamentaux.....</i>	<i>490</i>

<i>La personnalité</i>	492
<i>La nature de la création humaine</i>	496
Évolution du droit positif	497
<i>Le but de la protection</i>	497
<i>La durée de la protection</i>	498
<i>Le périmètre protégé</i>	500
<i>Internationalisation du droit d'auteur</i>	501
Un souci d'harmonisation.....	501
Une guerre d'influence	501
<i>Les licences libres</i>	502
Reconnaissance judiciaire de la GNU/GPL.....	502
Interprétation juridique du mécanisme central de la GNU/GPL	503
Cession ou concession des droits ?	503
Une œuvre collective ?	505
Nécessité d'un régime légal approprié	509
Conclusion intermédiaire	511
<i>Quatre fronts en présence</i>	511
<i>Une revendication naturelle</i>	511
<i>De nombreuses confusions</i>	512
<i>Polysémie de la propriété</i>	512
<i>Origine techniciste du droit d'auteur mise à mal</i>	514
<i>Opposition forcée entre droit d'auteur et copyright</i>	515
<i>Droit d'auteur ou droit des exploitants ?</i>	516
<i>Monopole ou propriété ?</i>	519
<i>Opposition factice entre droits moraux et droits patrimoniaux</i>	522
<i>Droit d'auteur ou concurrence déloyale ?</i>	525
<i>Un débat d'une brûlante actualité</i>	526
6. Les motivations de la création	529
Présentation	531
Réflexions liminaires	533
Pourquoi créer ?	534
<i>La création, un phénomène très étudié</i>	535
<i>Un besoin fondamental</i>	536
<i>L'art comme catalyseur de l'auteur</i>	538
Les quatre degrés de l'urgence de créer	538
Une expérience qui transforme et révèle	539
❑ La « résistance » de l'œuvre.....	539
❑ Dévoilement du monde, dévoilement de soi	544
❑ Même « traversé », l'auteur demeure actif	547
❑ Devenir homme avant d'être auteur	550
❑ Implication physique de l'auteur : la « toile-peau »	551
❑ Une découverte de ce que l'on sait déjà ?	554
Le « chaos créateur » : se perdre pour mieux se trouver	555
Les dilemmes de l'auteur.....	561
Vérification de l'approche personnaliste	562
<i>L'art comme catalyseur de la réalité</i>	567

Art = vie ?.....	567
La <i>mimèsis</i> : imitation, transcription de la réalité ou « faire semblant » ?	572
L'art « plus réel que la réalité ».....	576
<i>L'art comme catalyseur du spectateur de l'œuvre</i>	581
<i>Conclusion intermédiaire</i>	583
Trois révélations qui vont de pair.....	583
Les plus grands apports de l'art.....	586
❑ Habiter le monde en conscience.....	586
❑ L'inspiration comme une grâce qui rassemble	588
❑ Au-delà de la « sous-crédation », faire surgir le possible.....	589
<i>L'autonomie de l'art</i>	593
Quatre critères de l'autonomie	593
❑ Une source qui échappe aux pouvoirs en place.....	593
❑ Art et artisanat : l'art est-il une technique ?.....	596
❑ Autonomie et gratuité de l'art	601
❑ Implication personnelle au sein du processus créatif.....	604
Dimension fictionnelle de l'art.....	606
❑ L'art n'est ni une idée, ni un discours	606
❑ Nature polysémique de l'œuvre	608
❑ Toute représentation n'est pas fiction.....	610
❑ Fiction et vérité	617
❑ Fiction et liberté de création.....	620
Autonomie ou unité de l'art ?.....	622
❑ L'opposition kantienne.....	622
❑ Les origines de la théorie de l'unité de l'art	622
❑ L'unité de l'art à l'épreuve du processus créatif.....	626
❑ Les critères juridiques opposés à la thèse de l'unité de l'art.....	629
Les ambiguïtés de la création.....	636
<i>Ambiguïté de la notion de « création »</i>	636
Une ambiguïté lourde de conséquences	636
L'œuvre finie comprise comme « médium »	638
<i>Ambiguïté de la notion de « créativité »</i>	640
Une composante de la confusion.....	640
Une notion banalisée	640
Confusion entre création et innovation	642
L'approche phénoménologique.....	646
❑ Pertinence de l'approche en matière de processus créatif.....	646
❑ Pertinence de l'approche en matière juridique	647
❑ Tentative de définition de la créativité	648
<i>Ambiguïté de la notion d'« originalité »</i>	649
La notion de nouveauté	649
L'originalité, entre nouveauté et authenticité.....	652
Origines historiques de la confusion	655
Originalité et création par appropriation	659
Originalité et œuvres collectives	669
Les trois acceptions possibles de la notion d'authenticité.....	674
L'œuvre, objet du droit d'auteur	676
<i>Un objet aux contours incertains</i>	676
<i>Une œuvre de l'esprit</i>	681
Un critère en amont des trois autres	681
Définition... par la négative.....	683

<i>La liberté d'exécution</i>	683
Les enjeux de la condition	683
Quelques cas limite.....	686
<i>L'originalité</i>	687
Les enjeux de la condition	687
Abaissement du critère	689
Refonder la notion d'originalité	695
❑ La difficile question du lien de l'auteur à son œuvre	695
❑ Défense de la conception subjective de l'originalité	697
❑ L'authenticité	703
Le plagiat, repoussoir de l'originalité.....	705
❑ Une notion ambiguë.....	705
❑ Un phénomène parent du processus créatif.....	706
❑ Psychologie du plagiaire	709
❑ La lutte des universités.....	711
L'administration de la preuve au regard de l'originalité	719
❑ Importance du type de preuve choisi : deux cas exemplaires.....	719
❑ Critique de l'examen de similitude	723
❑ L'originalité des récits historiques et des biographies.....	726
❑ La sécurité juridique à l'appui d'une approche subjective	728
❑ La preuve de l'authenticité.....	729
Abandonner l'originalité ?.....	734
<i>L'incarnation dans une forme (critère de la fixation)</i>	736
Les enjeux de la condition	736
Critique du lien entre l'idée de l'auteur et la forme de l'œuvre	737
Une abstraction considérée à contresens	741
Trois sortes d'idées.....	742
Deux formes d'abstraction.....	745
❑ Le processus d'abstraction dégressif.....	746
❑ Le processus d'abstraction progressif	747
❑ Application à « Paradis »	748
L'administration de la preuve au regard de la forme.....	751
❑ L'œuvre comme mesure de l'éventuelle reprise.....	751
❑ La question du style	752
❑ Les œuvres scientifiques	754
❑ La protection de la structure de l'œuvre.....	755
❑ Protection des récits historiques et des biographies	756
❑ Limites du recours aux sources communes	757
<i>Les rapports entre forme et originalité</i>	757
« Forme originale » et processus d'abstraction dégressif.....	757
La forme : empreinte de l'individu ou chemin vers l'universel ?.....	760
<i>Les conditions négatives</i>	761
Rappel des conditions négatives.....	761
Notions de catégorie, de type et de genre appliquées aux œuvres.....	762
<i>Tentative de définition de l'œuvre</i>	762
<i>Le droit d'auteur à l'épreuve de la modernité</i>	765
<i>Le droit d'auteur face aux arts appliqués</i>	765
Les productions des « arts appliqués à l'industrie »	766
❑ Recherche de la fonction	766
❑ Recherche de l'apparence séductrice	767
❑ L'intention artistique du concepteur.....	770
Les productions des « arts appliqués à l'artisanat »	771

☐ Les domaines dévolus à l'art	771
☐ Les autres domaines	771
<i>Le droit d'auteur face aux logiciels</i>	772
La situation actuelle	772
Critique et droit souhaitable	773
<i>Le droit d'auteur face à la photographie</i>	775
Représentation ou interprétation ?	775
La photographie, œuvre limite	777
L'originalité en photographie	777
<i>Le droit d'auteur face à l'AC</i>	783
Dépersonnalisation et rejet de la technique	783
« Résistance » de la matière contre « art par procuration »	785
Trois catégories d'art ?	794
Révolution du processus créatif ?	799
Relecture de l'originalité et de l'autonomie de l'art	801
Transgression de l'art et censure	804
Un art capitaliste ?	812
L'AC est-il protégeable ?	816
<i>Le droit d'auteur face aux images virtuelles</i>	817
<i>Le droit d'auteur face à l'Internet et aux œuvres collectives</i>	817
7. Recherche de nouveaux équilibres juridiques	819
Les principes	821
Renforcement de la position de l'auteur	822
<i>Incessibilité de l'ensemble des droits</i>	822
Cession ou concession ?	822
Des origines historiques malencontreuses	823
Recherche de l'équilibre	825
<i>Restriction de l'objet du droit d'auteur</i>	825
<i>Typologie des œuvres et pluralité des régimes de protection</i>	828
<i>La durée de protection</i>	834
Quelques rappels sur la durée	834
Le début de la protection	835
Conformité de la durée avec la nature de la protection	836
Pluralité des régimes et durée de protection	837
<i>Limitations du périmètre de la protection</i>	837
Les « limites » du droit d'auteur	837
☐ Limites et non pas exceptions	837
☐ Un droit à la copie privée	839
L'« usage premier » de l'œuvre	840
L'épuisement des droits	843
« Faire société » : la prise en compte de l'échange et du lien	844
<i>La gestion des droits</i>	846
☐ Remarques sur la licence globale	846
☐ Les Creative Commons à l'aide	847
8. Conclusion	851
Les fondements	853
<i>Épistémologie</i>	853

<i>Les trois dimensions de l'éthique</i>	853
<i>Vers le Tiers Caché</i>	855
<i>L'auteur comme sujet</i>	857
Les trois mises en perspective	858
<i>Économique</i>	859
<i>Historico-juridique</i>	862
<i>Artistique</i>	866
Les réformes proposées	873
<i>Renforcement de la position de l'auteur</i>	873
<i>Restriction de la protection</i>	875
<i>Pluralité des régimes de protection</i>	876
Vers une autre vision du monde	878
9. Abréviations et Bibliographie	881
Abréviations	883
<i>Publications</i>	883
<i>Domaine juridique</i>	885
<i>Organisations, associations</i>	888
<i>Domaine technique et métier</i>	892
Bibliographie principale	894
Bibliographie secondaire	938
Conférences, colloques	942
Publications	943

Partie 01

Introduction

Un paysage complexe et mouvementé

Au cœur de la « société de l'information » portée par le « tout numérique », qui voit les données devenir stratégiques et les œuvres sources d'immenses profits, les questions juridiques liées au droit d'auteur font rage. Les partisans du durcissement sans limites du droit d'auteur s'affrontent à ceux qui prônent un accès libre aux œuvres de l'esprit, au sein d'un débat où les positions des extrêmes s'avèrent pleines d'incohérences. Pour les premiers, la moindre d'entre elles n'est certes pas de réclamer des lois plus contraignantes pour servir un libéralisme qui ne cesse par ailleurs de réclamer « moins d'État » lorsqu'il s'agit de fixer les limites de ses propres activités. Pour les seconds, l'approche du « tout gratuit » fait l'impasse sur la nécessité pour les auteurs de subvenir à travers leur activité aux besoins de leurs proches tout en couvrant leurs coûts de production, parfois très considérables ; elle galvaude qui plus est les notions de *gratuité* et de *don*, qui doivent être fondées sur la réciprocité et non sur la prédation de l'activité d'autrui.

Thomas Paris, dans son ouvrage *Le Droit d'auteur : l'idéologie et le système*, montre que les approches traditionnelles du droit d'auteur, que ce soit par le droit ou par l'économie, échouent toutes à comprendre les facteurs d'évolution de ce droit et donc à apporter des réponses aux problèmes actuels. Il décèle trois « facteurs structurants » du droit d'auteur :

« À côté des grands principes, qui nous semblent intervenir avant tout sous forme d'un mythe, les deux autres facteurs qui font l'histoire du droit d'auteur sont les facteurs liés à sa mise en œuvre, délaissés par les approches traditionnelles du droit d'auteur : il s'agit de la technologie – et des contraintes qu'elle impose sur la diffusion des œuvres et la gestion des droits –, et de la gestion collective. [...] Pour l'ensemble des acteurs concernés, auteurs, diffuseurs, consommateurs, le rapport avec le droit d'auteur est d'abord un rapport avec des règles et des procédures, beaucoup plus qu'un rapport avec des grands principes de justice ou de justesse. Leur rapport avec le droit d'auteur est un rapport avec la SACEM plus qu'avec Beaumarchais ! »¹

Thomas Paris ajoute cependant, à propos des principes qui se sont opposés au droit de prêt dans les bibliothèques, qu'ils ne faisaient en réalité que cacher les intérêts des différents acteurs². Ainsi, bien qu'il ait perçu la tension existant entre les grands principes invoqués et le moteur effectif des évolutions du droit d'auteur, Thomas Paris fait le choix – certes pragmatique – d'éclairer l'influence exercée par les mécanismes fonctionnels du système sur le contenu du droit, délaissant les grands principes à qui il reproche de manquer de contours précis :

« Les principes du droit d'auteur n'ont [...] aucune existence formalisée. Pour cette raison, ils ne font pas l'unanimité et ne permettent pas une lecture sans ambiguïté des situations qui résoudrait les conflits qui s'y rapportent. Feraient-ils l'unanimité qu'ils ne permettraient néanmoins pas un règlement spontané des conflits latents. Car le droit d'auteur et ses principes entrent eux-mêmes

¹ Thomas PARIS, *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, PUF, Paris 2002, p. 31 ; pp. 35-36.

² *Ibid.*, p. 187.

en conflit avec d'autres principes supérieurs – le droit de la concurrence, le droit à la culture – et que ce phénomène va croissant »³.

On ne peut que suivre Thomas Paris lorsqu'il nous montre en quoi, dans les faits, le droit d'auteur évolue davantage en fonction des intérêts économiques des différentes filières de la création et des contraintes techniques de mise en œuvre qu'en fonction du principe de la défense de l'auteur. On ne saurait cependant se contenter d'une telle description, précisément en raison de l'existence des conflits qui opposent le droit d'auteur à d'autres principes juridiques supérieurs susceptibles de remettre en cause son existence même. Car ce sont les principes – fussent-ils économiques ou individualistes – qui justifient les droits. Quant aux intérêts particuliers, il est fort douteux qu'ils puissent inspirer des règles applicables à tous sans que les uns ou les autres trouvent à y redire. Faire société n'implique-t-il pas de rendre sa position compréhensible à l'autre et d'accepter les règles du dialogue ?

La loi sur le droit d'auteur est, plus que jamais, devenue un champ de bataille où les intérêts des uns et des autres se confrontent ouvertement. L'insistance des groupes de pression des majorats des loisirs et de l'information – nom donné aux entreprises commerciales jouant un rôle majeur dans ces industries – pour influencer le contenu législatif nous montre assez l'importance pratique que peut avoir ce dernier. Il faut alors plutôt s'interroger sur les raisons qui poussent les différents acteurs des filières de la création à justifier leurs revendications par la défense des intérêts des auteurs, même s'il ne s'agit là que d'un prétexte. Les rapports concrets entre auteurs et utilisateurs sont en effet très souvent ressentis et formulés en termes de *justice* et d'*injustice*. La raison en est simple : l'auteur a beau apparaître pour certains comme une « figure floue » définie par une œuvre aux contours toujours plus incertains⁴, il demeure qu'en son absence le droit d'auteur n'a plus de raison d'être en tant que branche spécifique du droit. S'il ne s'agit plus de défendre une création mais un simple *travail* ou un simple *investissement financier*, on ne voit pas pourquoi les revendications des filières concernées ne seraient pas résolues par le droit de la concurrence – en particulier les règles interdisant la concurrence déloyale – et les dispositions protégeant du parasitisme – certes parfois critiquées –, à l'instar de toute autre activité industrielle. Les majorats des loisirs et de l'information ne s'y trompent pas, eux qui voient dans le droit d'auteur l'occasion de renforcer un monopole que le droit de la concurrence ne leur accorderait jamais. Au XVIII^e siècle déjà, les éditeurs parisiens l'avaient compris à leur manière.

Si « Les principes du droit d'auteur n'ont aucune existence formalisée », peut-être est-il temps de les expliciter, quelque ardue que la tâche apparaisse. Que le statut d'écrivain ait été amélioré en France par la professionnalisation de la branche, laquelle bénéficie

³ Ibid., p. 186.

⁴ Notamment : Thomas PARIS, *Le droit d'auteur*, op. cit. ; Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art ?*, Armand Colin, Paris 2007.

ainsi de manière facilitée du régime général de la sécurité sociale⁵, qui en douterait ? Mais l'avenir de ce statut passe également par une évolution du droit d'auteur lui-même. Son renforcement, exigé par les principaux titulaires de droits au fil des progrès techniques de reproduction ou de diffusion des œuvres, ne peut continuer de se construire au mépris de ses principes fondateurs. Il y a urgence à ce que ces derniers soient entendus dans leur dimension ontologique. Le renforcement du caractère exclusif – et donc excluant – du droit d'auteur ne sert en effet pas seulement les intérêts financiers des filières de la création : il conditionne en profondeur la portée concrète des mutations de société que nous connaissons et peut modifier les rapports du public aux œuvres artistiques et littéraires jusqu'à engager sa capacité d'assimiler l'information ou réduire l'activité créatrice à ses seuls aspects mercantiles. Il pourrait même, à travers la portée toujours moindre du domaine public, exercer une influence décisive sur la notion de tradition et contribuer ainsi à la dilution du tissu social de façon plus profonde encore que la fracture numérique. En un mot, il peut menacer la création elle-même, et, avec elle, notre capacité à explorer pleinement notre humanité.

Ces considérations manifestent la nécessité d'une réappropriation des techniques sur lesquelles s'appuie la « société de la connaissance » à l'intérieur d'une réinterprétation de la condition humaine, de ses rapports aux œuvres et du rôle que le droit est appelé à y jouer. La nature des principes ontologiques soutenant le droit d'auteur doit en effet être traduite dans un second temps sous une forme appréhensible par le droit, comme l'avait bien compris Pierre-Augustin Caron de Beaumarchais. On peut certes s'interroger sur la nécessité de faire appel à des perspectives étrangères au droit pour critiquer les textes de loi actuels. L'épistémologie nous apprend toutefois que les effets pervers d'une loi ne peuvent guère apparaître qu'en considérant cette dernière dans le contexte socio-économique et humain qu'elle est censée réglementer : le texte de loi, analysé pour lui-même, ne peut révéler que d'éventuelles contradictions internes. Il semble dès lors que tout modèle décrivant la situation du droit d'auteur devrait considérer au moins cinq aspects : le droit positif bien sûr, essentiellement en ce qui concerne le périmètre des droits protégés et les peines encourables ; la mise en œuvre pratique du droit ; les aspects économiques, pris en compte par l'analyse économique du droit ; les aspects techniques, notamment ceux permettant de fermer l'accès aux contenus ou ceux renforçant la captivité des utilisateurs ; enfin l'usage entre acteurs du marché, en particulier concernant les contrats types imposés par une catégorie d'acteurs à une autre. S'y ajoute la nature de l'activité créatrice, qui relève d'un autre niveau d'analyse mais constitue néanmoins le fondement ultime et emblématique du droit d'auteur. Ainsi la mise en œuvre pratique du droit nous apprend-elle qu'aux États-Unis gagner un procès peut être aussi ruineux que de le perdre⁶ : dans ce cas, une loi axée sur la répression aura tendance à amoindrir considérablement la position d'un

⁵ Olivier BESSARD-BANQUY, *L'Industrie des lettres – Étude sur l'édition littéraire contemporaine*, Pocket, coll. Agora, Paris 2012 [2009], p. 60.

⁶ Lawrence LESSIG, *Culture libre – Comment les médias utilisent la technologie et la loi pour confisquer la culture et contrôler la créativité* (ci-après : *Culture libre*), The Penguin Press, New York 2004, pp. 37 et 71.

acteur peu fortuné, quels que soient les droits qui lui sont reconnus, et à renforcer les pratiques des entreprises parasites rompues aux méthodes de chantage judiciaire. Le législateur actuel ne peut ignorer ces pratiques et devrait en tenir compte dans la formulation des règles applicables.

Ce nécessaire appel à des disciplines différentes pour mieux éclairer la problématique propre à l'une d'entre elles fait appel à la tradition *pluridisciplinaire*, dont plus personne ne songe à contester les apports. Il se fait même dans un esprit proprement *transdisciplinaire*, conçu comme une méthodologie permettant d'appréhender la réalité complexe. Ses caractéristiques et ses spécificités seront exposées à titre liminaire du présent travail. Notons d'emblée que la transdisciplinarité peut se concevoir comme le cercle d'une roue qui réunirait les divers rayons que sont les disciplines ; ici, le droit d'auteur, centre de nos préoccupations, se superposera parfois à l'essieu, mais toujours en vue de conduire à ce qui le fonde en regard de notre nature humaine ; il s'agira de l'aborder par circonvolutions faisant appel à de nombreuses disciplines, chaque approche permettant de mieux dessiner le cercle infini de la roue et de montrer – je l'espère – la cohérence de l'analyse transverse entreprise⁷. C'est ainsi que tout questionnement épistémologique semble un appel à la transdisciplinarité.

Il nous faut cependant creuser plus loin pour trouver nos réponses, et l'éthique nous aidera à analyser le phénomène de la création humaine. L'idée que chacun se fait du droit d'auteur n'est-elle d'ailleurs pas « souvent sous-tendue par un regard éthique »⁸ ?

Le point de départ d'une réflexion

Le questionnement du droit d'auteur qui est le mien est parti d'une inquiétude éthique. Les aléas qui ont entouré l'adoption du DADVSI en France, la pauvreté des débats parlementaires constatée par les spécialistes de la question, l'incompétence avouée de députés ayant, quoi qu'il advienne, décidé d'obéir docilement aux consignes qui leur avaient été ouvertement données par leur chef de file politique ; les intérêts financiers en jeu et les pressions invraisemblables exercées par les majorats des loisirs sur les représentants du peuple pour les convaincre de « l'évidence » du bien-fondé de leur cause, mais aussi les démarches des opposants et le début d'un réseau de réflexion s'organisant comme il peut à travers l'Internet ; la portée et l'intensité du débat public qui entoura le vote et surprit tout le monde ; le gouffre toujours plus grand qu'il révélait entre les objectifs « privés » des intermédiaires et les attentes du grand public ; l'auteur, grand absent d'un débat qui, depuis la mainmise de l'industrie sur les productions culturelles, ne le concerne plus guère : tout cela m'a incité à me pencher à mon tour sur la question d'un droit d'auteur dont je pressentais qu'il s'éloignait résolument – avec Internet pour prétexte – de ce qui le justifiait et le distinguait des règles établies en matière de concurrence déloyale. Le droit ne doit-il pas rendre

⁷ Je tiens à remercier ici Jean-François Malherbe pour l'image qu'il m'a donnée de la transdisciplinarité.

⁸ Agnès TRICOIRE, *Protection de l'œuvre* [a], dans *Étapes*, septembre 2009, pp. 68-69.

compte après tout des buts qu'il se propose d'atteindre ? N'est-il pas susceptible d'une critique fondamentale lorsqu'une part importante de la société civile doute d'une adéquation entre buts annoncés et moyens mis en œuvre ? Ou lorsque le durcissement de ces derniers, de l'aveu même de ceux qui le prônent, n'apporte pas les résultats escomptés ? Le droit ne doit-il par ailleurs pas rendre compte de son action sous l'angle éthique, à l'instar de toute activité humaine ?

Confronté aux contradictions d'un système toujours plus tentaculaire et toujours plus obsédé par la rentabilité des investissements, je nourrissais alors le projet d'en dégager les paradoxes et les impasses, voire de formuler quelques lignes directrices pour nourrir le débat autour de sa réforme lointaine. L'un des principaux reproches que je formulais contre le système du droit d'auteur était de tourner en boucle autour de référentiels trop étroits, ce qui me semblait le rendre d'autant plus vulnérable aux coups de butoir des majorats. Pour asseoir le droit d'auteur sur des bases susceptibles d'assurer à l'auteur un minimum de protection, il m'apparaissait essentiel de revenir aux sources, d'examiner les revendications des auteurs au cours des siècles tout en tenant compte des progrès techniques qu'offre actuellement le tout-numérique ; peut-on faire l'économie d'une telle critique si l'on veut le rendre acceptable aux yeux d'un public qui le conteste en tant qu'instrument du pouvoir grandissant de l'industrie ? Est-il par ailleurs possible d'améliorer la position des auteurs sans passer par le durcissement sans précédent du droit d'auteur auquel travaillent sans relâche depuis des décennies les majorats des loisirs et de l'information ? En outre, peut-on rendre au droit d'auteur sa spécificité sans assurer à l'auteur un minimum de protection ? Dans une société qui réduit tout à la dimension de marchandise, cette spécificité ne tient-elle pas nécessairement à la mise en exergue du processus créatif plutôt que dans la dimension économique de l'œuvre ? Et quelle est donc la nature d'un tel processus ? Que dit-il de l'auteur lui-même ? Qu'a-t-il à apprendre aux spectateurs de l'œuvre ? Si l'acte créateur constitue l'une des illustrations les plus emblématiques de l'indétermination du monde, son observation ne nécessite-t-elle pas de porter sur lui une attention différente de celle que le scientifique porte à l'objet ? Une attention laissant survenir l'inattendu de l'auteur considéré dans sa dimension de sujet, dans une approche herméneutique plutôt qu'analytique ? Cette approche ne doit-elle pas faire dès lors la part belle à l'éthique et au Tiers Caché de la transdisciplinarité ?

J'ai donc mené ma réflexion dans divers domaines connexes, de la sociologie à la philosophie de l'art, de l'économie à l'anthropologie, de l'Histoire à la psychologie sociale. Cette nécessité de recourir à d'autres disciplines pour mieux juger du droit sera confortée par les considérations épistémologiques développées. Vu l'étendue des champs couverts, j'ai renoncé à toute prétention à l'exhaustivité, pour me concentrer sur les ouvrages majeurs qui m'avaient guidé avec le plus de bonheur et tenter de tracer un chemin transverse dont la seule ambition serait de montrer, face à l'omnipotence de l'approche économique, qu'une autre cohérence est possible. Ma recherche a-t-elle perdu pour autant son statut scientifique ? Il se peut que certains positivistes nostalgiques le pensent. Mais j'ai pour ma part trouvé dans l'approche transdisciplinaire la rigueur méthodologique nécessaire permettant de dépasser nombre

d'antinomies auxquelles je me suis heurté chemin faisant. L'approche transdisciplinaire récuse la dichotomie sujet-objet liée à la logique du tiers exclus. Elle ouvre sur une logique du Tiers Inclus qui permet de dépasser ces apories en les considérant dans un niveau de réalité supérieur de celui où elles font difficulté. J'ai ainsi pu poursuivre mon entreprise en dépassant une bonne part des contradictions rencontrées dans la philosophie de l'art, l'économie capitaliste et le système du droit d'auteur, en acceptant tout d'abord qu'elles ne puissent se résoudre dans le contexte où elles se présentaient, puis en trouvant le chemin d'un niveau d'intelligibilité capable d'en rendre compte et de comprendre l'unité qui les rassemble en profondeur.

Les arguments rencontrés au cours de mes recherches et formulés par les divers auteurs consultés ont suscité des pistes de réflexions critiques qui, de fil en aiguille, de conclusion en conclusion, m'ont fait abandonner beaucoup des dogmes qui m'avaient été enseignés durant mes formations. J'ai résisté bien sûr dans un premier temps à ce processus critique parce que tout changement, même lorsqu'il nous donne l'impression de nous rapprocher de nous-mêmes, nous plonge aussi dans le sentiment de devenir l'étranger de celui que nous étions – ou que nous croyions être. Ce changement m'a conduit au critère de protection que je recherchais, à la fois suffisamment exigeant pour ne pas accueillir toute production humaine, suffisamment ouvert pour ne pas se cantonner aux seules œuvres littéraires et artistiques, et lié au processus créateur tel que la phénoménologie et l'anthropologie me l'avaient fait découvrir : la capacité de l'œuvre de transformer son auteur en lui permettant de se découvrir dans le temps qu'il l'élabore.

La personne humaine et ses liens à la création se trouvent bien au cœur du fondement du droit d'auteur tel que l'expose la thèse personnaliste ; nous verrons dans quelle mesure cette dernière – et elle seule – permet de justifier la propriété originelle qu'accorde le droit d'auteur, laquelle, sinon, serait exorbitante en regard du droit de la concurrence. La dynamique du processus créatif, doublant celle de l'autonomisation du sujet, pourra en outre nous aider à résoudre l'opposition que l'on pose souvent en matière de droit d'auteur entre l'incitation à la création et le frein à la diffusion des œuvres⁹, en nous permettant notamment de comprendre en quoi leur libre accès peut inciter à la création sans qu'il soit nécessaire de passer par les thèses utilitaristes qui justifient en théorie le *copyright* étasunien.

Trois perspectives complémentaires

Une fois la fondation éthique de notre réflexion établie, il nous faudra soumettre le régime actuel du droit d'auteur à trois perspectives complémentaires : socio-économique, historique et artistique, afin de déceler l'origine des dérives actuelles du système. L'ambition sera d'exposer, pour reprendre le bon mot d'un archéologue, « *depuis quand* se fait ce qui se fait *depuis toujours* », afin de montrer comment

⁹ Thomas PARIS, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 187.

« certaines habitudes mentales se sont substituées à la pensée et nous donnent aujourd'hui l'impression d'obéir à des lois immuables »¹⁰. Ces trois approches nous offriront surtout l'occasion d'éprouver la thèse défendue dans la recherche d'une fondation éthique, chacune dans son domaine. La première perspective, celle dévolue au domaine économique, nous permettra de mieux comprendre les enjeux de la propriété intellectuelle et d'interroger les limites de l'économie du droit. Éclairée par les circonstances historiques qui l'ont suscité, l'analyse du capitalisme montrera tout d'abord en quoi il n'a rien de neutre. Elle nous apprendra ensuite son rôle dans les mutations actuelles du droit d'auteur, mais surtout le caractère *vital* que ces changements revêtent pour lui. Il sera alors temps de nous demander sur quel autre *mode d'être* notre approche de la culture pourrait s'ouvrir à l'avenir.

Si l'amplification outrancière du droit d'auteur ne semble servir que les intérêts des intermédiaires, titulaires ou gestionnaires des droits, aux dépens de ses bénéficiaires annoncés, voire de tous les autres justiciables, un tel empressement du législateur à défendre les intérêts des plus puissants ne peut se comprendre que placé dans la perspective d'un mouvement plus vaste d'intérêts économiques convergents, qui sera exposé dans le cadre de la mise en perspective économique. Il est toutefois aussi possible de n'y voir, à la lumière des récents travaux d'Ellen Meiksins Wood¹¹, que les effets logiques du capitalisme. Cette mise en perspective économique devrait permettre d'expliquer pourquoi nos dirigeants s'inscrivent dans un modèle qui, malgré ses affirmations de façade, ne cherche plus à concilier les droits des majorats avec ceux du public, et pourquoi ce dernier semble ne pas s'apercevoir de l'imposture dont il est la victime.

La mise en perspective historique nous fera remonter aux premières revendications des créateurs sur leurs œuvres et aux conditions d'émergence de la figure de l'auteur ; la revue des différentes justifications du droit d'auteur à travers le temps permettra d'établir dans quelle mesure les mobiles avancés officiellement en faveur du monopole accordé par la loi ou ses renforcements sont fondés. C'est ainsi que, prenant appui sur l'idéologie « techno-scientiste », les tenants du durcissement du droit d'auteur parviennent à renforcer leur position au coup par coup, en réaction à chaque progrès technique facilitant l'accès aux œuvres ou leur reproduction, sans qu'une réflexion sur les fins réellement poursuivies permette de réévaluer la propriété intellectuelle. Cela explique sans doute pourquoi ce droit est à l'heure actuelle remis en question par beaucoup. La revue historique permettra aussi de montrer que l'opposition entre *copyright* – attaché à inciter à la création – et droit d'auteur – attaché à la défense de l'œuvre comme prolongation de la personne de l'auteur – n'a pas toujours été aussi forte qu'aujourd'hui, et en quoi l'essentiel des tensions que nous connaissons tient pour l'essentiel au dévoiement de l'utilitarisme de Jeremy Bentham. Il sera alors

¹⁰ Jean-François MALHERBE, *La Démocratie au risque de l'usure – L'éthique face à la violence du crédit abusif*, Liber, Montréal 2004, p. 17.

¹¹ Ellen MEIKSINS WOOD, *L'Origine du capitalisme. Une étude approfondie*, trad. François Tétreau, Lux, Montréal 2009 [1999].

possible de voir en quoi l'idée d'une protection accordée à l'auteur peut être motivée par une incitation à la création.

Si par ailleurs le droit d'auteur a été récemment reconnu comme droit fondamental, consolidant encore la position de ceux qui profitent le plus de la tendance actuelle, il se peut toutefois que seuls certains de ses aspects soient concernés par cette reconnaissance, à savoir ceux qui se rattachent directement à la personne même de l'auteur. Ainsi, loin de consacrer en droit fondamental la prétention des investisseurs à maximiser leurs profits, cette reconnaissance pourrait appeler à reconnaître le droit de l'auteur, *et de l'auteur lui seul*, à vivre décemment de son œuvre. Il serait alors toujours possible de prétendre que le renforcement du droit d'auteur porte une atteinte injustifiée au domaine public d'une part, à d'autres droits fondamentaux tels que les libertés d'information et d'expression d'autre part, en ce sens qu'il menace non seulement la possibilité pour chacun d'accéder à l'information à des conditions raisonnables, mais aussi le droit de certains auteurs à la création et à la gestion de leur œuvre.

L'analyse de la dynamique créatrice enfin nous amènera à considérer sous un autre angle la pertinence des moyens juridiques mis en œuvre à la lumière des buts que le droit d'auteur prétend officiellement poursuivre. Les contradictions qui traversent le droit d'auteur actuel pourraient trouver une solution à l'issue d'une réflexion sur les rapports aussi fondamentaux que tendus existant entre la créativité et les objets finis qui en résultent. Cette distinction entre « processus créatif » et « œuvre d'art », tous deux inclus dans la notion de « création », permet de mieux analyser la situation et de proposer des pistes de travail plus cohérentes. Ainsi, peut-être est-ce parce que les pays de droit d'auteur ont donné trop de poids à l'objet fini, visible et commercialisable, que le *copyright* prend de l'ascendant sur les droits moraux : ces derniers ne relèvent-ils pas de la dimension personnelle propre au processus créatif lui-même ? Il y aura aussi lieu de s'interroger sur la distinction établie, pour des raisons historiques, entre les aspects patrimoniaux et moraux du droit d'auteur, avant d'analyser les trois conditions qu'une production doit remplir pour être protégée. D'autres ambiguïtés lourdes de conséquences apparaîtront à cette occasion : faut-il voir dans l'originalité un critère esthétique et « évaluatif », voire un synonyme de « nouveauté » qui assimilerait l'art à une invention brevetable, voire à une marchandise, ou désigne-t-elle plutôt toute œuvre que l'auteur tire de son propre fonds, devenant ainsi synonyme d'« authenticité », en écho à l'*intégrité* exigée des auteurs qui entendent s'affranchir du plagiat ?

Il est dès lors urgent de repenser les notions de « création », d'« originalité », d'« auteur » et d'« œuvre de l'esprit » en remontant jusqu'aux penseurs antiques et en nous appuyant sur les critères éthiques qui auront été dégagés auparavant. Cette démarche devra prendre en compte l'impact de plusieurs phénomènes récents sur la

notion d'œuvre, comme sa reproductibilité, les théories de l'AC¹², la protection des dessins de fabrique ou l'émergence de nouvelles techniques telles que la photographie et la programmation informatique, le mode de création participatif à l'origine des logiciels libres, les textes rédigés en commun via l'Internet, le processus collectif et industriel de réalisation des œuvres cinématographiques, sans oublier la délicate question de la protection des parfums. Cette approche nous permettra notamment de tracer une ligne de démarcation entre les *œuvres* proprement dites et les « biens informationnels ». Il s'agira par la suite, à l'aide des principes éthiques initialement dégagés, de penser le domaine public non plus comme un espace informe et résiduel, mais de le fonder comme un champ propre, défini de manière positive. Ces critères éthiques permettront également de relativiser la tentation actuelle d'utiliser les mécanismes techniques de protection rendus possibles par la numérisation des œuvres de l'esprit – je pense en particulier aux « mesures de gestion numérique des droits » ou DRM¹³ – indépendamment de toute subsidiarité ou de toute proportionnalité. Ces thèmes, qui entendent interroger les fondements mêmes du droit d'auteur, m'ont interdit, par leur ampleur, d'aborder la question annexe des droits dits « voisins », qui pourtant participent à l'amplification de son influence sur la société civile. On ne s'étonnera donc pas de leur absence presque complète dans ce travail.

Recherche d'une autre voie

L'opposition entre « la propriété intellectuelle humaniste » et « le droit d'auteur mercantile » serait-elle dépassée ? Isabelle de Lamberterie nous invite à le croire et affirme que le débat se serait déplacé pour laisser place à d'autres préoccupations, telles que la nécessité d'une correction des lois du marché « préjudiciables à court ou moyen terme au développement d'un patrimoine culturel diversifié » ou le choix des conditions à offrir aux futurs créateurs « pour leur faciliter l'accès au patrimoine culturel, y compris le patrimoine récent »¹⁴. Dès lors qu'il faut entendre « mercantile » dans le sens de « capitaliste », les mises en perspective susmentionnées montrent qu'il n'est toutefois pas possible de corriger de l'extérieur les « lois » du marché et nous invite à chercher, à travers précisément cette opposition, des solutions cohérentes aux louables préoccupations actuelles. Mais le droit d'auteur ne s'inscrit pas toujours dans les oppositions : alors qu'au début de mon parcours j'ai situé le droit d'auteur dans un

¹² Dénomination de l'*art contemporain* donnée la première fois en 2005 par Christine Sourgins (Christine SOURGINS, *Les Mirages de l'art contemporain*, La Table Ronde, Paris 2005) afin d'éviter d'utiliser expressément le terme *art*, l'art contemporain affirmant lui-même n'être pas un art (Aude DE KERROS, *L'Art caché – Les dissidents de l'Art contemporain*, Eyrolles, Paris 2007, p. 10, note 1). Je reprends dans le présent travail cette expression, mais en lui donnant souvent le sens plus limité d'*art conceptuel*, pris dans un sens qui inclut toutefois le minimalisme, notamment par souci d'éviter l'abus de langage bien connu en vertu duquel une période – mouvante qui plus est – se trouve prise en otage d'un mouvement spécifique.

¹³ en anglais : « *Digital Rights Management* », en français : « gestion numérique des droits », parfois traduit malencontreusement par « gestion des droits numériques ».

¹⁴ Isabelle de LAMBERTERIE, *De l'incitation à la création au droit à la culture. Quelle dynamique pour les droits d'auteur aujourd'hui ?* (article, ci-après : [a]), dans *Réseaux*, vol. 16, n°88-89 (mars-juin 1998), pp. 77-90, p. 89.

contexte de rivalité entre les acteurs en présence, ses développements permettent d'entrevoir une conciliation entre l'auteur et son public. Le droit d'auteur ne reflète-t-il pas plus profondément la manière dont l'homme pense ses rapports au monde ? L'activité créatrice n'est-elle pas inextricablement liée au processus qui fait passer tout être humain du simple *individu* qu'il est à sa naissance au *sujet* qu'il est appelé à devenir ? Le véritable enjeu du droit d'auteur pourrait ainsi bien être non pas le droit de chacun à la culture¹⁵ mais le droit plus essentiel encore à expérimenter son humanité à travers l'expression matérielle de « ce qui l'habite ». Laure Adler, en parlant de l'art épistolaire comme d'« un apprentissage qui devient, imperceptiblement, un agrandissement de soi-même, une croyance en ses propres possibilités »¹⁶, ne désigne-t-elle pas de manière plus générale l'apport essentiel de toute démarche artistique ? C'est un portrait de l'auteur comme révélateur de l'humain qui sera ici proposé, quitte à ce que certains juristes se sentent déconcertés par le passage parfois brutal entre des principes très transverses et la proposition de solutions fort concrètes. Mais n'est-ce pas le propre de l'éthique que de demander à toute activité humaine, aussi modeste pût-elle paraître, de rendre compte des valeurs qui la portent ? La dimension transcendante de la personne humaine nous permettra de mieux saisir la place que la culture et la création devraient tenir pour contribuer pleinement à l'avènement de la personne, loin des manipulations mercantiles actuelles. C'est ce souci qui explique que le terme de « consommateur » soit rare dans le présent travail, faisant écho à cette déclaration de principe d'Emmanuel Pierrat : « quand on emploie ce mot, je commence à avoir peur »¹⁷.

Le droit d'auteur, on le voit, est un domaine qui touche à des sphères très intimes de l'humain, tout en devenant l'enjeu majeur de l'extension actuelle du système capitaliste. Loin de moi l'ambition de prouver quoi que ce soit dans un domaine si complexe : il s'agira plutôt d'exposer une vision différente de celle proposée par les institutions en place et de montrer – du moins je l'espère – qu'une autre voie que celle suivie jusqu'ici est possible, qui a sa cohérence.

¹⁵ *Ibid.*, p. 79

¹⁶ Laure ADLER, Stefan BOLLMANN, *Les plus belles lettres de femmes*, Flammarion, Paris 2012, préface, p. 10.

¹⁷ Yves ALIX, Emmanuel PIERRAT, *Le droit d'auteur aujourd'hui – Des enjeux économiques, politiques et culturels – Entretien avec Emmanuel Pierrat* [a], dans BBF, t. 51 (2006), n°5, pp. 14-17.

Partie 02

De l'épistémologie du droit à la méthodologie transdisciplinaire

Présentation

Le présent chapitre se propose de montrer (1) que le droit ne peut être analysé et que les textes légaux ne peuvent être critiqués en profondeur qu'à l'aide d'autres perspectives disciplinaires, ne fût-ce que pour lui permettre de rendre compte des buts qu'il se propose d'atteindre. (2) Il sera également question d'exposer en quoi les *disciplines du sujet*, dont le droit fait partie, se distinguent des *sciences* à proprement parler, contrairement à ce que suggère l'expression de « sciences humaines ». (3) Enfin, il s'agira de montrer la nécessité de la méthodologie transdisciplinaire pour évoluer dans une réalité complexe dont il convient de ne pas perdre de vue l'unité (4) et le lien essentiel que l'éthique de l'autonomisation du sujet entretient avec la transdisciplinarité en tant que « point ontologique unifiant ».

Nous serons alors à même d'aborder la question de l'éthique et du rôle qu'il lui appartient de jouer au sein de la problématique du droit d'auteur.

Épistémologie et droit

Connaissance et épistémologie

Le seul fait que nous nous posions la question de la pertinence de notre connaissance et de ce qu'elle atteint de la réalité montre bien que « la connaissance ne va pas de soi, elle est un acte qui doit être analysé et critiqué »¹⁸. C'est ainsi que chaque discipline doit rendre compte de son rapport à la vérité, et des influences qu'elle subit nécessairement dans le cadre de sa quête. Elle est appelée de ce fait à s'interroger sur sa capacité à décrire le réel de manière adéquate, accessoirement sur les fondements de sa méthode. C'est le rôle de la philosophie, par le biais de l'épistémologie, de mettre les connaissances – plus spécialement les connaissances scientifiques – en question sous cet angle fondamental.

Léna Soler indique à titre liminaire que « l'épistémologie interroge la nature et la valeur des principes, des concepts, des méthodes, et des résultats des sciences »¹⁹. De manière fondamentale, l'épistémologie interroge chaque discipline autour de trois axes : son champ et son contenu (ce qu'elle prétend nous apprendre), sa méthode (comment s'y prend-elle ?) et les limites que lui imposent son champ et sa méthode (ce qu'elle ne peut pas nous apprendre)²⁰.

Une précision terminologique s'impose. La définition de l'épistémologie opposerait deux traditions : celle de l'*epistemology* anglo-saxonne et celle, plus ancienne, propre

¹⁸ Jean-André NISOLE, *De la vérité sur l'être humain – Essai d'épistémologie généralisée* (ci-après : *De la vérité*), Cascatelle, Sherbrooke (Québec, Canada) 2000, p. 39.

¹⁹ Léna SOLER, *Introduction à l'épistémologie*, Ellipses, coll. Philo, Paris 2000, p. 14.

²⁰ Gilles-Gaston GRANGER, *Épistémologie* [a], dans *Encyclopedia Universalis*, vol. 8, Paris 2002, pp. 473-480

aux francophones et au continent européen. La première équivaut à une *théorie de la connaissance*, mais limitée au domaine scientifique ; elle « met l'accent sur les processus les plus généraux de la connaissance, sur leur logique, sur leur fondement »²¹ et vise à *fonder* cette connaissance²². La seconde, plus restreinte, est perçue comme branche d'une philosophie générale de la science s'inquiétant de ce qui distingue la connaissance scientifique des autres connaissances rationnelles dites *communes* et procède à l'examen critique des méthodes adoptées par les sciences²³.

Les deux approches de l'épistémologie se distinguent surtout en ce sens que la conception continentale est nécessairement liée à « l'état du savoir en un temps donné », donc étroitement associée à chaque discipline, alors que l'*epistemology* anglo-saxonne, plus générale, « est nécessairement indépendante de toute connaissance particulière, puisqu'elle les fonde toutes »²⁴, tout comme la « théorie de la connaissance » au sens continental du terme traverse tous les champs de connaissance. Prétendre par ailleurs comme le font certains que l'épistémologie ne peut être que *régionale*, et décrier l'épistémologie générale comme un « ramassis de généralités non seulement creuses, mais inexactes » revient à perdre de vue, par des considérations de tendance positiviste, le caractère notamment intentionnel de toute démarche humaine en matière de connaissance. Il paraît ainsi plus sain de conclure avec Léna Soler qu'« il semble plus fécond de concevoir les études régionales (qui doivent impérativement prendre en compte la réalité de la discipline examinée) comme point de départ d'une épistémologie comparative de niveau supérieur qui, tout en ne niant pas la singularité de chaque science, aurait en charge d'apporter des éléments de réponse à la question de l'unité de la science »²⁵.

Nous pouvons dès lors poser que la critique des connaissances recouvre traditionnellement trois champs concentriques, du plus étroit au plus large : celui de l'*épistémologie* au sens continental du terme, qui, focalisée sur la critique des méthodes, semble devoir se limiter au périmètre d'une discipline ; celui de l'*epistemology* anglo-saxonne, qui, comprise comme théorie des connaissances scientifiques, couvre de manière transverse l'ensemble des disciplines scientifiques ; enfin la notion continentale de théorie de la connaissance, qui recouvre tous les champs de connaissance, qu'ils soient scientifiques ou non. Reste à suivre le conseil de

²¹ Gilles-Gaston GRANGER, *Épistémologie* [a], op. cit., p. 473.

²² Sur la distinction entre les deux traditions : Hervé BARREAU, *L'Épistémologie*, PUF, coll. Que sais-je ?, Paris 2002 [1990], introduction ; Léna SOLER, *Introduction à l'épistémologie*, op. cit., p. 14.

²³ Encore ne faut-il pas confondre « théorie de la connaissance » et méthodologie, ce que semble faire Maxime Saint-Hilaire lorsqu'il assimile la théorie de la connaissance à la branche de la philosophie qui s'inquiète de « savoir ce qu'il faut ajouter à un simple énoncé véridique pour en faire un énoncé de connaissance ». La méthodologie relève en effet davantage du champ continental de l'épistémologie (Maxime SAINT-HILAIRE, *Pour un développement de l'épistémologie juridique au Canada... comme ailleurs* [a] (ci-après : *Pour un développement de l'épistémologie juridique*), 02.06.2004, <http://www.law.utoronto.ca/documents/zcalt04/SAINT-HILAIRE.doc>, p. 1).

²⁴ Bernard d'Espagnat ; cité par Léna SOLER, *Introduction à l'épistémologie*, op. cit., préface, p. 5.

²⁵ *Ibid.*, p. xxx.

Léna Soler, et à montrer comment chacun de ces champs s'ouvre naturellement à celui qui l'intègre.

Les deux acceptions de l'épistémologie, souvent opposées, s'avèrent plus proches qu'il ne semble et s'ouvrent même sur des considérations philosophiques d'ordinaire étrangères à l'approche scientifique classique. Jusqu'à présent, la science progressait pour ainsi dire de manière autonome, sans l'aide de l'épistémologie. Le scientifique se contentait de s'interroger sur le « comment » et laissait résolument les « pourquoi » de côté. Il se concentrait sur les méthodes, en occultant le fait que les méthodes n'indiquent pas ce qu'il faut faire²⁶ ; elles ne guident pas le scientifique mais constituent de simples garde-fous. Comme nous le verrons par la suite, les sciences pratiquaient bien souvent un inductivisme naïf : les épistémologues, qualifiés de *philosophes*, étaient relégués en marge de la science, alors même que, paradoxalement, les sciences exactes constituaient jusque il y a peu l'objet privilégié de l'épistémologie.

Mais la science contemporaine, du fait de ses développements, explore actuellement une réalité qui est de moins en moins perceptible par nos sens, au point que son travail d'observation doit modifier toujours davantage le réel en vue de créer ses conditions d'expérience – je pense notamment à la physique des particules –, au point que l'on peut se demander si elle ne crée pas de toutes pièces son objet d'observation. De ce fait, le scientifique peut légitimement se demander si ce qu'il observe ne constitue pas un *artefact* ; il ne peut plus se contenter des « comment ». Il lui faut en parallèle approfondir sa démarche critique et aborder des questions plus fondamentales, relevant du « pourquoi ». Dans son article paru dans l'*Encyclopedia Universalis*, Gilles-Gaston Granger admet que l'épistémologie « ne saurait [...] se réduire à l'examen purement technologique des méthodes scientifiques des sciences, [mais] vise aussi à situer la science dans une expérience du savoir qui la déborde, à en évaluer la portée, à en dégager le sens pour l'ensemble de la pratique humaine. »²⁷

La phénoménologie anglo-saxonne, comprise comme théorie de la connaissance *scientifique*, partage de nombreuses questions avec la théorie de la connaissance dite *commune*, ce qui suppose qu'il existe d'authentiques connaissances non scientifiques. Bernard d'Espagnat témoigne pour sa part de la nécessité actuelle pour toute démarche scientifique de s'interroger sur les questions philosophiques propres aux théories générales de la connaissance :

« à présent, le savoir scientifique a atteint un niveau où des questions philosophiques surgissent d'elles-mêmes, sans échappatoires possibles. [...] Des questions telles que : "qu'est-ce que la cause, les données empiriques, les modèles, la vérité, la réalité, à quoi la science donne-t-elle accès, etc." ne peuvent pas ne pas se poser à lui. Ce sont là des interrogations qui relèvent certes de la philosophie générale mais qui, du fait même qu'elles surgissent sous la baguette du scientifique,

²⁶ Paul FEYERABEND, *Contre la méthode : esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, Seuil, Paris 1979, cité par Jean-André NISOLE, *De la vérité*, op. cit., p. 93.

²⁷ Gilles-Gaston GRANGER, *Épistémologie* [a], op. cit., p. 473

appartiennent tout autant à la philosophie des sciences, et, de ce fait, à l'épistémologie bien comprise. »²⁸

Nous revenons pourtant de loin. Qu'il me suffise de rappeler qu'Albert Einstein rejeta, pour incompetence, les objections qu'Henri Bergson avait émises sur la nature du temps formulées le 6 avril 1922 devant la Société de Philosophie de Paris au motif « qu'aucune expérience vécue ne peut sauver ce que nie la science »²⁹.

Il peut s'avérer utile à ce stade de s'interroger brièvement sur les biais qui affectent toute démarche scientifique et ceux qui affectent de manière plus générale encore toute connaissance humaine. Pour ce faire, il semble préférable d'entreprendre de manière succincte la critique propre à la démarche scientifique avant d'aborder les biais qui s'appliquent à toute connaissance humaine, et qui, dans le cadre scientifique, s'ajoutent par définition aux remarques faites préalablement. En premier lieu, toute critique de « l'objectivité » de la démarche scientifique désireuse de ne pas prêter flanc à un inductivisme *naïf* doit porter sur les biais qui affectent les deux phases de la méthode scientifique : l'induction et la vérification. De manière plus générale, affectant toute connaissance, nous aborderons la question du langage et celle de l'*intentionnalité* de la connaissance.

Les deux mouvements de la démarche scientifique

La démarche scientifique se caractérise par deux mouvements complémentaires : la création de lois générales ou d'hypothèses et leur vérification. Ces deux mouvements s'apparentent à un mouvement d'aller-retour : élaboration de lois générales à partir de l'observation de phénomènes, autrement dit passage du particulier au général pour l'*induction* ; mise à l'épreuve des lois générales par l'observation de phénomènes ayant valeur de tests, soit passage du général au particulier pour la *vérification*.

Il est toutefois plus délicat qu'on l'imagine de décrire ce processus sans faire appel à des *a priori* fondés essentiellement sur une confusion du logique et du chronologique, qui voudrait notamment que la création des lois s'effectue *avant* leur vérification. Appliquons-nous donc à préciser ce point, essentiel pour comprendre en quoi tous les domaines de connaissance – et donc le droit, mais aussi l'économie – sont concernés par l'épistémologie, et pas seulement les sciences dites exactes. Commençons par la vérification des lois. Karl Raimund Popper a montré que, lorsqu'une loi est établie, elle est soumise à l'épreuve des faits. Lorsqu'un fait *réfute* une théorie³⁰, plusieurs nouvelles hypothèses sont proposées. Elles sont à leur tour soumises à l'épreuve de tests visant à les infirmer ; l'hypothèse non réfutée est retenue comme nouvelle théorie, et ainsi de suite. Une théorie n'est donc considérée comme *vraie* que dans la mesure où

²⁸ Bernard d'Espagnat, cité par Léna SOLER, *Introduction à l'épistémologie*, op. cit., préface, p. 3.

²⁹ Ilya PRIGOGINE, Isabelle STENGERS, *La Nouvelle Alliance*, Gallimard, coll. Folio essais, Paris 1986 [1978], conclusion, cité par Jean-André NISOLE, *De la vérité*, op. cit., p. 188.

³⁰ Karl Popper lui-même s'opposait à la traduction de « *falsify* » en « falsifier », suggérant plutôt l'usage de « réfuter ». Je remercie Jean-François Malherbe de m'avoir signalé cette précision terminologique.

elle est *réfutable*, et qu'elle n'est pas encore *réfutée*. De fait, si l'on admet que la science ne nous offre rien de plus que « les outils de repérage que nous établissons, pour nos propres besoins, à partir du spectacle du monde », les lois scientifiques, comme toute règle de conduite, ne sont pas susceptibles d'être *vraies*, autrement dit *vérifiées*, mais plutôt *confirmées dans leur validité pragmatique* ; seules les prévisions autorisées par les lois peuvent être déclarées *vraies*, et non les lois elles-mêmes³¹. La validité d'une loi scientifique est de plus toujours perçue comme temporaire, puisqu'il est impossible de prétendre qu'elle a subi avec succès l'épreuve de *tous* les faits possibles³². Et lorsqu'on parle d'épreuve des *faits*, il faudrait plutôt parler d'épreuve des *mesures* de la réalité, puisque les interprétations scientifiques s'opèrent non pas sur des faits, mais sur des mesures de ces faits, seules appréhensibles par les modèles utilisés. Ces mesures peuvent se révéler erronées ou même ne pas être significatives pour la recherche entreprise. Elles constituent un filtre supplémentaire et sont comme telles limitatives de la réalité. Par sa démarche tendant à substituer la *réfutabilité* à la *vérification* des théories scientifiques par les faits, Karl Popper prend acte « de l'impossibilité qu'il y a en toute rigueur à *vérifier* les énoncés scientifiques »³³.

Quant à la création de lois, elle suppose le passage du singulier au général, ou encore de l'effet à la cause selon un processus appelé *induction*. Ce passage d'observations concrètes à l'énoncé d'une loi générale et abstraite est possible lorsque le nombre d'observations convergentes est important, qu'elles ont été effectuées dans un grand nombre de conditions différentes et qu'aucune observation ne vient contredire la généralisation qui en est tirée. Mais ces règles *ne justifient pas* pour autant la généralisation opérée, il n'y faut voir qu'un garde-fou³⁴, et ce pour au moins deux raisons : d'une part, comme nous venons de le voir, il suffirait qu'une seule observation l'infirme pour qu'elle soit invalidée, alors qu'il est impossible de prétendre avoir effectué toutes les observations envisageables ; d'autre part, les observations ne sont pas neutres mais dépendent toujours d'une compréhension préalable³⁵, qui agit elle aussi comme un filtre. C'est pour tout cela qu'aucun passage de l'effet à la cause ne peut être considéré comme une démonstration formelle, mais au mieux comme une « vérité non absolue », c'est-à-dire comme une hypothèse de travail. Même ceux qui posent comme fondement de la validité des règles scientifiques leur adéquation à des lois qui existeraient de manière immanente dans la nature – les fameuses « lois de la nature » – admettent que l'existence de ces dernières reste elle aussi indémontrable : ainsi Laurent Nottale, astrophysicien, reconnaît que « Les progrès de la science, les

³¹ Paul AMSELEK, *La Science et le problème de la liberté humaine* [a] (ci-après : *La Science*), dans *Philosophiques*, vol. 27, n°2 (automne 2000), pp. 403-423, p. 421, p. 415.

³² Alan F. CHALMERS, *Qu'est-ce que la science ? Récents développements en philosophie des sciences : Popper, Kuhn, Lakatos, Feyerabend* (ci après : *Qu'est-ce que la science ?*), Le Livre de Poche, Paris 1995, chap. IV, 4, cité par Jean-André NISOLE, *De la vérité*, op. cit., p. 75.

³³ LÉNA SOLER, *Introduction à l'épistémologie*, op. cit., p. 207.

³⁴ Jean-André NISOLE, *De la vérité*, op. cit., pp. 68-70.

³⁵ *Ibid.*, pp. 72, 81, 88.

succès mêmes de l'approche expérimentale, l'approfondissement de notre compréhension, soutiennent cette hypothèse, montrent son efficacité, mais ne peuvent la démontrer »³⁶. Il semble ainsi préférable de voir à la suite de Paul Amselek dans les règles scientifiques de simples outils de repérage, de simples inductions en somme, et non le *dévoilement* de « lois de la nature » conçues comme un *donné* nécessaire et figé, immanent à la structure du monde et la sous-tendant dans d'hypothétiques coulisses³⁷. Les inductions n'ont ainsi aucune valeur probante en soi, ce sont juste des *idées* qui doivent subir l'épreuve des faits³⁸. Ce point de vue rejoint l'aphorisme selon lequel on ne trouve que ce que l'on cherche : de même que le biologiste néophyte doit apprendre à savoir que regarder à travers son microscope, de même, parmi les phénomènes, ne retient-on que ceux auxquels on s'est ouvert, si bien que l'on n'en peut induire que les aspects communs sur lesquels notre attention s'est portée. De plus, la création de lois ne se fait pas seulement par induction, en partant des phénomènes observés, mais est également le fruit de l'activité purement rationnelle de l'esprit : Pierre Delattre rappelle qu'il s'agit là d'un aspect trop souvent négligé de la construction théorique, alors qu'Albert Einstein, entre autres théoriciens, soulignait pourtant que le recul par rapport aux faits jouait un rôle essentiel dans cette construction³⁹.

Le processus de création des lois scientifiques et des idées marquantes des auteurs les plus significatifs de l'humanité est d'autant plus mystérieux qu'il s'y mêle une dimension trop souvent occultée par les positivistes et les historiens des sciences et des idées, mais ô combien importante : la part du rêve, qui dirige chez ces visionnaires leur recherche bien plus sûrement que les méthodes : si Albert Einstein – pourtant connu pour être un déterministe convaincu – nous rappelle que la science se construit grâce à une « puissante imagination scientifique »⁴⁰, c'est parce que sa découverte de la théorie de la relativité est due, de son aveu même, à un rêve qu'il eut dans sa jeunesse et qu'il ne cessa d'interroger tout au long de sa quête. Willi Harman et Howard Rheingold nous rappellent qu'il ne fut pas le seul, tant s'en faut : René Descartes lui-même entrevit le nœud de sa Méthode à travers trois rêves reçus la même nuit. Le mathématicien Poincaré, l'ingénieur Nikola Tesla, le physicien Niels Bohr, le chimiste August Kekule et tant d'autres eurent aussi des rêves inspirants⁴¹. C'est sans compter sur ceux qui n'ont pas osé avouer l'origine de leurs *intuitions*, un terme qui ne semble clair que pour ceux qui veulent bien s'en accommoder mais qui, pas plus que le rêve, ne procède de la stricte démarche scientifique. Cette part du rêve rejoint en un sens le processus d'abduction mis en lumière par Charles Sanders Peirce : ni induction, ni

³⁶ Laurent NOTTALE, *La relativité dans tous ses états*, Hachette, Paris 1998, pp. 90-91.

³⁷ Paul AMSELEK, *La Science* [a], op. cit., p. 408 ss.

³⁸ Jean-André NISOLE, *De la vérité*, op. cit., pp. 86, 88.

³⁹ Pierre DELATTRE, *Interdisciplinaires (recherches –)* [a], dans *Encyclopedia Universalis*, vol. 12, Paris 2002, p. 240.

⁴⁰ Jean-André NISOLE, *De la vérité*, op. cit., p. 71.

⁴¹ Willis HARMAN, Howard RHEINGOLD, *Créativité transcendante – devenir le cocréateur de sa vie*, de Mortagne, coll. Par 4 chemins, Montréal 1992 [1984].

déduction, l'abduction « est une inférence qui conduit à la découverte d'une hypothèse plausible », plus précisément « un processus pendant lequel une hypothèse est générée telle que des faits surprenants puissent être expliqués ». Pour Charles Sanders Peirce lui-même, effectuer une abduction « n'est ni plus ni moins que *deviner* » (« *guessing* »)⁴². Cette forme d'inférence revêt une importance capitale à ses yeux, non seulement dans la démarche scientifique, mais aussi dans la vie courante : elle seule permet de rendre compte des « sauts » conceptuels opérés par les esprits les plus imaginatifs, et permet de « sonder » la réalité en confrontant une hypothèse entrevue – ou devinée – à ses conséquences logiques.

Il n'est donc pas possible d'affirmer que « la science est une construction purement logique bâtie sur des faits »⁴³, comme le font pourtant l'inductivisme naïf et le positivisme radical. Il nous faut au contraire admettre que l'induction est un processus mystérieux, et que nous ne savons pas exactement comment il opère. La création des lois et leur vérification apparaissent donc comme deux mouvements de la démarche scientifique qui semblent s'appeler l'un l'autre, rappelant le problème classique de l'œuf et de la poule.

Les biais de toute connaissance humaine

Mais toute connaissance humaine – connaissances scientifiques incluses – est à son tour affectée de biais plus fondamentaux, qui ne doivent rien aux méthodes proprement scientifiques.

Rappelons tout d'abord que l'induction, si elle semble propre à la science en raison des méthodes rigoureuses qui sont les siennes, concerne en fait tout passage du singulier au général ; elle participe à l'élaboration de toute règle générale, et notamment de tout syllogisme. De plus, notre discours s'interpose entre nous et la réalité et agit lui aussi comme un filtre, que l'on en soit conscient ou non. Il offre dès lors la possibilité d'une déformation de la réalité consistant à « faire voir ce qui a été dit et non ce qui a été fait » ; une manière comme une autre de dire que notre discours permet d'orchestrer une déformation de la réalité dans le regard des autres en plus d'occasionner une déformation de principe, et qu'il ouvre la voie à certains types de manipulations. Jean Bédard, dans son livre *Le Pouvoir ou la vie*, y voit deux composantes : la *désinformation*, à laquelle nous pensons tous spontanément, mais aussi la *déséducation*. Il les définit comme suit :

« La désinformation consiste à "couvrir" une information de façon à voir dans les faits (agencés convenablement) une confirmation du discours. La déséducation agit en amont, elle conditionne

⁴² Raymond Robert TREMBLAY, *Charles Sanders Peirce* [a], 1997, <http://www.cvm.qc.ca/encephi/CONTENU/PHILOSOPHIE/peirce.htm>.

⁴³ Alan F. CHALMERS, *Qu'est-ce que la science ?*, op. cit., chap. I, 1, cité par Jean-André NISOLE, *De la vérité*, op. cit., p. 69.

l'organe d'interprétation lui-même. [...] Le propre d'un système fermé de valeurs, c'est "d'éduquer" le regard et le jugement à voir le bien même dans les guerres et les désastres. »⁴⁴

Ce qui vaut ici pour le socio-politique pourrait s'appliquer à n'importe quel domaine de connaissance, les apprentissages permettant de former le regard de l'apprenti... ou de le déformer, en l'habituant à n'être sensible qu'à un certain spectre de phénomènes ou à les interpréter d'une façon biaisée. Allons plus loin encore dans l'analyse : non seulement nous ne trouvons que ce que nous cherchons, mais nous ne cherchons que ce que d'une certaine manière nous avons déjà trouvé : ainsi, la fameuse phrase de Blaise Pascal, donnant la parole au Dieu de sa vision – « tu ne me chercherais pas si tu ne m'avais trouvé »⁴⁵ – peut-elle sans doute s'appliquer, *mutatis mutandis*, à tout objet de recherche. Nous avons en effet tendance à demander au présent de répéter et de confirmer le passé plutôt que de nous ouvrir à l'inattendu qu'il peut nous proposer⁴⁶.

S'ajoute à ces biais un caractère fondamental de toute connaissance : son intentionnalité. Bien qu'il ne soit pas ici question de tracer ne fût-ce que les grandes lignes d'une théorie de la connaissance, il semble toutefois important de souligner ici le caractère *intentionnel* de cette dernière : la connaissance n'est ni neutre ni passive, elle est toujours dirigée vers son objet, connaissance *de quelque chose*, comme la conscience l'était déjà pour les scolastiques, et cette visée même fonde son intentionnalité⁴⁷. C'est le mérite de la théorie de la relativité d'Albert Einstein que de l'avoir rappelé aux scientifiques⁴⁸. La neurophénoménologie, issue d'un programme de recherche lancé au milieu des années 1990 par Francisco Varela, admet implicitement cette intentionnalité lorsqu'elle constate que « même lorsque notre attention est concentrée sur une activité donnée, nous sommes complètement absorbés par le contenu de cette activité, mais pas ou très peu conscients de la manière dont nous nous y prenons pour la réaliser » et nous invite à « retourner l'attention du "quoi" vers le "comment" » pour parvenir à décrire notre expérience subjective⁴⁹. La connaissance s'avère ainsi *représentation* au sens fort, c'est-à-dire un « acte qui saisit les choses *d'une certaine manière* »⁵⁰. En d'autres termes, la connaissance est un *processus* et celui-ci n'est *ni transparent* – en ce qu'il serait pure et simple reproduction de l'objet

⁴⁴ Jean BEDARD, *Le Pouvoir ou la vie – Repenser les enjeux de notre temps* (ci-après : *Le Pouvoir ou la vie*), Fides, Montréal 2008, pp. 37-38.

⁴⁵ Blaise PASCAL, *Pensées*, dans *Œuvres complètes*, présentation et notes de Louis Lafuma, Seuil, coll. L'Intégrale, Paris 1963 [1670], p. 620, *Le Mystère de Jésus* (n°553 de l'édition Brunschvicg / n°919 du manuscrit 9203 de la Bibliothèque Nationale) ; cpr. Augustin d'HIPPONE, *Confessions*, liv. X, ch. 18 et 20.

⁴⁶ La phrase de Blaise Pascal est ici interprétée dans un sens fort différent de celui qu'il entendait très probablement lui donner, à savoir la marque d'une intimité radicale de la divinité en chacun d'entre nous.

⁴⁷ Jean-André NISOLE, *De la vérité*, op. cit., pp. 35-36.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 26-35, 35.

⁴⁹ Claire PETITMENGIN, *De l'activité cérébrale à l'expérience vécue* [a] (ci-après : *De l'activité cérébrale*), dans *Sciences Humaines*, n°3 (juin-juillet-août 2006), Les nouvelles psychologies.

⁵⁰ Jean-André NISOLE, *De la vérité*, op. cit., p. 36 ; c'est l'auteur qui souligne.

chez le sujet, ni pour autant *trompeur* – en ce qu'il ne nous permettrait pas d'atteindre une dimension essentielle de l'objet ou d'expérimenter la réalité de manière cohérente et adéquate. Cette « certaine manière » implique qu'il soit tenu compte de la dimension psychique de la connaissance, afin de prendre en charge la nature du sujet connaissant en tant que tel. Mise en exergue par les catégories kantienne, elle se trouvait déjà présente chez Aristote à travers la notion de *sens commun* – laquelle n'a rien à voir avec notre *bon sens* mais rend compte de l'intrication psychique des cinq sens entre eux et d'une préformation de l'unité de l'objet senti chez le sujet connaissant avant même son appréhension par l'intellect sous forme de concept. Cette prise en compte de la dimension subjective de la connaissance devient incontournable. Claire Petitmengin le confirme dans le domaine des sciences cognitives :

« Selon le credo de la psychologie classique, "expérimentale", seules sont considérées comme scientifiques les données observables et reproductibles à l'identique par un observateur neutre, objectif, extérieur à son objet d'étude. Mais les temps changent. Une frange grandissante de chercheurs en sciences cognitives réalise depuis peu que pour étudier la cognition, ils ne peuvent plus se limiter aux données observables et enregistrables de l'extérieur, et qu'il leur est donc essentiel de prendre en compte sa dimension subjective, telle qu'elle est vécue de l'intérieur. »⁵¹.

Ces « temps qui changent » ne font toutefois que renouer avec une tradition de pensée qui rejoint les approches d'Edmund Husserl, de Martin Heidegger et de Gaston Bachelard, tradition qui a été occultée par ce qu'il faut bien appeler l'idolâtrie de la science, laquelle nous pousse à confondre vraisemblance scientifique et vérité ontologique⁵². Idolâtrie d'autant plus puissante qu'elle peut être lue comme un aspect du rejet par l'homme des limites essentielles de sa condition, en particulier de l'incertitude⁵³.

Autant le dire tout de suite : *subjectif* n'a rien à voir ici avec le sens relativiste qu'on lui donne souvent, à notre époque obsédée d'« objectivité ». Ce terme prend simplement en charge un des deux éléments clefs de la connaissance, de *toute* connaissance, et qui explique que les observations ne sont pas neutres. Toute connaissance véritable est avant tout une *rencontre* entre les choses et un sujet appelé à accueillir leurs manifestations sans les recouvrir de ses préjugés, à les « *laisser être* afin qu'elles se manifestent librement » à lui, mais aussi à les privilégier dans le flot de manifestations qu'il reçoit ; de fait, c'est bien le sujet qui laisse les manifestations atteindre sa conscience par l'intérêt actif qu'il leur porte et le mouvement physique qu'il met en œuvre afin de renforcer leur émergence sensible. Jean-André Nisole cite l'exemple d'un papillon entrant dans le champ de vision périphérique d'un sujet ; que l'attention de ce dernier soit retenue par une discussion au moment où passe l'insecte,

⁵¹ Claire PETITMENGIN, *De l'activité cérébrale* [a], op. cit.

⁵² Arnaud-Aaron UPINSKY, *La Science à l'épreuve du Lincol – La crise épistémologique*, O. E. I. L., Paris 1990, p. 27.

⁵³ Jean-François Malherbe a exposé à travers toute son œuvre trois limites essentielles propres à la condition humaine, à savoir : la finitude, la solitude et l'incertitude. Voir notamment Jean-François MALHERBE, *Sujet de vie ou objet de soins ? Introduction à la pratique de l'éthique clinique*, Fides, Montréal 2007, pp. 54-56.

la manifestation ailée finira par sortir de son champ visuel sans même qu'il s'en rende compte ; si au contraire le sujet s'intéresse pour une raison ou une autre au papillon, il tournera aussitôt sa tête pour placer l'insecte au centre de son champ visuel et le suivra des yeux pour le privilégier par rapport à tous les autres détails dont fourmille la prairie⁵⁴. Ainsi le seul fait de *regarder* implique une dimension active du sujet que l'on n'admet pas toujours dans le phénomène de la sensation, et qui intègre son caractère *conscient*. On admettra cet aspect actif à l'origine de la sensation même lorsqu'un phénomène semble *s'imposer* à la conscience du sujet.

La dimension subjective de la connaissance tient ainsi compte d'au moins deux facteurs essentiels : la démarche active du sujet pour « laisser être » et rendre conscientes certaines manifestations plutôt que d'autres ; le nécessaire processus de transformation qui aboutit à la *re-présentation*.

L'épistémologie et les domaines « communs » de connaissance

Les affirmations de Gilles-Gaston Granger et de Bernard d'Espagnat qui ont été évoquées semblent reconnaître que la connaissance scientifique plonge ses racines dans la connaissance *commune* et ne peut s'en défaire totalement – pour autant qu'un tel détachement soit même souhaitable. J'ai ainsi suggéré dans quelle mesure la pratique scientifique actuelle s'ouvre nécessairement sur une réflexion d'ordre philosophique propre à l'épistémologie, dans ce qu'elle a de commun avec la théorie générale de la connaissance.

Aspects épistémologiques propres aux « sciences » humaines

De fait, l'épistémologie n'intéresse pas seulement les sciences exactes, mais aussi – et surtout – les disciplines telles que les « sciences » humaines ou le droit. Si les *a priori* qui conditionnent toute observation humaine s'appliquent aussi aux scientifiques – même lorsqu'ils se soumettent à des *méthodes* – et doivent les trouver vigilants sur ces questions propres à la constitution de toute connaissance humaine, ils menacent en effet plus encore les acteurs des « sciences » humaines et des disciplines apparentées telles que le droit, en raison même de leur *objet*. Ces disciplines prétendent en effet à la fois être « scientifiques », et étudier l'être humain en tant que tel. Elles doivent dès lors gérer deux aspects essentiels qui ne concernent pas les sciences exactes : d'une part, le caractère accru de l'intentionnalité et des inévitables *a priori* qui jalonnent leur approche, leur objet ne présentant pas la *résistance* aux concepts de l'objet des sciences expérimentales classiques – autrement dit la capacité et l'évidence d'invalidation des phénomènes physiques ; d'autre part, la contradiction manifeste qu'il y a à prétendre avoir un *sujet* pour *objet* d'étude.

Le premier aspect consiste en un point de vigilance : il tient au risque accru d'*a priori* dans la recherche sociale. En effet, si le progrès proprement scientifique vient de l'*inattendu* révélé par les expérimentations, qui dévoilent de nouveaux faits ou de

⁵⁴ Jean-André NISOLE, *De la vérité*, op. cit., pp. 124-125, c'est l'auteur qui souligne ; p. 100.

nouvelles mesures des faits⁵⁵, l'intentionnalité propre à toute démarche de connaissance est renforcée dans le cadre de la recherche sociale et risque d'autant plus de nourrir un inductivisme naïf que son objet renvoie nécessairement le sujet connaissant à lui-même. Le chercheur social critique devra donc nécessairement prendre en charge cette caractéristique s'il veut *comprendre* les phénomènes humains. Faute de cela, « nous les expliquons par une causalité qui ne s'intègre pas à notre existence »⁵⁶. Quant au second aspect, il porte sur l'impossibilité *constitutive* qu'il y aurait à étudier *scientifiquement* l'être humain considéré dans ce qui le caractérise essentiellement, à savoir sa qualité de *sujet*, ainsi que la *subjectivité* de la connaissance⁵⁷. L'être humain doit être appréhendé comme sujet pour pouvoir tenir compte de sa radicale *surprenance*⁵⁸, autrement dit de sa capacité à être source de ses propres manifestations et à échapper au moins partiellement aux déterminations sociales, culturelles ou historiques auxquelles on tente trop souvent de le réduire. Il convient de montrer dans un premier temps en quoi l'expérimentation des « sciences » humaines – et par extension de la « science » juridique – se distingue de celle des sciences expérimentales, malgré le formalisme mathématique que certaines de ces dernières ont cru devoir adopter pour donner à leur démarche l'apparence d'exactitude et d'objectivité qu'elles n'ont pas nécessairement. Ce sera alors l'occasion de voir si cette divergence est constitutive ou seulement circonstancielle.

Confrontation avec les caractéristiques de l'expérimentation scientifique

Paul Jorion résume fort bien à propos de la théorie économique de la valeur les causes épistémologiques de l'objectivation du sujet par les « sciences » humaines :

« L'objectivation, c'est la mise entre parenthèses progressive de l'ensemble de ces éléments qui font qu'il est toujours difficile de produire une science dont l'homme est l'objet, ou est lié à cet objet de manière intime. Parce que la science a ses règles quand il s'agit de décrire des comportements et qu'il existe des règles plus anciennes et d'une autre nature quand il s'agit de parler du comportement des hommes, et que ces deux types de règles sont apparemment contradictoires. La Science par exemple (quand elle copie – comme souvent – ses manières sur celles de la mécanique classique) explique le changement par l'action d'une cause sur une chose où elle produit un effet : l'eau qui choit fait tourner la roue du moulin – ce qu'Aristote appelait la cause efficiente –, alors que les hommes expliquent le changement qu'ils provoquent par la raison qu'ils se sont donnée au préalable, [...] par l'objectif qu'ils veulent atteindre : ainsi la maison finit par être construite parce que tout au long de sa construction, le maçon conservait [...] le projet de la construire – autrement dit, ce qu'Aristote appelait la cause finale. "À cause de" dit la Science pour rendre compte des choses qui changent. "Pour", "afin de", disent les hommes quand ils évoquent leurs actes.

Une autre difficulté est liée à l'habitude d'envisager l'action des hommes telle qu'elle est conçue par eux-mêmes dans la perspective de la liberté qu'ils se reconnaissent de poser tel acte ou de ne pas le poser, alors que la science a pris l'habitude d'envisager les choses dans la perspective du

⁵⁵ Jean-André NISOLE, *De la vérité*, op. cit., p. 98.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 173 ; c'est l'auteur qui souligne.

⁵⁷ Voir ci-dessus, chap. « Connaissance et épistémologie », pp. 37 ss.

⁵⁸ Néologisme de Jean-François Malherbe, qui contracte les notions de « surprise » et de « transcendance », et défend une éthique de l'autonomie du sujet.

déterminisme : la possibilité décrite par Laplace de déduire entièrement et exactement l'état du monde à un moment futur par la connaissance que l'on a du présent. La liberté humaine semble ruiner cet espoir. »⁵⁹

L'expérimentation scientifique se caractérise dans les faits par une intrusion et une dissection du réel, voire par une création artificielle d'information grâce à des conditions techniques particulières, afin soit de permettre la manifestation de phénomènes qui ne sont pas observables tels quels dans la nature, soit de s'assurer de l'absence de toute interférence exogène dans les résultats obtenus. Vu le caractère de plus en plus « construit » des environnements d'observation, dont le champ le plus criant est la physique des particules, la science semble actuellement avant tout confrontée à la question de la validité et de la pertinence des mesures du réel qu'elle retient et qu'elle effectue. Tel n'est assurément pas le cas des « sciences » humaines, qui non seulement prétendent ne pas créer par leurs expérimentations de phénomènes non observables en conditions habituelles, mais tentent au contraire de fournir de nouvelles *interprétations* éclairant des situations ou des faits *dont il importe qu'ils soient strictement conformes à ceux de la vie courante*, sous peine d'ôter tout intérêt à ces recherches et interprétations. On ajoutera qu'elles n'adoptent pas les mathématiques comme le *langage* et la *logique* permettant l'expression la plus fine de leurs observations mais se limitent à l'usage de statistiques souvent assez élémentaires⁶⁰. Cette remarque rejoint celle de Pierre Delattre lorsqu'il expose que bien souvent les disciplines n'adoptent de la mathématique que sa syntaxe et ignorent sa dimension sémantique⁶¹. Or l'abstraction du formalisme mathématique semble loin d'être un simple *intermédiaire* entre nous et la nature ; contrairement aux lois énoncées par les sciences exactes, ce formalisme serait inséparable de l'expérience en physique quantique, plus exactement il constituerait une *condition d'expérience*. Si l'on accepte de définir la réalité comme étant ce qui *résiste* à notre expérience, ce qui entre dans notre champ possible d'expérience – la notion de « résistance » étant ici opposée à « l'inconnaissable » –, l'abstraction mathématique ferait alors pleinement partie de la réalité – que ce soit celle du sujet ou de l'objet, peu importe ici – en ce qu'elle *résiste* elle aussi à sa façon à notre expérience, à la fois par son exigence de cohérence interne et par la nécessité d'assurer son adéquation avec les données expérimentales⁶². On voit que cette reconnaissance presque ontologique du formalisme mathématique est loin d'être adoptée par les « disciplines de l'homme », et l'on juge d'autant mieux l'usage superficiel qu'elles en font.

Par ailleurs, la méthode scientifique exige le respect de plusieurs principes essentiels à la « mise en retrait » du sujet connaissant devant son objet d'étude, dans le but en

⁵⁹ Paul JORION, *Le rapport entre la valeur et le prix – Ou comment revisiter la théorie smithienne de la valeur en mobilisant Aristote* [a], 11.04.2007, dans Revue du MAUSS permanente, p. 18.

⁶⁰ Jean-André NISOLE, *De la vérité*, op. cit., pp. 95-96.

⁶¹ Pierre DELATTRE, *Interdisciplinaires (recherches –)* [a], op. cit.

⁶² Basarab NICOLESCU, *Qu'est-ce que la réalité ? – Réflexions autour de l'œuvre de Stéphane Lupasco*, Liber, Montréal 2009, p. 51.

apparence louable d'éviter de le déformer et de l'*observer* sans intervenir ni fausser les résultats de la recherche par ses *a priori*. Ces principes fondamentaux qui légitiment la généralisation opérée à partir d'observations singulières consistent en trois exigences : (1) nombre élevé des énoncés d'observation du phénomène considéré, (2) reproductibilité du phénomène observé dans de nombreuses conditions différentes et (3) absence de tout énoncé d'observation invalidant la loi d'ordre général tirée de la concordance des nombreuses observations antérieures. Or, par définition, les deux premières exigences ne peuvent s'appliquer qu'à des *objets*, autrement dit à des entités considérées dans leur dimension passive, reproductible, modélisable, et que René Descartes réduira à de simples *étendues* – expression significative s'il en est. La science, par sa méthode même, ne peut dès lors considérer que des objets, ou *objectifier* ce qu'elle observe. Elle réduit méthodiquement le réel, et ne peut aboutir qu'à des lectures tronquées, qui *chosifient* son objet lorsqu'elle oublie notamment qu'il est extrait ou construit⁶³. Si l'on peut accepter sa méthode au vu des résultats qu'elle permet d'atteindre, il est essentiel de ne jamais l'oublier, sous peine d'ôter sa justification à l'approche disciplinaire : « les disciplines [...] ne sont pleinement justifiées que si elles n'occultent pas de réalités globales »⁶⁴.

L'approche scientifique des siècles derniers confronterait donc un objet par définition passif à un observateur d'abord neutre, puis créateur de lois générales guidant à leur tour ses actions sur la Nature. Cette approche est sérieusement critiquée par les démarches actuelles dans les sciences de pointe telles que la physique des particules. Ces disciplines ont montré à quel point l'observateur n'est pas neutre et modifie l'objet observé par son observation même. Cela était déjà le cas auparavant : nous avons tous en tête l'exemple du thermomètre qui, plongé dans le liquide dont il est censé indiquer la température, la modifie et fausse de ce seul fait la mesure recherchée. Cette modification de l'observé par l'observation nous invitait déjà à une critique fondamentale de l'objectivité de la science, trop souvent négligée. Mais la science, au stade actuel de son étude de l'infiniment grand et de l'infiniment petit, et à l'heure où elle doit « créer » son sujet d'observation⁶⁵, ne peut plus feindre d'ignorer cette critique. En parallèle, nous sommes passés de lois scientifiques habitées par l'idée d'un déterminisme absolu à l'apparition de lois de type probabiliste. Karl Popper prend acte de ce nouveau paradigme de manière significative lorsqu'il pose l'objectivité comme le résultat – toujours provisoire – de l'*intersubjectivité critique*⁶⁶. Ce faisant, il définit prioritairement une discipline non par son objet ou par une méthode conçue comme un ensemble de processus propres à assurer la plus grande objectivité possible, mais par l'état à un moment donné d'un *consensus critique* entre ses praticiens.

⁶³ Edgar MORIN, *Sur l'interdisciplinarité* [a], dans Bulletin Interactif du CIRET, n°2 (juin 1994), chap. « Vertu de la spécialisation et risque d'hyper-spécialisation ».

⁶⁴ *Ibid.*, chap. « L'au-delà des disciplines ».

⁶⁵ Voir ci-dessus, p. 39.

⁶⁶ Karl POPPER, *La Logique de la découverte scientifique*, xxx, cité par Jean-François MALHERBE, *La Philosophie de Karl Popper et le positivisme logique*, PUF, Paris 1979, pp. 113-115.

Repenser le concept de « scientificité » ou prendre la mesure de la liberté ?

On peut dès lors se demander, à la suite de Jean-François Malherbe et de Jean Ladrière, s'il n'est pas temps de repenser le concept même de « scientificité » et ne voir en elle qu'une modalité particulière d'interprétation du réel parmi d'autres⁶⁷. On parvient à la même conclusion si l'on garde en mémoire l'objectification que toute méthode scientifique fait nécessairement subir au réel, et donc son caractère fondamentalement réducteur de la réalité, quels que soient les mérites que l'on reconnaisse à ses avancées. Toutefois, compte tenu de notre vision à la fois culturellement erronée de « l'objectivité » de la science d'une part, de notre méconnaissance des caractéristiques du *sujet* considéré comme tel d'autre part, il peut s'avérer préférable de refuser le terme de « science » aux « disciplines de l'homme » et de les rendre à leur dignité par une refonte de notre concept de « *sujétité* » plutôt que par une refonte – qui resterait sans doute confinée à un cercle d'initiés – du concept de « science », que trop d'entre nous pensent connaître d'évidence. Car il s'agit bien de restaurer les « disciplines de l'homme » dans leur *réelle* dignité, qui ne réside assurément pas dans l'*objectivité* scientifique. Il conviendrait de ce fait de les appeler « disciplines du sujet », expression qui sera désormais utilisée dans ce travail en lieu et place de celle de « sciences humaines ».

L'impossibilité radicale qu'il y a à *observer scientifiquement* l'être humain dans sa réalité fondamentale ne tient pas de manière primordiale à la distinction essentielle sujet observant / objet observé, qui sous-tend l'approche scientifique « classique ». C'est plutôt dans la nature même de l'être humain qu'il semble nécessaire de chercher les causes profondes de cette impossibilité, dans sa caractéristique de sujet – entendue non pas de manière relative, comme sujet connaissant, mais dans ce que Jean-André Nisole appelle sa « *sujétité* », autrement dit sa nature de sujet libre, source de « *surprenance* » – pour reprendre le néologisme utilisé par Jean-François Malherbe. Il n'y a pas d'observation scientifique sans intrusion, alors que les phénomènes psychiques échappent à toute intrusion⁶⁸, au point que le projet, propre aux « sciences » humaines, d'observer scientifiquement leur « objet », l'être humain, entraîne pour elles l'impossibilité de l'atteindre dans sa réalité propre. Michel Henry a particulièrement bien montré, à travers sa critique de la science, en quoi l'objectivité des « sciences humaines » les prive de leur objet⁶⁹. Cela va bien plus loin qu'admettre la « *sensibilité* » de l'objet observé à l'influence de l'observateur ou son « *imprévisibilité* » au sens où l'entend la physique à propos du comportement des quanta, car cette « *sensibilité* » ou cette « *imprévisibilité* » de l'objet ne sont pas le fait d'une volonté, d'une affectivité ou d'un psychisme⁷⁰. Comme le rappelle Paul Amselek, à la suite de Martin Heidegger :

⁶⁷ Jean-François MALHERBE, *Le Langage théologique à l'âge de la science – Lecture de Jean Ladrière*, Cerf, coll. Cogitatio fidei, Paris 1985, pp. xxx ss.

⁶⁸ Jean-André NISOLE, *De la vérité*, op. cit., p. 159 ; p. 161.

⁶⁹ Michel HENRY, *La Barbarie*, Grasset, Paris 1987.

⁷⁰ Jean-André NISOLE, *De la vérité*, op. cit., p. 148.

« La liberté n'a rien à voir avec les équations d'incertitude de la mécanique quantique. [...] L'indétermination des choses du monde, c'est-à-dire l'impossibilité pour l'esprit humain de soumettre leur survenance à un traitement scientifique, et plus particulièrement d'élaborer à leur sujet des lois théoriques donneuses de certitudes, n'a rien à voir avec la liberté humaine, avec la faculté d'autocontrôle dont est doté l'être humain : il ne faut pas confondre cet attribut ontologique de l'homme [...] avec le statut épistémologique du monde, c'est-à-dire avec les possibilités qu'offre le monde d'être apprivoisé par notre raison, d'être mis en système par elle »⁷¹.

Les méthodes des disciplines du sujet se démarquent ainsi nettement de celles des sciences exactes. Du reste, il n'est point de méthode au sens strict pour les « sciences » humaines. Dans le domaine des questions fondamentales propres à ces disciplines, il semble qu'il n'y ait pas de recette applicable, mais un « cheminement » du chercheur en leur compagnie, un « accompagnement mutuel ». Jean-André Nisole nous apprend que « l'examen d'une idée exige que nous restions auprès d'elle » afin de l'accueillir et de s'en imprégner, autrement dit pour *en faire l'expérience*⁷². Cette invitation à laisser les idées « descendre » en nous, en respectant notre temps d'intériorisation et de maturation, permet d'appliquer en premier lieu dans ce cadre bien particulier le conseil essentiel de Fontenelle consistant à s'assurer du fait avant de « courir à la cause »⁷³ ; elle tient ainsi compte du caractère réflexif de l'étude de l'être humain par l'homme, autrement dit du véritable renvoi à soi-même qu'elle entraîne. Cette approche, qui devrait être le propre des « sciences » humaines, si elle n'est pas scientifique au sens strict du terme, demeure néanmoins rationnelle et profondément cohérente ; elle seule considère l'être humain dans toute sa dignité, et cette prise en compte fonde à son tour la dignité des disciplines qui la restaurent, à qui je préfère de ce fait donner comme indiqué précédemment le nom de « disciplines du sujet ». C'est au contraire s'imaginer que la connaissance ne peut être que scientifique, autrement dit ne peut adopter que la méthode propre aux sciences physiques, qui dévalorise les disciplines qui ont fait de l'homme leur centre d'intérêt.

Science et rationalité : l'exemple de l'économie

Ainsi que l'ont montré nombre de penseurs, dont Jürgen Habermas, il est essentiel de ne pas confondre *science* et *rationalité*. Nous avons vu que le propre d'une observation *objective* est d'être reproductible, approche qui *objectifie* nécessairement l'observé. En outre, le propre des lois scientifiques est de permettre, par généralisation, une relation de cause à effet entre deux séries de faits objectifs, ce qui entraîne leur faculté à prédire des événements non encore observés. Ainsi de la relation entre la variation de la

⁷¹ Paul AMSELEK, *La Science* [a], op. cit., p. 418 ; p. 420 ; Martin HEIDEGGER, *Concepts fondamentaux*, Gallimard, Paris 1985 [1941], pp. 79-80.

⁷² Jean-André NISOLE, *De la vérité*, op. cit., p. 122.

⁷³ « Assurons-nous bien du fait, avant de nous inquiéter de la cause. Il est vrai que cette méthode est bien lente pour la plupart des gens qui courent naturellement à la cause, et passent par-dessus la vérité du fait ; mais enfin nous éviterons le ridicule d'avoir la cause de ce qui n'est pas. » (Bernard Le Bovier de FONTENELLE, *La Dent d'Or*, dans *Histoire des Oracles, Œuvres complètes*, Fayard, Paris 2001 [1686], cité par Jean-André NISOLE, *De la vérité*, op. cit., p. 92).

température ambiante et la dilatation d'un métal, sans qu'il soit nécessaire de mesurer le volume du métal pour l'infinité des températures ambiantes possibles. On notera cependant que le caractère prédictif des lois scientifiques ne constitue pas en soi une condition indispensable de leur validité – il leur suffit en effet d'être *réfutables* –, bien que leur faculté à anticiper des phénomènes qui n'avaient pas encore été observés leur assure – au moins temporairement – une incontestable consécration.

Or, si l'on prend l'exemple de l'économie, sans doute la plus mathématiquement formalisée de toutes les « sciences » humaines, il nous faut admettre que les lois de cette discipline ne répondent par nature pas à ces critères, si bien qu'en économie la prévision s'avère « quasi-impossible » et peut même relever de « l'imposture »⁷⁴. Pour Bernard Maris, « ceux qui prétendent le contraire sont des charlatans »⁷⁵. Nombre d'économistes soutiennent toutefois le contraire et établissent de nombreuses prévisions, qui plus est chiffrées, dans une vision positiviste qu'a par exemple ouvertement professée Milton Friedman, en particulier dans ses *Essais d'économie positive*⁷⁶. Ce dernier pousse même « l'imposture » jusqu'à affirmer que la véracité des hypothèses importe peu, « pourvu qu'elles fonctionnent plus ou moins et permettent de faire des prédictions ». À sa suite, Hal Varian, l'auteur du manuel d'économie le plus vendu aux États-Unis, va jusqu'à affirmer : « Une théorie fausse peut tout de même aider à comprendre les phénomènes »⁷⁷, ce qui, pour Edmond Malinvaud, revient à se « vanter de ses insuffisances »⁷⁸. Or le seul fait de prétendre à l'existence de « lois » dans le cadre des disciplines du sujet constitue une mystification. Paul Amselek, dans son article *La Science et le problème de la vie humaine*, établit une critique du déterminisme en montrant qu'il serait même le résultat d'une double mystification, à la fois du côté de la science et du côté de la liberté :

« de même que les sciences de la nature nous font croire que cette dernière obéirait implacablement à des lois en vigueur à l'œuvre derrière ses comportements, de même les sciences de l'homme nous font imaginer que celui-ci obéirait pareillement, à son insu, aveuglément mais inexorablement à de semblables lois naturelles, opérant dans son ombre, en amont de sa volonté. Derrière ce mode de pensée [...] il y a une illusion naïve [qui...] assimile les outils de repérage que nous établissons, pour nos propres besoins, à partir du spectacle du monde, à des outils localisés derrière le monde, dans de mystérieuses et problématiques coulisses, des outils qui seraient destinés au monde lui-même et qui présideraient à ses productions. »⁷⁹

⁷⁴ Philippe SIMONNOT, *L'Erreur économique – Comment économistes et politiques se trompent et nous trompent*, Denoël, Paris 2004, p. 28 ; p. 42.

⁷⁵ Bernard MARIS, *Anti-manuel d'économie*, 2 vol. (vol. 1 : *les Fourmis* ; vol. 2 : *les Cigales*), Bréal, Rosny sous Bois (France) 2003, vol. 1, p. 41.

⁷⁶ Notamment Milton FRIEDMAN, *Essais d'économie positive*, pp. 6-7, cité par Philippe SIMONNOT, *L'Erreur économique*, op. cit., p. 25, note 1 ; p. 26, note 1.

⁷⁷ Hal VARIAN, *À quoi sert la théorie économique ?* [a], dans *L'Économie devient-elle une science dure ?*, Economica, Paris 1995, p. 125, cité par Bernard MARIS, *Anti-manuel d'économie*, op. cit., vol. 1, p. 44.

⁷⁸ Edmond MALINVAUD, *Voies de la recherche macroéconomique*, Odile Jacob, Paris 1991, p. 305, cité par Bernard MARIS, *Anti-manuel d'économie*, op. cit., vol. 1, p. 44.

⁷⁹ Paul AMSELEK, *La Science* [a], op. cit., p. 421.

La « science » économique s'est du reste en amont ouvertement pensée comme la projection des lois de la physique dans le domaine des échanges humains, la constituant comme une véritable *physique sociale*. Philip Mirowski précise, dans son livre au titre évocateur, *Plus de chaleur que de lumière – l'économie comme physique sociale, la physique comme économie de la nature* :

« William Stanley Jevons, Léon Walras, Vilfredo Pareto, Francis Edgeworth, Irving Fischer et bien d'autres ne s'en sont pas cachés : l'utilité telle qu'ils la concevaient était calquée sur l'énergie potentielle de la mécanique classique, de même que leur appareil mathématique favori, les principes d'extremum. »⁸⁰

Ces principes physiques n'ont pas simplement inspiré ces économistes, ils ont littéralement *conditionné* leur approche. Philip Mirowski de poursuivre : « ils en ont pratiquement recopié le modèle terme à terme et symbole à symbole. » Ce calque pour ainsi dire fantasmagique de l'économie sur la science physique explique que les notions économiques non seulement de *loi* ou d'*utilité*, mais aussi d'*équilibre* et sa soi-disant *autorégulation* sont fortement suspectes. Partant de certaines réflexions fondamentales des représentants de l'École autrichienne, Philippe Simonnot montre que les lois économiques se distinguent des lois physiques dans la mesure où elles n'établissent pas de relations entre des *faits*, mais portent sur des actions – selon Murray Rothbard⁸¹ – ou, mieux, sur des *choix* – selon Jörg Guido Hülsmann⁸². C'est de là que viendrait leur incapacité à prédire les conséquences chiffrées des actions économiques, bien que les choix, et donc l'action humaine, soient gouvernés par des lois. Est-il dès lors possible de parler de *lois* dans le domaine des choix, qui sont la marque de la liberté humaine ? C'est la problématique à laquelle fut confronté Émile Durkheim lorsqu'il se pencha sur le phénomène du suicide :

« la liberté humaine peut être appréhendée dans la régularité qui apparaît lorsqu'elle est envisagée sous son aspect collectif, dans la quasi-constance que révèlent les statistiques. Quelle que soit l'étendue de la liberté qui intervient dans la décision de s'ôter la vie, une proportion de la population à peu près constante prend chaque année une telle décision. Rien ne s'oppose donc à ce que l'explication concilie l'inéluctabilité du monde physique et la liberté des hommes. »⁸³

Il n'est toutefois pas certain que la tenue de statistiques permette de concilier aussi aisément la liberté humaine et l'élaboration de lois qui s'y rapportent. Bien qu'elles prétendent se contenter de prendre acte du passé, les statistiques sont en effet presque toujours implicitement comprises dans un sens prédictif, inscrivant ainsi les actes qu'elles rapportent dans une vision fermée où l'avenir est condamné à n'être qu'une

⁸⁰ Philip MIROWSKI, *Plus de chaleur que de lumière – L'économie comme physique sociale, la physique comme économie de la nature*, Economica, Paris 2001, p. 8, cité par Bernard MARIS, *Anti-manuel d'économie*, op. cit., vol. 1, p. 33.

⁸¹ Murray ROTHBARD, *Économistes et charlatans*, traduction de François Guillaumat, Les Belles Lettres, Paris 1991, pp. 53-54, cité par Philippe SIMONNOT, *L'Erreur économique*, op. cit., p. 35.

⁸² Jörg Guido HÜLSMANN, *Facts and Counterfactuals in Economic Law* [a] (ci-après : *Facts and Counterfactuals*), dans *Journal of Libertarian Studies*, vol. 17, n°1 (hiver 2002), pp. 57-102, cité par Philippe SIMONNOT, *L'Erreur économique*, op. cit., p. 36.

⁸³ Paul JORION, *Le rapport entre la valeur et le prix* [a], op. cit., p. 18.

projection du passé. La notion même de *loi* ne suggère-t-elle pas du reste une certaine régularité, alors que le propre de la liberté est d'être *possibilité*, fenêtre sur l'inconnu⁸⁴ ? Le seul fait de pointer sur la régularité de comportements collectifs peut les faire passer pour inéluctables et éradiquer toute velléité d'explorer des voies alternatives ; de plus, leur simple observation ne dit rien sur leurs causes, dont la variation peut démentir l'apparente régularité des effets observés. La difficulté à édicter des lois portant sur des choix semble donc demeurer entière, même si la formulation de règles ou l'observation de tendances éclairant des mécanismes comportementaux peut en principe s'avérer pertinente.

Jörg Guido Hülsmann nous rend attentifs au fait que tout choix comporte non seulement sa réalisation sous forme d'une action humaine observable, mais aussi le but qui l'a motivée et les options abandonnées, autrement dit les branches de l'alternative qui ont été délaissées au profit de celle qui a été mise à exécution et que Hülsmann qualifie de « contre-faits ». Cette dimension invisible de nos choix se rapproche du « coût d'opportunité », qui désigne la valeur marchande de ce à quoi l'on renonce lorsque l'on fait un choix. Cette notion est particulièrement utile aux économistes lorsqu'ils cherchent à évaluer les biens et services qui, n'étant pas accessibles sur le marché, n'ont pas de prix : le prix d'une heure de loisir correspond de la sorte au revenu que l'on aurait gagné en la consacrant à une activité professionnelle, ou encore aux biens de consommation auxquels on renonce en ne travaillant pas⁸⁵.

Pour Jörg Guido Hülsmann toujours, les lois qui régissent l'action humaine décriraient de la sorte « les relations qu'un choix établit entre ce qui existe et ce qui aurait pu exister si le choix n'avait pas été fait », ou plutôt s'il avait été autre. Elles posent « ce qui existe en réalité dans les termes de ce qui aurait pu exister »⁸⁶. Les lois économiques décrivent ainsi davantage la réalité concrète que ne le font de simples *tendances* appelées à se matérialiser dans un horizon lointain – et qui peuvent même ne jamais advenir –, dès lors qu'elles « peuvent être immédiatement constatées par la raison humaine » et réunissent en un seul terme « le fait à expliquer, le fait qui l'explique et la relation entre les deux »⁸⁷. Elles se distinguent aussi de simples hypothèses devant passer l'épreuve des faits pour être validées, ce qui revient à dire qu'à l'instar des axiomes, les lois « contre-factuelles » sont *absolues* et ne peuvent être ni démenties ni prouvées par l'expérience, mais peuvent uniquement être vérifiées sur le plan du raisonnement contre-factuel⁸⁸.

⁸⁴ Voir ci-dessous, p. 62 ss, les trois caractéristiques de la « sujété » répertoriées par Jean-André Nisole.

⁸⁵ Michael BURDA, Charles WYPLOSZ, *Macroéconomie, une perspective européenne*, De Boeck, Bruxelles 1993, p. 108, cité par Philippe SIMONNOT, *L'Erreur économique*, op. cit., pp. 36-37.

⁸⁶ Philippe SIMONNOT, *L'Erreur économique*, op. cit., p. 38.

⁸⁷ Jörg Guido HÜLSMANN, *Facts and Counterfactuals*, cité par Philippe SIMONNOT, *L'Erreur économique*, op. cit., p. 38.

⁸⁸ Philippe SIMONNOT, *L'Erreur économique*, op. cit., pp. 40-41 ; p. 46.

Prenons l'exemple de la loi économique selon laquelle toute augmentation de la masse monétaire entraîne une augmentation des prix. Cette loi, nous apprend Philippe Simonnot, ne s'applique pas aux seuls cas d'école épurés de toutes les complexités de la vie réelle – souvent introduits par la fameuse expression « toutes choses égales par ailleurs » –, mais à toute situation concrète, quelle qu'elle soit, autrement dit même à celles où, pour une raison quelconque, l'augmentation de la masse monétaire n'entraîne pas de manière visible l'augmentation des prix attendue : il faut penser que dans ce cas l'augmentation de la masse monétaire a malgré tout exercé une action réelle sur les prix, mais que l'inflation a été contrebalancée en tout ou partie par une cause que nous n'avons pas perçue, si bien que sans cette action sur la masse monétaire les prix auraient été encore plus bas que ceux constatés. Ces lois universelles, toutes incapables qu'elles sont d'asseoir des prévisions positives, n'en restent donc pas moins d'excellents guides pour l'action politique.

Si l'on prend à présent les trois conditions posées par le modèle de la concurrence parfaite que sont l'atomicité des acteurs, l'homogénéité des produits et la transparence de l'information, on remarque que l'exigence d'homogénéité des produits évacue à elle seule toute nécessité d'un choix rationnel que les théories classiques prêtent en d'autres circonstances à *l'homo œconomicus* : sur un marché où tous les produits sont équivalents, le choix des acteurs perd en effet toute pertinence ; la transparence de l'information perd elle aussi tout intérêt, si ce n'est pour permettre aux acteurs de constater le caractère parfaitement substituable des biens qui leur sont proposés. Au demeurant, même les théories économiques présupposant le caractère rationnel du choix des acteurs évacuent toute notion de liberté : le choix rationnel, dès lors que l'économie ignore l'existence d'une pluralité de rationalités – dont chacune peut justifier un choix différent dans des circonstances pourtant semblables – conçoit nécessairement le choix comme un acte univoque, dont l'issue *s'impose* à l'acteur, sous peine d'adopter un comportement « irrationnel ». La sujétité des acteurs et leur liberté de choix poserait-elle problème pour l'économie ? Il est vrai, comme vu précédemment, que la sujétité des acteurs, dès qu'elle est prise en compte, ôte à l'économie toute velléité prédictive et lui retire de ce fait son caractère scientifique.

Par dessus tout, c'est la nature même des règles économiques qui nous interdit de les confondre avec des lois au sens scientifique du terme. Ces règles ne sont aucunement le fruit d'une induction opérée à partir d'une série de faits observés ; tout au plus s'agit-il d'hypothèses, de postulats nécessairement imprégnés d'une vision de l'homme qui n'a rien de neutre. La thèse utilitariste qui sert de référence à toute une branche de l'économie en témoigne avec force.

Pour Philippe Simonnot, les règles économiques sont malgré tout « scientifiques », car c'est à l'en croire à tort que l'on prétend que « toute science digne de ce nom doit être capable de prévision »⁸⁹ ; sans vouloir faire à cet auteur de procès d'intention, il reste

⁸⁹ *Ibid.*, op. cit., p. 26.

que les lois scientifiques dignes de ce nom doivent pouvoir être contredites par les faits, et affirmer le contraire revient à se jouer de mots ou se « donner un genre ». Il est vrai hélas, pour reprendre les mots de Lena Soler, que de nos jours l'auto-proclamation de son caractère scientifique confère à une matière

« une aura susceptible d'avoir des conséquences concrètes non négligeables (introduction de cette discipline dans les cursus scolaires et universitaires, donc large diffusion de ses théories ; autorité des experts de la discipline [...] ; obtention de crédits en vue de nouvelles recherches...). On conçoit que le label "scientifique" soit dans ces conditions très convoité et qu'il puisse du coup en venir, sous la pression de groupes sociaux en quête de reconnaissance, à être attribué abusivement. »⁹⁰

Mais ce qui n'est pas scientifique n'est pas nécessairement irrationnel. Karl Popper remarqua que la psychanalyse admettait des énoncés contradictoires à propos du même objet, ce qui rend impossible l'invalidation de ces énoncés par des faits, au contraire de tout énoncé ou hypothèse scientifique. La psychanalyse lui apparaissant *irréfutable*, il en conclut que cette discipline n'était *pas scientifique* et la rejeta. Cet ostracisme semble toutefois aller chez lui jusqu'à invalider la psychanalyse comme étant *non rationnelle*, ce qui semble excessif. Il en va tout autrement si l'on admet que l'on peut rendre raison des contradictions de certains énoncés psychanalytiques sur l'homme – contradictions que l'on pourrait relever au sein de toutes les disciplines du sujet – en raison même de sa « sujéité »⁹¹. De ce fait, ces contradictions peuvent certes refuser à ces disciplines le statut de « science », mais elles pourraient bien, à y regarder mieux, s'avérer n'être qu'apparentes et ne pas entrer en conflit avec le principe de non-contradiction. Nous reviendrons, lors de l'étude de la logique transdisciplinaire, sur cette question capitale, car s'il s'avère que les oppositions constatées ne contreviennent pas à ce principe logique, il devient exclu de retirer aux disciplines du sujet le statut de connaissances rationnelles.

La position de Philippe Simonnot concernant l'économie semble ainsi résulter de la confusion dénoncée plus haut entre science et rationalité : s'il échoue à nous convaincre du caractère scientifique des lois économiques ou de sa définition élargie de la science, il souligne par contre avec brio leur caractère rationnel, à l'instar de la démarche de toute « science » humaine et des raisonnements philosophiques. Le terme de « discipline » emportant très clairement, selon la définition qui en a été donnée, son caractère rationnel, il sera comme il a déjà été dit préféré à celui de science concernant les « sciences » humaines.

Ceci posé, nous retiendrons que les lois économiques, toutes rationnelles qu'elles sont, ne peuvent pas être démenties ou prouvées par l'expérience, mais uniquement sur le plan du raisonnement, qu'il soit ou non « contre-factuel ». Il en ressort qu'elles sont d'autant plus sujettes à l'influence des idéologies de toutes sortes. Trois conséquences s'ensuivent : (1) les « démonstrations » opérées par les économistes ne pouvant

⁹⁰ Léna SOLER, *Introduction à l'épistémologie*, op. cit., p. 21

⁹¹ Jean-André NISOLE, *De la vérité*, op. cit., pp. 79-80, p. 207

prétendre à un caractère scientifique, elles prouvent tout au plus à la fois la cohérence interne des principes *a priori* dont elles partent et la nature « résistante » de la logique mathématique, mais non pas leur adéquation à la réalité ; (2) il convient de ce fait de rester particulièrement vigilant quant à leurs biais possibles, cette discipline étant très sensible aux *a priori* de ses praticiens, et de les soumettre à une critique vigoureuse au lieu d'y voir, comme c'est trop souvent le cas de nos jours, l'expression d'une vérité absolue ne souffrant aucune objection ; (3) enfin, le discours économique se trouve naturellement appelé à subir une critique non seulement sous l'angle de la logique interne, mais aussi sous celui, plus général, du raisonnement philosophique. Cela va semble-t-il à l'encontre des velléités autonomes de l'économie en tant que discipline mathématiquement normée, en particulier, comme nous le verrons par la suite⁹², par rapport à l'éthique. Ainsi est-il possible d'affirmer que la *vérité* économique change en fonction de son référentiel. Philippe Simmonot nous en apporte la preuve éclatante lorsqu'il admet que le modèle de la concurrence parfaite « est mathématiquement confirmé »⁹³, avant de s'attacher à montrer son « absurdité » et ses « possibles dérives »⁹⁴. Mieux : après s'être employé à démontrer l'inanité du modèle... il en vient à conclure que, vu l'impossibilité où nous nous trouvons de mettre le marché en équations, il s'avère impossible d'atteindre cet état de concurrence, et que, dans ce cas, il est préférable... de laisser faire le marché : « il vaut mieux compter sur les efforts indépendants et concurrents de gens nombreux pour faire advenir quoi ? justement ce que nous ne pouvons savoir »⁹⁵. Lorsqu'on se remémore que c'est le modèle de la concurrence parfaite qui a servi d'assise à l'idéologie de l'autorégulation du marché, on se rend compte à quel point l'économie parvient trop souvent à « démontrer » ses thèses, quel que soit le chemin emprunté par son raisonnement, ce qui la rend, une fois encore, *irréfutable*, et surtout extrêmement sensible aux idéologies. Dans un passage haut en couleurs, Bernard Maris nous rend attentifs à ce dernier point, qu'il associe à une utilisation superficielle de l'outil mathématique par l'économie dans le but d'asseoir l'endocritinisme de ses étudiants et faire taire en eux toute question ou velléité d'indignation :

« Richesses, inégalités, souffrances, malheur, révoltes ? Un schéma, une équation, et circulez, on n'en parle plus. Le silence des élèves est l'une des raisons de l'abus des maths. Alors, pas de maths ? Bien sûr qu'il en faut : on doit savoir définir une moyenne, une médiane et un équilibre de Nash, ne serait-ce que pour comprendre que le marché n'est pas efficace. Malheureusement, la fascination pour les ornements interdit de s'interroger sur le contenu de la boîte : or la logique mathématique ou littéraire [...] n'a d'intérêt que pour annihiler l'idéologie. La logique doit assassiner l'idéologie dont l'économie regorge. Elle n'est pratiquement, surtout si elle est formalisée, qu'idéologie. »⁹⁶

⁹² Voir ci-dessous, chap. « Utopies d'une économie auto-référente », pp. 198 ss.

⁹³ Philippe SIMONNOT, *L'Erreur économique*, op. cit., p. 230.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 246.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 249.

⁹⁶ Bernard MARIS, *Anti-manuel d'économie*, op. cit., vol. 1, p. 40.

Si l'on reprend par exemple le raisonnement économique concernant les coûts d'opportunité, il est permis d'y voir une approche à la fois limitée et réductrice de la liberté humaine. Un choix ne se limite pas toujours à la comparaison entre une option et les contre-faits constituant l'alternative – en d'autres termes il ne s'inscrit pas toujours dans un contexte *relatif* – mais il peut être mû par une nécessité *intérieure*, indépendamment de son prix ; c'est la question de la valeur qui se pose ici, ainsi que les thèses de l'égoïsme psychologique héritées du XVIII^e siècle, dont les économistes ne se sont semble-t-il toujours pas libérés. Je reviendrai sur ces questions dans la partie consacrée à la perspective économique⁹⁷, respectivement dans celle consacrée à la recherche d'une fondation éthique⁹⁸. Ainsi le choix de passer une heure de repos ou de méditation n'est pas toujours le fruit d'un débat intérieur entre l'avantage du « loisir » que l'on s'accorde et le manque à gagner qu'il induit, mais peut se faire en fonction d'un besoin vital à se retrouver « avec soi », balayant toute autre considération et tout calcul. C'est le cas de toutes les décisions prises en fonction de l'*être* plus que de l'*avoir*, par un sujet désireux de réussir *sa* vie plus que de réussir *dans* la vie ; de telles décisions sont plus nombreuses qu'on ne pourrait le croire, et pèsent d'autant plus qu'elles conditionnent à leur tour une cascade de choix plus quotidiens. De manière générale, toute comparaison entre deux situations n'est pas assimilable à un calcul d'opportunité ; en d'autres termes, le calcul économique reste nécessairement secondaire dans le domaine propre aux choix, et en restreint les perspectives. Ignorer que certains choix de vie puissent l'emporter sur toute considération d'ordre économique, c'est assurément avoir l'horizon court. Comme le disait une grand-mère : « au soir de sa vie, on regrette rarement de ne pas avoir travaillé plus, mais bien plutôt de ne pas avoir passé davantage de temps avec ceux qu'on aime. »

Poursuivons notre critique d'une vision exclusivement économique et chiffrée de l'existence, et prenons l'exemple de la théorie de l'avantage comparatif développée par David Ricardo. Au chapitre VII de ses *Principes de l'économie politique et de l'impôt*, cet économiste classique réputé entend démontrer que la spécialisation de la production de deux nations (David Ricardo prend pour exemple l'Angleterre et le Portugal dans leurs échanges de vin et de cotonnades) en fonction du savoir-faire de leurs populations respectives permet à travail (ou « *input* ») égal la fabrication d'une plus grande quantité globale de marchandises, de sorte que par l'échange de ces dernières, à l'issue d'un « jeu à somme positive », les deux nations parviendront à une situation plus avantageuse pour chacune d'entre elles par rapport à la situation initiale, y compris pour la moins productive. Cette « démonstration » suppose toutefois plusieurs partis pris, nonobstant son caractère chiffré et son apparence objective. Elle donne à croire que, par le « libre-échange » les nations parviennent à un plus grand degré de bien-être, supposant que le bien-être ou la croissance sont pure affaire de production ; elle néglige en particulier de considérer qu'une autonomie – autrement dit une indépendance relative – de chacun des pays envers l'autre peut constituer une

⁹⁷ Voir ci-dessous, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), pp. 145 ss.

⁹⁸ Voir ci-dessous, partie 03 (« Recherche d'une fondation éthique »), pp. 99 ss.

situation préférable ; l'Afrique noire, par les monocultures intensives qui lui ont été imposées par le FMI, en a fait la très amère expérience. Le passage suivant résume fort bien cette fameuse question de référentiel évoquée plus haut :

« un pays qui se spécialise sur une production devient dépendant, pour les autres productions, du marché international. Outre les pressions politiques qu'il peut alors subir, il est aussi plus vulnérable aux spéculateurs internationaux. Un exemple de conséquence : la spécialisation d'un pays pauvre dans une culture destinée à l'export entraîne la baisse de disponibilité sur place des denrées alimentaires de base dans ce pays. Il s'ensuit une hausse des prix locaux de ces denrées alimentaires de base, et des risques de famine. »⁹⁹

En outre, le système d'échanges promulgué par David Ricardo et les partisans du « libre-échange » a pour effet immédiat de multiplier les transactions internationales ; il renforce, on l'a vu, la position des intermédiaires, mais en particulier des agents de change : si l'on se rappelle que David Ricardo était lui-même agent de change, on comprend que son but n'était peut-être pas le bonheur des peuples, et que sa « démonstration » n'est sans doute pas aussi neutre et innocente que le terme de « science économique » pourrait le donner à croire... Cette théorie des avantages comparatifs est de plus fictive, en ce sens qu'elle prépare, par l'avantage qu'elle accorde aux intermédiaires sur les producteurs directs, la libération du marché des capitaux, qui pourtant la ruine totalement : la théorie du libre-échange part en effet de l'hypothèse que les capitaux sont fixes et le travail mobile. Dans la situation qui est la nôtre depuis que les États-Unis, puis la Grande-Bretagne, ont décidé de déréglementer le capital à l'aube des années 1970, démantelant ainsi les accords de Bretton Wood¹⁰⁰ et permettant dans les faits aux institutions financières de déterminer la politique des États, l'exemple de David Ricardo se conclurait par le déplacement massif des capitaux anglais au Portugal afin d'y faire produire *la totalité* des besoins des deux pays en vin et en toile de coton¹⁰¹ ...

En fin de compte, le plus grand reproche qui puisse être opposé aux velléités scientifiques de l'économie est qu'elle prétend partir d'une approche descriptive et factuelle, alors qu'elle passe au niveau normatif de manière non critique, sous l'emprise des idées préétablies qu'elle se fait – ou veut se faire – de l'homme. Ainsi les libéraux ont-ils pu passer de la notion d'*utilité* des échanges avancée par Adam Smith à une idéologie *utilitariste* et réductrice sans aucune critique digne de ce nom¹⁰². On observe ainsi une fois encore que l'induction se révèle la phase la plus problématique de la démarche de caractère scientifique – démarche que l'économie prétend suivre. Ceci dit, l'économie peut nous éclairer sur les règles qui régissent les choix humains,

⁹⁹ WIKIPEDIA, L'ENCYCLOPÉDIE LIBRE, *David Ricardo*, http://fr.wikipedia.org/wiki/David_Ricardo, chap. « Théorie de l'avantage comparatif ».

¹⁰⁰ Les accords de Bretton Woods ont été conclus en juillet 1944 afin de permettre aux États de contrôler les flux de capitaux.

¹⁰¹ Noam CHOMSKY, Denis ROBERT, Weronica ZARACHOWICZ, *Deux heures de lucidité – Entretiens avec Noam Chomsky* (ci-après : *Deux heures de lucidité*), Sienna, le 2 novembre 1999, Les Arènes, Paris 2001, pp. 67-68 ; p. 70-71.

¹⁰² Entretien du 26.10.2011 à Genève avec François Dermange.

dans la mesure où la volonté de chacun des acteurs est dépassée à l'échelle du marché. Encore faut-il s'entendre sur le système économique de référence fondant la notion de marché, et ne pas enfermer notre approche des échanges économiques dans le cadre du système de référence actuel, le capitalisme, dont nous allons voir par la suite les aspects très singuliers, inégalitaires et particulièrement réducteurs¹⁰³. Le choix économique, dès lors qu'il repose sur la liberté humaine, s'appuie nécessairement sur la « sujétité » de l'acteur, et c'est pour cela, fondamentalement, qu'il ne sera jamais entièrement prévisible. L'approche par la « sujétité » des acteurs permet ainsi un profond changement de méthode applicable aux disciplines de l'homme.

Pour une « science empathique »

Jeremy Rifkin, dans son livre intitulé *Une nouvelle conscience pour un monde en crise*, prône l'enseignement d'une « science empathique ». Il s'oppose de la sorte à la méthode scientifique classique :

« La méthode scientifique contredit pratiquement tout ce que nous savons de notre nature et de celle du monde. Elle nie l'aspect relationnel de la réalité, interdit la participation et ne laisse aucune place à l'imagination empathique. En fait, on demande aux élèves de devenir étrangers au monde. »¹⁰⁴

Prenant appui sur la position de Johann Wolfgang von Goethe, qui préférait « aborder la nature en tant que participant qu'en tant que passant désintéressé » et recommandait de « s'identifier profondément avec l'objet »¹⁰⁵, Jeremy Rifkin entend encourager une approche participative faisant la part belle à l'émerveillement, au souci de l'autre et à la compassion¹⁰⁶. Pour Goethe, « la pensée est active objectivement », c'est-à-dire qu'elle « ne se sépare pas des objets »¹⁰⁷ : on retrouve ici la notion d'intentionnalité. Il s'agit en fin de compte de favoriser les conditions réelles et concrètes d'expérience. « À son sens, ajoute Rifkin, les vraies intuitions ne viennent pas de l'observation détachée, mais de la participation en profondeur aux phénomènes examinés. »¹⁰⁸ Heinz Kohut a repris au début du XX^e siècle les thèses de Johann Wolfgang von Goethe sur la méthodologie scientifique, pour affirmer que l'apport le plus important de la

¹⁰³ Voir ci-dessous partie 04 (« Perspectives socio-économiques »), pp. 145 ss.

¹⁰⁴ Jeremy RIFKIN, *Une nouvelle conscience pour un monde en crise – Vers une civilisation de l'empathie*, Les Liens qui Libèrent, Paris 2011, p. 571.

¹⁰⁵ Johann Wolfgang von GOETHE, *Pensées sur les sciences naturelles*, dans *Œuvres*, Hachette, Paris 1861, t.1, p. 449, cité par Jeremy RIFKIN, *Une nouvelle conscience pour un monde en crise*, op. cit., p. 571.

¹⁰⁶ Jeremy RIFKIN, *Une nouvelle conscience pour un monde en crise*, op. cit., p. 571.

¹⁰⁷ Johann Wolfgang von GOETHE, *Bedeutende Fördernis durch ein einziges geistreiches Wort*, dans *Werke – Hamburger Ausgabe*, t. XIII, *Naturwissenschaftliche Schriften*, C. H. Beck, Munich 1988, pp. 37-41, cité par Jeremy RIFKIN, *Une nouvelle conscience pour un monde en crise*, op. cit., p. 571.

¹⁰⁸ Jeremy RIFKIN, *Une nouvelle conscience pour un monde en crise*, op. cit., p. 571.

psychanalyse consistait à avoir « combiné l'empathie et la méthode scientifique traditionnelle », et intégré l'introspection parmi les outils d'observation¹⁰⁹.

Pour Abraham Maslow, comme pour Heinz Kohut dont il reprit le flambeau, il ne s'agissait pas de nier la tradition scientifique, mais de la compléter :

« Que l'on me comprenne bien : je m'efforce d'*élargir* la science, pas de la détruire. Il n'est pas nécessaire de choisir entre expérience vécue et abstraction. Notre tâche est de les intégrer. »¹¹⁰

Abraham Maslow préconise en fait, de manière plus radicale, l'adoption de deux épistémologies complémentaires, en fonction du contexte :

« Toutes les sciences, tout le savoir peuvent-ils être conceptualisés comme résultant d'une relation aimante ou affectueuse entre le connaissant et le connu ? Quels seraient pour nous les avantages d'établir cette épistémologie au côté de celle qui règne aujourd'hui dans la "science objective" ? Pouvons-nous utiliser simultanément les deux ?

Mon sentiment est que nous pouvons et devons utiliser les deux épistémologies selon les exigences de la situation. À mes yeux, elles ne sont pas contradictoires mais s'enrichissent mutuellement. »¹¹¹

Cette allusion à une « relation aimante ou affectueuse » semble toutefois trop imprécise pour pouvoir servir de véritable guide, et le terme d'empathie n'est guère plus clair. Mais la démarche d'Abraham Maslow présente l'avantage de poser la nécessité de deux épistémologies complémentaires, qu'il convient d'harmoniser en fonction d'une perspective supérieure afin de mieux appréhender les « exigences de la situation » justifiant l'emploi de l'une ou de l'autre. On peut y voir un appel à la transdisciplinarité, d'autant plus qu'il est fait grand cas dans cette approche de l'unité profonde reliant entre eux l'ensemble des éléments composant le réel. Il s'agit de prendre en compte l'appartenance de chaque élément à un tout, et de l'approcher comme tel, plutôt que de cultiver une césure de façade qui, sous prétexte d'« objectivité », nie en fait la donne sur laquelle repose toute expérience.

La « relation aimante ou affectueuse » préconisée par Abraham Maslow mériterait donc d'être précisée, et surtout approfondie. Il semble en effet difficile en pratique de fonder une épistémologie sur une telle base, qui reste limitative. Toute expérience étant à la fois éprouvée par celui qui l'effectue, à propos de ce qu'il observe, et portée sur un observable, de manière intentionnelle, c'est de là qu'il convient d'initier notre démarche. Il s'agit toutefois de le faire en intégrant toutes les facettes de l'observateur, y compris celles propres à l'introspection ou à son unicité, sans oublier de prendre en compte l'observé dans toutes ses dimensions, de l'atteindre dans son unité même, à sa

¹⁰⁹ David S. MACISAAC, *Empathy : Heinz Kohut's Contribution – Empathy reconsidered : new directions in Psychotherapy*, Arthur C. Bozarth, Leslie S. Greenberg, 1999, p. 248, cité par Jeremy RIFKIN, *Une nouvelle conscience pour un monde en crise*, op. cit., p. 572.

¹¹⁰ Abraham MASLOW, *The Psychology of Science : A Renaissance*, Gateway, South Bend 1966, p. XVI ; cité par Jeremy RIFKIN, *Une nouvelle conscience pour un monde en crise*, op. cit., p. 572 ; c'est Maslow qui souligne.

¹¹¹ Abraham MASLOW, *The Psychology of Science*, op. cit., pp. 108-109, cité par Jeremy RIFKIN, *Une nouvelle conscience pour un monde en crise*, op. cit., p. 573.

racine, et, surtout, dans tous ses possibles. Car si la réalité n'est pas déterminée, l'observation qui ne prête pas une attention soutenue à l'inattendu et aux multiples réponses possibles de l'observé conditionne nécessairement la réalité, et, la limitant, la biaise. Cette qualité d'être qu'il s'agit d'appréhender et de vivre en conscience, c'est la « sujéité ». L'approche « aimante ou affectueuse », dans la mesure où elle vise avant tout à appréhender le réel dans toute sa profondeur, en prenant en compte les relations qui structurent chacun de ses éléments, va dans ce sens. Prendre en compte la nature profonde à la fois de l'observateur et de l'observé – autrement dit leur « sujéité » – c'est par contre-coup changer en profondeur la relation qui les lie et la rendre plus respectueuse, tout en partant d'une position plus visible.

Il est temps à présent d'éclairer la notion de « sujéité », et d'en saisir la dynamique.

La « sujéité »

La « sujéité » de l'homme est ce qui le caractérise non pas comme sujet connaissant face à son objet d'étude, mais, plus profondément, comme source au moins partielle de son propre « être au monde ».

Caractéristiques de la « sujéité »

Quelles sont les caractéristiques de cette « sujéité » ? Jean-André Nisole en dénombre trois principales¹¹² :

- *l'homme est possibilité*, toujours à la croisée des chemins, autrement dit *libre* – quant à son statut ontologique, à savoir sa faculté de se déterminer lui-même en son for intérieur – plutôt qu'*imprévisible*, si bien qu'il convient de ne pas enfermer ses formes d'existence futures dans la description de ses actes passés ;
- *l'homme est être de relation* car « nous ne pouvons réaliser authentiquement notre essence qu'à travers la relation à autrui » dans la mesure où « nous nous manifestons à *nous-mêmes* [...] grâce aux différentes relations que nous entretenons avec l'Autre »¹¹³ ; l'Autre peut ainsi nous permettre d'entrer en contact avec notre être profond sans aucune intrusion, comme le ferait un catalyseur ; or les situations d'expérimentation refusent à la personne l'espace lui permettant de se déployer pleinement comme telle, et provoquent la cristallisation de certains de ses traits ;
- enfin, *l'homme est inscrit dans le temps*, non pas comme soumis à lui à l'instar de tout corps physique, mais, de manière propre aux sujets, en ce sens que son présent est imprégné de ses souvenirs passés et des projections que l'avenir inspire à son imaginaire. Michel Develay le résume de son côté en ces termes : « nous regardons le monde avec notre histoire et non avec nos yeux »¹¹⁴.

¹¹² Jean-André NISOLE, *De la vérité*, op. cit., pp. 177 ss.

¹¹³ *Ibid.*, pp. 180-182 ; c'est l'auteur qui souligne.

¹¹⁴ Michel DEVELAY, *La Science et le problème* [a], dans *Revue internationale de Psychosociologie* 37/2009 (Vol. XV), pp. 55-68, p. 56.

Sans doute vaut-il la peine de s'arrêter un instant sur ces trois points.

L'homme est possibilité : or les « sciences » humaines voudraient trop souvent nous faire accroire que les règles induites par leurs observations seraient immanentes à l'homme et s'imposeraient à lui de telle sorte que le comportement d'une personne pourrait être défini par l'ensemble de ses conditionnements ; Paul Amselek, on l'a vu, montre pourtant en quoi le déterminisme est le résultat d'une double mystification, non seulement du côté de la science, mais aussi du côté de la liberté¹¹⁵. Cette double mystification suggère à son tour une critique de la morale kantienne en tant que fondée sur des lois posées comme universelles et préexistantes à l'individu, dont l'application devient de ce fait rigide et ne permet pas l'adaptation en fonction d'une hiérarchisation des valeurs, l'autonomisation de la personne devant occuper le degré le plus haut¹¹⁶.

Plus concrètement, toute description statistique se révèle objectifiante et cristallise non seulement la personne étudiée dans des comportements « moyens » – plus exactement *modaux*¹¹⁷, mais place aussi l'observateur dans une attente de résultat répondant à un questionnement préétabli et réducteur, qui verrouille la population observée dans l'image de son propre passé plutôt qu'elle ne lui ouvre les perspectives de ce qu'elle pourrait devenir une fois « révélée » à elle-même ou, pour reprendre l'image socratique, « accouchée » d'elle-même ; un tel modèle facilite par sa fermeture une approche de *contrôle* plus que de *liberté*. Il inverse de surcroît le processus de « transindividuation » par lequel en principe ce sont les comportements psychiques individuels qui contribuent à la formation des comportements collectifs ; l'usage statistique et le profilage des individus tend au contraire à les « figer dans un comportement en les enfermant dans une catégorie de comportements collectifs »¹¹⁸. À Reggio Emilia, un village italien, Loris Malaguzzi s'est employé à développer une pédagogie particulièrement respectueuse de la sujété de l'enfant. Ainsi ne voyait-il pas en l'enfant un réceptacle – l'enfant tel que John Locke le concevait –, mais un être à qui il faut laisser faire l'expérience de l'enfance, et dont il convient de reconnaître la compétence en tant qu'enseignant de l'adulte ; adultes et enfants se co-construisent alors par la communication et découvrent qu'apprendre est une activité coopérative¹¹⁹.

De fait, toute possibilité d'*émergence* se paie de l'acceptation d'une connaissance du monde et de chacun de ses éléments vouée à rester fondamentalement incomplète : *a contrario*, si le philosophe Jaegwon Kim, tentant de formaliser la logique de

¹¹⁵ Voir ci-dessus, p. 52.

¹¹⁶ Voir notamment Jean-François MALHERBE.

¹¹⁷ La notion de moyenne n'a pas de sens appliquée à des critères qualitatifs ; la notion de mode, elle, désigne la classe d'une série statistique dont l'effectif, comparé à des classes de même étendue ou amplitude, est le plus grand ou dont la valeur est le plus souvent prise (classe modale).

¹¹⁸ Bernard STIEGLER, *ARS INDUSTRIALIS, Réenchanter le monde : la valeur esprit contre le populisme industriel*, (ci-après : *Réenchanter le monde*), Flammarion, coll. Champs essais, Paris 2006, p. 54, note 1.

¹¹⁹ Gunilla DAHLBERG, Peter MOSS, Alan PENCE, *Au-delà de la qualité dans l'accueil et l'éducation de la petite enfance – Les langages de l'évaluation*, Érès, Toulouse 2012, p. 95 ; pp. 101-103.

l'émergence, en vient à déclarer cette dernière impossible, c'est pour avoir postulé « une connaissance préalable parfaite des parties que le tout assemble ainsi que les lois auxquelles obéit leur alliage »¹²⁰. Dans une pensée de l'émergence, au contraire, l'*alliage* de plusieurs éléments nous découvre des propriétés radicalement autres que celles de chacun de ses composants parce que nous ne connaissons de ceux-ci que les plus apparentes. Accepter que le sujet soit *possibilité*, c'est accepter plus radicalement encore l'idée qu'on ne le connaîtra jamais complètement, et cela revient à n'entrer en relation avec lui que dans cet esprit. Maître Eckhart, dans ce sens, a développé à côté de sa théologie négative, fort connue, une cosmologie négative (le monde n'est pas achevé, donc ne peut pas tout en dire) doublée d'une anthropologie négative, laquelle correspond à la reconnaissance de la sujété dans l'homme¹²¹.

L'homme est être de relation : je prendrai l'exemple vécu d'une mère qui, observant l'agressivité de son enfant envers elle-même suite au départ de son compagnon de jeux, pense d'abord que cette attitude de l'enfant est dirigée contre elle, avant de percevoir ce qui se passe. Il lui suffit alors de lui demander avec calme s'il n'agit pas ainsi parce qu'il est triste de se retrouver seul pour que l'enfant prenne conscience de l'origine de son sentiment profond, et puisse le vivre plus adéquatement en se jetant dans les bras de sa mère. La simple *observation* de l'agressivité de l'enfant aurait-elle révélé la nature véritable et la cause des sentiments profonds de l'enfant, ou sa capacité à entrer en contact avec eux et à adapter son comportement en conséquence ? Ce questionnement de l'enfant par sa mère ne révèle-t-il et n'approfondit-il pas son autonomie de sujet ? Cette autonomie ne constitue-t-elle pas une dimension essentielle de l'enfant en tant qu'être humain ? N'échappe-t-elle pas pourtant à toute *analyse* ou *étude* qui ne serait pas précédée d'une écoute ouverte et d'un encouragement à entendre les rumeurs des profondeurs qui nous habitent ? À l'opposé, les analyses scientifiques ne se fondent-elles pas sur des comportements *reproductibles*, dont le caractère mécanique et prévisible semble s'opposer au développement d'un comportement *original* et *adapté* propre aux sujets autonomes ?

Vers une « épistémologie généralisée »

Dans son article intitulé *Interdisciplinaire (Connaissance)*, Georges Gusdorf émet à l'encontre des recherches interdisciplinaires en « sciences » humaines un reproche majeur, celui d'avoir perdu, au fil de cette nouvelle approche, « la forme humaine en tant que nœud de significations »¹²². Peut-être y faut-il voir, plus que dans la difficulté des disciplines à communiquer entre elles, un effet de la perte de la « sujété », la quête d'une réalité objective ayant incité ces « sciences » à ignorer une subjectivité

¹²⁰ Jaegwon KIM, *Trois essais sur l'émergence*, Ithaque, Paris 2006, cité par Michel VOLLE, *Prédation et prédateurs*, Economica, Paris 2008, p. 133 ; *Ibid.*, p. 133, note 4.

¹²¹ Jean-François MALHERBE, *Tendre l'oreille à l'inouï – L'éthique des hérétiques*, Cerf, coll. La nuit surveillée, Paris 2013, chap. IV, « Eckhart », pp. 125-153.

¹²² Georges GUSDORF, *Interdisciplinaire (Connaissance)* [a], dans *Encyclopaedia universalis*, Corpus (vol. 8), pp. 1086-1090.

maladroitement assimilée au subjectivisme. Du reste, la constitution de la tradition sociologique au XIX^e siècle ne s'est-elle pas établie sur un « désaveu quasi général de la subjectivité pensée comme illusion et du rejet de l'intériorité du sujet individuel posée comme abstraite ou vide » ?¹²³

C'est pour tenir compte de cette « sujéité » que Jean-André Nisole nous invite à adopter une « épistémologie généralisée », autrement dit une épistémologie qui, par opposition à l'épistémologie classique ou *restreinte*, « prend au sérieux la distinction sujet/objet »¹²⁴ et attend du sujet lui-même qu'il apporte les réponses aux questions qu'elle lui pose. Pour ce faire, elle l'interroge par *impulsions*, autrement dit par une réelle *interaction* à même de découvrir sa nature profonde, faite de potentialités, à l'instar d'un révélateur photographique, plutôt que par *observation/dissection*, à l'instar de toute méthode scientifique classique ; en d'autres termes, elle procède par *invitation* à accomplir sa nature d'être libre plutôt que par *constats*, toujours réducteurs à ce niveau de réalité, puisqu'ils ne tiennent pas compte des évolutions possibles du sujet ni du caractère *transformable* du monde par les sujets, aptitude qui a été longuement exposée par tout un pan de la science, dite holistique¹²⁵. Cette épistémologie initie un processus dynamique orienté tout entier dans la réalisation du sujet pour lui-même, vers un « *plus être* » qui le suscite dans sa propre forme, en ce qu'elle a d'unique, sachant que tout sujet n'est vraiment connaissable pour lui-même et pour les autres que dans la mesure de son propre accomplissement. Elle impose un jeu subtil, qui doit à la fois éviter les projections de l'intervenant et les objectifications de la science, une disposition d'être qui privilégie les différences sur les ressemblances, le possible sur le passé, le mouvant sur le figé ; la seule situation comparable, quoique pour d'autres causes, est celle vécue par la physique quantique, dont la nature « limite » ne lui permet pas de compter sur un « objet » observable sans une critique appuyée de son approche.

Seule l'épistémologie du sujet peut tenir compte des spécificités des disciplines du sujet, et, par voie de conséquence, dans le domaine juridique, du « droit en œuvre » ; elle nous invite à faire usage de la théorie de la connaissance générale et de la critique plutôt que des *méthodes* propres aux sciences exactes. Si nous n'étions pas à ce point idolâtres de la science, nous verrions sans doute que cette approche rend leur dignité à la fois à l'être humain et aux disciplines du sujet qui l'étudient, en reconnaissant les difficultés inhérentes à leur programme. La « sujéité » de l'être humain, qui le caractérise de manière radicale en regard des « objets » de la science, sera développée dans un chapitre ultérieur à travers la notion de transcendance de la personne, illustrée

¹²³ Bernard VALADE, *Le « sujet » de l'interdisciplinarité* [a], dans *Sociologie et sociétés*, vol. 31, n°1 (printemps 1999), pp. 11-21, p. 16.

¹²⁴ Jean-André NISOLE, *De la vérité*, op. cit., p. 152 ; c'est l'auteur qui souligne. La notion de « prendre au sérieux » se réfère à une catégorie essentielle de l'acte biologique chez Viktor von Weizsäcker.

¹²⁵ Voir notamment Jacqueline BOUSQUET, *Science dans la lumière*, Saint Michel, coll. Science en conscience, Paris 1992 ; Masaru EMOTO, *L'Eau, mémoire de nos émotions*, Guy Tredaniel, Paris 2006.

par les questions de la désobéissance civile, de la résilience et de la protection de la sphère privée¹²⁶.

Cette « sujéité » n'est pas sans rappeler le courant philosophique du personnalisme, dont Emmanuel Mounier disait que son « affirmation centrale était l'existence de personnes libres et créatrices ». Il introduisait de ce fait au cœur des structures préétablies « un principe d'imprévisibilité qui disloque toute volonté de systématisation définitive »¹²⁷. Cette affirmation centrale constituera le point d'ancrage du « noyau éthique » dont je partirai pour nourrir une réflexion sur la place de l'activité créatrice et pour reformuler le droit d'auteur en regard du but qu'il prétend poursuivre, après avoir pris soin d'analyser le système actuel à travers une triple mise en perspective socio-économique, historique et artistique. Peu importe par ailleurs pour mon propos que la « sujéité » soit le propre de la race humaine ou que certaines de ses caractéristiques concernent l'ensemble du vivant ; l'essentiel est qu'elle soit fondamentalement distincte des propriétés de tout objet d'observation scientifique pris comme tel, ainsi que le rappelait Emmanuel Mounier lorsqu'il affirmait avec force que « La personne n'est pas un objet. Elle est même dans chaque homme ce qui ne peut être traité comme un objet. [...] Mille photographies échafaudées ne font pas un homme qui marche, qui pense et qui veut »¹²⁸.

Ainsi la personne est-elle davantage qu'une simple somme de compétences, comme se plaît malheureusement à la considérer le monde de l'entreprise, et, par imitation servile, les instances dirigeantes du monde actuel de l'éducation¹²⁹. La recherche de l'identité ne passe pas non plus par le renfermement sur soi que propose l'essentialisme : ce sera le rôle de la partie consacrée à l'éthique que de montrer en quoi la personne entendue comme *sujéité* échappe à ces deux tentations opposées¹³⁰.

La notion de critique

Si l'épistémologie généralisée propre aux disciplines du sujet appelle davantage à une attitude critique qu'au respect d'une méthode, il est nécessaire de s'interroger sur ce que l'on entend par « critique ». L'épistémologie, et, plus généralement, la théorie de la connaissance nourrit une exigence critique fondamentale, qui tient compte du sens qu'Immanuel Kant a pu donner au terme « critique » tel qu'exposé dans les lignes qui suivent, ainsi que de la théorie de la conscience développée par les scolastiques. C'est en ce sens radical qu'elle est applicable à tout domaine de la connaissance humaine.

¹²⁶ Voir ci-dessous, partie 03 (« Recherche d'une fondation éthique »), pp. 99 ss.

¹²⁷ Emmanuel MOUNIER, *Le Personnalisme*, Presses Universitaires de France, coll. Que sais-je ?, Paris 1961 [1949], introduction, p. 8.

¹²⁸ *Ibid.*, introduction, p. 9.

¹²⁹ Angélique DEL REY, *À l'École des compétences – De l'éducation à la fabrique de l'élève performant*, La Découverte, Paris 2010.

¹³⁰ Voir ci-dessous, partie 03 (« Recherche d'une fondation éthique »), pp. 99 ss.

Que faut-il entendre par « critique » ? Le terme « critique » est actuellement compris dans un sens extensif, au point qu'il a acquis le sens général d'analyse. Toute approche qui ne se satisfait pas des apparences ou qui n'accepte pas une proposition sans la remettre en cause et lui demander raison revendique ainsi un caractère « critique ». Nous sommes loin du sens épistémologique que lui donnait Kant, celui d'un examen des conditions qui rendent possibles les sciences et le mode de connaissance *a priori* propre à la raison, ou, de manière plus générale, celui d'un examen radical et rationnel de la valeur de la connaissance humaine. Entre ces deux sens, nous trouvons la définition qu'en donne le *Petit Robert*, celle d'un « examen d'un principe ou d'un fait en vue de porter sur lui un jugement d'appréciation »¹³¹.

De fait, depuis le XIX^e siècle, la critique véritable ne peut se contenter d'un discours théorique et technique « raffinant ses concepts », mais doit également examiner ses présupposés et son origine historique, notamment les conditions sociales dans lesquelles elle se déploie¹³², reconnaissant également par là que toute connaissance se développe sous la forme d'un savoir, autrement dit d'un ensemble de pratiques parfois sans grand lien avec les exigences scientifiques¹³³. La critique se décompose donc en un aspect théorique, que l'on pourrait qualifier d'épistémologique, et en un aspect pratique, portant son attention sur les influences subies par la communauté de savants qui l'exerce¹³⁴ et par les praticiens des disciplines qu'elle examine.

Une remise en cause pratique passera par un questionnement des nombreux biais socio-économico-politiques qui peuvent affecter toute discipline. Pour prendre l'exemple du droit, le moindre d'entre eux n'est certes pas l'ensemble des critères d'entrée au sein du corps enseignant des universités, qui ne manque pas d'influencer la teneur – souvent conventionnelle et peu critique – des discours professoraux¹³⁵, lesquels, sur le plan de l'enseignement et de la doctrine juridiques, se limitent la plupart du temps à un commentaire des normes existantes et à une description des techniques juridiques. Ce discours « en retrait » contraste pourtant étonnamment avec la nature normative du Droit, qui inscrit tout naturellement cette discipline dans le « monde épistémologique du "devoir être". »¹³⁶ De plus, en tant qu'instrument des politiques publiques au XIX^e siècle ou comme instrument possible de pouvoir, le droit subit de nombreuses pressions de la part des groupes d'intérêt de l'industrie, et, dans une moindre part, du monde social.

¹³¹ Paul ROBERT, *Petit Robert*, éd. 1967, entrée « critique »

¹³² Michel MIAILLE, *La Critique du droit*, dans *Droit & Société*, n°20-21 / 1992, pp. 75-92, pp. 76-78

¹³³ Jacques RANCIERE, *La Leçon d'Althusser*, Gallimard, Paris 1974, et J. F. LYOTARD, *La Condition post-moderne*, Minuit, Paris 1979, cités par Michel MIAILLE, *La Critique du droit*, op. cit., p. 78.

¹³⁴ Michel MIAILLE, *La Critique du droit*, op. cit., p. 78.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 78 ; pour leur application au milieu des sciences exactes, voir Pierre BOURDIEU, *Homo academicus*, Minuit, coll. Le sens commun, Paris 1992 [1984].

¹³⁶ Jean-François PERRIN, avec la collaboration de Dominique MANAI, Robert ROTH, Pierre GUIBENTIF, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Droz, Genève 1979, p. 147.

Un autre biais bien connu concerne le nombre officiellement répertorié d'infractions à la loi : il ne peut à lui seul et sans autre considération tenir lieu de mesure du caractère représentatif d'une disposition légale quant aux valeurs sociales dominantes, si tant est qu'il faille y voir le but d'une loi, parce que le nombre d'infractions officiellement poursuivies dépend bien sûr des priorités politiques du moment.

Yves-Marie Morissette nous rappelle enfin un biais inhérent au caractère onéreux de l'activité juridique, reprochant sévèrement aux praticiens du droit de se servir de la loi pour défendre les intérêts de leurs clients comme s'ils étaient des agents de relations publiques. Le droit se trouve ainsi par la force des choses soumis aux intérêts de l'argent et aux effets d'annonce, plus qu'à ceux de la justice¹³⁷. Ce trait est encore plus accentué par le système américain, qui donne un plus grand rôle encore aux avocats que les traditions de droit civil dans la pratique judiciaire ; Lawrence Lessig se montre souvent très critique envers ses confrères – avec raison hélas, à découvrir les exemples qu'il cite dans *Culture libre*. L'une des cinq recommandations auxquelles aboutit son premier ouvrage phare porte le titre *Virer beaucoup d'avocats*. En voici les premières lignes :

« Je suis un avocat. Je vis de la formation d'avocats. Je crois en la loi. Je crois en la loi du *copyright*. En effet, j'ai dévoué ma vie pour travailler dans la loi, pas parce qu'il y a beaucoup de fric au bout mais parce qu'il y a des idéaux au bout que j'aimerais vivre.

Et pourtant une grande partie de ce livre a été une critique des avocats, ou du rôle qu'ont joué les avocats dans ce débat. La loi parle aux idéaux, mais c'est mon point de vue que notre profession est devenue trop sensible au client. Et dans un monde où les clients riches ont un fort point de vue, le refus de la profession de remettre en question ou de contrer ce point de vue fort met la loi dans une position difficile. »¹³⁸

Une dernière déformation du droit est à mettre sur le compte de l'inquiétante collusion que l'on observe depuis quelques années entre les strates les plus élevées des milieux politiques et celles de l'économie, qui se traduit par ce que Lawrence Lessig et Philippe Aigrain qualifient de *corruption*¹³⁹, que Michel Volle comprend comme un retour de la prédation féodale¹⁴⁰ et dont Naomi Klein expose la stratégie, visant à étourdir les populations pour en obtenir ce qu'on veut¹⁴¹. Ce mouvement d'intérêts économiques convergents pourrait expliquer pour une bonne part l'empressement des législateurs à cautionner l'amplification outrancière du droit d'auteur au profit de ses

¹³⁷ Yves-Marie MORISSETTE, *Épistémologie du droit – L'impact des disciplines exogènes au droit sur le métier des praticiens* [a], avril 2006, conférence présentée lors du congrès annuel de l'Association des professeur(e)s de droit du Québec, dans R.J.T., 43 (2009), pp. 455-465, p. 459

¹³⁸ Lawrence LESSIG, *Culture libre*, op. cit., p. 121.

¹³⁹ Philippe AIGRAIN, *Préparation de la décision politique : le trop-plein de corruption* [a], 06.07.2008, <http://paigrain.debatpublic.net/?p=158> ; Lawrence LESSIG, *Corruption – The General Idea* [a] (ci-après : *Corruption*), <http://wiki.lessig.org/Corruption> ; Lawrence LESSIG, *Corruption – Criticism of the General Idea* [a] (ci-après : *Corruption, Criticism*), http://wiki.lessig.org/Criticism_of_the_General_Idea.

¹⁴⁰ Michel VOLLE, *Prédation et prédateurs*, op. cit.

¹⁴¹ Naomi KLEIN, *La stratégie du choc – La montée d'un capitalisme du désastre*, Actes Sud, Paris 2008.

principaux gestionnaires, ce au détriment de la plupart des autres justiciables, voire des auteurs eux-mêmes.

Critique du droit

La recherche d'une « éthique du droit d'auteur » suppose une critique de ce dernier. Il semble donc nécessaire de préciser davantage ce que l'on entend par « critique du droit ». Nous avons vu par ailleurs que l'épistémologie appliquée au droit est avant tout de nature critique ; à l'inverse, ce qu'on appelle la « critique du droit » n'est pas autre chose qu'une démarche de portée épistémologique. Si, comme on l'a vu, la théorie de la connaissance au sens large – entendue comme l'étude d'une discipline en tant que « processus de production de connaissances »¹⁴² – intéresse tout système de connaissance en tant qu'il vise une certaine vérité, elle s'applique aussi au droit.

Sur le plan théorique, la portée sociale et la nature conventionnelle du droit rendent son examen épistémologique différent de celui d'une science exacte, et l'assimilent davantage à une discipline du sujet, son caractère normatif ne permettant par ailleurs pas d'établir de réelles analogies entre son mode de création et celui d'une loi scientifique : pour ne prendre qu'un exemple, bien que lois scientifiques et juridiques ne soient pas autre chose que des « outils de repérage construits par l'homme et pour l'homme »¹⁴³, les infractions à la loi juridique n'invalident pas la valeur normative de cette dernière comme un fait, même isolé, peut réfuter une loi scientifique. Cet examen du droit devra donc tenir compte des caractéristiques de la *sujéité* de l'être humain et appliquer une approche critique au sens large plutôt que de chercher à suivre une démarche épistémologique au sens strict, surtout dans un domaine comme celui du droit d'auteur qui prétend favoriser l'activité créatrice, expression par excellence de la « sujéité ». Du reste, la finalité officielle du droit d'auteur qui vient d'être évoquée ouvre naturellement ce domaine juridique à d'autres disciplines :

« La doctrine [...] peut fort bien se contenter d'une analyse nominaliste, dans la mesure où l'objet de son étude, le texte légal, est une forme. Le législateur, par contre, entend régir la vie sociale ; avant d'édicter une loi, il doit analyser l'objet de son intérêt comme un élément de la réalité existant indépendamment de notre conscience. En réglementant le droit d'auteur, il considère les œuvres littéraires et artistiques en tant que phénomènes, d'abord ; c'est seulement par la confection de la loi que les faits sont appréhendés au travers de concepts. L'analyse phénoménologique n'est donc pas étrangère à la science juridique, et limite celle-ci dans son autonomie. »¹⁴⁴

¹⁴² JURISPEDIA, *Épistémologie du droit* [a], http://fr.jurispedia.org/index.php/épistémologie_du_droit ; voir aussi Christian ATIAS, *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. Précis Droit privé, Paris 2002, pp. 2-3 : « étude critique des événements qui émaillent l'histoire du corps de connaissance qu'une collectivité savante alimente, corrige, travaille, et dont l'objet est relativement déterminé ».

¹⁴³ Paul AMSELEK, *La Science* [a], op. cit., p. 408

¹⁴⁴ Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur: étude critique de la distinction entre forme et idée*, Thèse Lausanne 1985, CEDIDAC, Lausanne 1985, p. 24, note 25.

Jean-François Perrin assimile la critique du droit à une « étude des modalités selon lesquelles les assertions de droit ou portant sur le droit sont fondées et produites »¹⁴⁵. Mais la critique du droit ne saurait s'arrêter au seul mode de production du droit, ou même sur ses fondements, pris au sens étroit du terme ; sur le plan pratique, cette critique est aussi appelée à s'interroger sur les présupposés et les origines historiques du droit, donc à prendre en compte les conditions socio-économico-politiques dans lesquelles il se réalise¹⁴⁶ ; elle doit aussi plus fondamentalement se pencher sur la justification des buts que poursuit la loi, sur la pertinence pratique des moyens que le législateur met en œuvre pour y parvenir et sur l'efficacité de la loi – autrement dit sur l'adéquation entre le but poursuivi par la loi et l'effet qu'elle imprime à la société. Le droit, pour ce faire et en cas de besoin, s'appuiera respectivement sur l'éthique pour vérifier ses buts, sur l'économie pour mesurer ses moyens, et sur la sociologie pour juger de l'impact de ses lois.

La notion de droit

L'exercice d'une critique du droit nécessite de clarifier ce que l'on entend par « droit ». La notion même de droit recouvre en effet deux aspects différents : d'une part, un système de normes destiné à réguler les rapports sociaux d'une société humaine donnée ; d'autre part, un discours théorique sur un objet dénommé « droit », bien que les théoriciens divergent sur ce qu'il est. Le premier aspect recouvre ce qu'on appelle la conception « matérialiste » du droit, qui comprend à la fois des éléments matériels (tels que certaines institutions, règles et procédures, ainsi que les tribunaux et les forces de police qui en assurent l'application) et des éléments idéels ou symboliques qui le portent (tels que des concepts, valeurs et représentations propres à une société donnée)¹⁴⁷.

L'objet du droit s'avère ainsi mouvant, les valeurs portées par une société, parfois concurrentes, ne pouvant pas toutes être intégrées dans le *droit positif*. C'est ainsi qu'il s'agit également de prendre en compte dans une démarche critique les mécanismes mêmes de production du droit. Le droit est de ce fait conçu comme droit *en production* ; à travers les valeurs en œuvre à l'origine de l'adoption des normes, cette approche présente l'avantage d'intégrer les aspects théoriques du droit dans une perspective dynamique et plus concrète, en cohérence avec l'approche matérialiste. Le propos est alors de « qualifier, de manière globale, la production de la vie sociale générale pour pouvoir comprendre une partie de celle-ci, la production du Droit. » Le droit peut ainsi devenir « objet d'analyse, et non de simple description. »¹⁴⁸ Dans cette perspective, la notion de droit inclut donc non seulement les éléments « réels » ou « matérialistes » cités plus haut, mais aussi les discours, controverses, débats, jeux

¹⁴⁵ Jean-François PERRIN, *Épistémologie juridique* [a], dans André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Paris 1993, pp. 228 ss.

¹⁴⁶ Michel MIAILLE, *La Critique du droit*, op. cit., pp. 76-77.

¹⁴⁷ *Ibid.*, pp. 79-80.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 80.

d'influence qui concourent à ce que André-Jean Arnaud appelle « l'accession à la positivité »¹⁴⁹, autrement dit l'intégration au *corpus* législatif en vigueur.

Le droit est alors perçu dans sa fonction de médiateur des rapports sociaux, et il s'agit dans ce cas d'étudier les nombreuses influences qui cherchent à exercer par son biais un ascendant sur la société : « Comme cela a été montré depuis longtemps, le droit comme corps de règles est l'une des "médiations" du système social, permettant de transposer dans un langage déterminé, selon des procédures spécifiques, les contradictions inhérentes à toute organisation sociale. En cela il est "mise en scène", mise sur scène d'un jeu social qui devient juridique. »¹⁵⁰ Cette reconnaissance de la dimension pratique du droit est actuellement fort répandue : « il est admis, aujourd'hui, que la norme juridique s'instaure en rapport avec la structure sociale ; elle ne doit pas être un corps étranger dans le milieu social où elle est destinée à agir. [...] Il est essentiel qu'une loi soit reçue comme une réponse adéquate à un besoin. »¹⁵¹ En ce sens, il est possible d'affirmer à la suite de Michel Mialle que « la production juridique est un phénomène réel, dynamique et vivant plus important que le résultat auquel cette production conduit, à savoir les normes et les institutions. »¹⁵²

L'importance sociale du droit est d'autant plus importante si l'on considère la place tout à fait particulière que le droit matériel occupe pour la philosophie du langage. Une thèse longtemps incontestée voulait qu'il n'existe que des énoncés *constatatifs*, autrement dit des énoncés qui décrivent un état de fait et qui donc ne peuvent être que vrais ou faux. John Langshaw Austin a cependant montré en 1962 dans *Quand dire, c'est faire*¹⁵³ que certains énoncés accomplissent ce qu'ils disent. Ainsi, la phrase prononcée par tout maire lors d'un mariage – « Je vous déclare mari et femme » – change le statut des fiancés du seul fait d'être prononcée et les constitue époux. Austin leur a donné le nom de *phrases* ou *énonciations performatives*. Or le droit matériel, les déclarations de volonté de portée juridique et les verdicts des juges constituent pour la plupart des phrases performatives – Yves-Marie Morissette parle de leur caractère *verdictif*, le jugement fixant *per se* aux yeux de la société la responsabilité civile ou la culpabilité pénale des parties à une procédure¹⁵⁴. On voit par là le caractère fortement contraignant et stratégique du droit lorsqu'il ne se contente pas de refléter les valeurs sociales dominantes du moment mais prétend les former, comme cela semble être le cas des récentes modifications du droit d'auteur en France, qui ignorent superbement les pratiques du public et évitent soigneusement de s'inquiéter de ses motivations. Ces

¹⁴⁹ André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, 2 vol. (vol. 1 : *Où va la sociologie du droit ?*), L.G.D.J., coll. Bibliothèque de philosophie du droit, Paris 1981, cité par Michel MIAILLE, *La Critique du droit*, op. cit., p. 80, note 17.

¹⁵⁰ Michel MIAILLE, *La Critique du droit*, op. cit., p. 86.

¹⁵¹ André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, vol. 1, op. cit., p. 303.

¹⁵² Michel MIAILLE, *La Critique du droit*, op. cit., p. 81.

¹⁵³ John Langshaw AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, Seuil, Paris 1970.

¹⁵⁴ Yves-Marie MORISSETTE, *Épistémologie du droit* [a], op. cit., p. 457, note 1.

récentes modifications du droit d'auteur ayant entraîné un débat social d'une rare virulence et donné lieu à des affrontements politiques peu communs¹⁵⁵, il semble impensable d'écarter de la critique du droit les aspects socio-économico-politiques qui ont présidé à son état actuel. Ainsi, dans cette conception extensive qui sera la mienne, l'objet du droit inclut non seulement le droit positif et les institutions appelées à le faire appliquer, ou encore les valeurs sociales qui le portent et la théorie qui le sous-tend, mais également son propre processus de création.

Mais sans doute faut-il aller plus loin encore. Le droit peut-il se réduire à une « superstructure des conditions économiques et sociales en un temps et un lieu déterminés »¹⁵⁶ ? Beaucoup, dont le « Mouvement critique du droit » ou la Revue progressiste de droit français, le contestent ouvertement. En réponse aux rapports de la Banque Mondiale « *Understanding regulation* » (2004), « *Removing obstacles to growth* » (2005) et « *Doing Business* » (2006) qui prétendaient démontrer que le droit français et, de manière plus générale, les ordres juridiques de droit civil étaient intrinsèquement défavorables au développement économique, l'association Henri Capitant émit en 2006 un rapport en deux volumes de grande qualité. Elle s'opposait aux arguments de la Banque Mondiale dont les hypothèses et les corrélations s'avèrent pour le moins discutables, et insista à cette occasion sur la valeur propre du droit face à l'économie. Le juriste y était invité à s'attacher à la valeur des choses plutôt qu'à leur prix :

« ce que les Rapports [de la Banque Mondiale] semblent proposer aujourd'hui, c'est [...] de réduire les valeurs fondatrices des différents systèmes juridiques à un unique dénominateur commun, qui est la recherche du plus bas prix ou du moindre coût. Dans cette école de pensée, le "juridiquement correct" n'a que faire du juste; tout entier tourné vers l'utile, le profitable, il se doit d'être "juridiquement économique". [...] À donner ainsi l'Économie, avec un grand "E" pour seule fin au droit, on risque malheureusement de provoquer la fin du Droit avec un grand "D": suivant une expression qui n'est que trop significative, le droit deviendrait simple "environnement réglementaire", et de plus uniforme puisque "*one size must fit all*". Or le droit est trop humain pour être appréhendé sous la seule forme d'équations abstraites et pour être élaboré par le biais d'une modélisation économique désincarnée, vecteur de pensée unique. »¹⁵⁷

Et l'association Henri Capitant d'inviter à une analyse juridique de l'économie, et de montrer que le droit se doit d'assurer la paix sociale autant que la prospérité économique, même dans le domaine du droit économique couvert par les rapports de la Banque Mondiale.

¹⁵⁵ Voir notamment Philippe AIGRAIN et al., *La Bataille Hadopi*, InLibroVeritas, Cergy-Pontoise (France) 2009, <http://www.juriblogosphere.net/wp-content/uploads/bataille.pdf> ; Fabrice EPELBOIN, *Rapport Hadopi : le piratage en ligne a détruit 10'000 emplois... fictifs ?*, 18.11.2008, <http://fr.readwriteweb.com/2008/11/18/la-une/rapport-hadopi> ; Sébastien CALMONT, *Le feuilleton HADOPI*, http://www.irpi.cci.fr/upload/pdf/etudes_juri/09_IRPI_feuilleton_HADOPI.pdf.

¹⁵⁶ Frédéric ROLIN, *Le mouvement critique du droit en colloque* [a], 04.03.2008, <http://frederic-rolin.blogspot.com/archive/2008/03/04/le-mouvement-critique-du-droit-en-colloque.html>.

¹⁵⁷ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Les Droits de tradition civiliste en question – À propos des rapports « Doing Business » de la Banque mondiale*, 2 vol., Société de Législation comparée, Paris 2006, vol. 1, pp. 113-124, p. 113.

Il y a en définitive dans cette approche une invitation faite au Droit et au législateur de se conformer à l'idée de justice, plus que d'être simple vecteur réglementaire. Cela rejoint ce que j'ai posé à la fin du chapitre précédent à propos d'une critique du droit appelée à se pencher en amont sur la justification des buts que poursuit la loi, et à s'appuyer pour cela sur l'éthique. La notion de but est au cœur de toute norme ; celles-ci, comme telles, n'appartiennent-elles pas en effet à l'ordre épistémologique du « devoir être » plutôt qu'à celui des faits ? Et tout but relevant du « devoir être » ne renvoie-t-il pas d'une manière ou d'une autre à la notion d'idéal, et par là de justice ? Les deux catégories du « devoir être » et des faits possèdent une certaine indépendance, si bien que la mise en évidence d'un fait ne dicte pas automatiquement la norme qui s'y rapporte¹⁵⁸. Cette indépendance marque la marge du législateur et l'espace du choix éthique qui s'y trouve associé.

On trouve ici, appliquée au droit, l'idée fondamentale qui habite ce travail : à savoir que toute activité ou discipline humaine, quelle qu'elle soit, doit être questionnée et mesurée à l'aune de l'éthique, et que cette dernière, pour autant qu'elle ne se réduise pas à de simples prescriptions relevant de la déontologie ou de la morale, s'avère par essence transdisciplinaire. La notion de justice transcrit ainsi la nécessaire ouverture du droit sur l'éthique.

Le système analysé

Sans doute vaut-il la peine de s'arrêter un instant pour définir les composantes du droit qu'il semble nécessaire d'appréhender pour opérer une critique du droit d'auteur à la fois concrète et cohérente. Quatre aspects essentiels se dégagent, qui doivent tous être abordés :

- le droit positif, soit les lois et conventions relatives au droit d'auteur, qu'il s'agisse du périmètre et de la durée de protection, ou des peines sanctionnant la contrefaçon ;
- les influences exercées sur la genèse du droit positif, tant sociales, économiques, politiques et techniques que philosophiques ;
- la mise en œuvre pratique du droit, que ce soit à travers les procédures judiciaires, la jurisprudence, mais aussi les dispositifs adoptés par les institutions publiques ou privées chargées de le mettre en œuvre, les pratiques et contraintes professionnelles des parties prenantes, les rapports d'une communauté donnée au droit ou encore les conditions économiques d'accès à la Justice ;
- l'usage concernant les contrats passés entre les acteurs du marché¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Jean-François PERRIN et al., *Pour une théorie de la connaissance juridique*, op. cit. , p. 147.

¹⁵⁹ voir notamment Michèle BATTISTI, *Le traitement intellectuel de l'information dans un cadre pédagogique*, dans Mediadoc Fadben, n°4 (mai 2010), chap. « Le poids des contrats dans l'univers numérique ».

Les influences notamment économiques qui s'exercent sur le processus d'adoption des lois sur le droit d'auteur n'échappent aujourd'hui à personne – bien qu'il manque souvent une clef de lecture adéquate, notamment en ce qui concerne la nature spécifique du capitalisme et les biais induits par l'analyse économique actuelle. À l'opposé, les analyses du droit d'auteur passent trop souvent sous silence les deux derniers aspects de cette liste. Or ceux-ci s'avèrent essentiels, comme nous le verrons par la suite. Ainsi, la mise en œuvre pratique du droit nous apprend qu'aux États-Unis, gagner un procès peut être aussi ruineux que de le perdre¹⁶⁰ : il ne sert dès lors à rien de justifier une loi par l'exposé de ses seules dispositions, en faisant abstraction du fait que son application donne presque toujours raison à la Partie économiquement la plus forte, qu'elle renforce en proportion de la menace dont elle est porteuse et des chantages judiciaires qu'elle permet.

La « mise en œuvre pratique du droit », quant à elle, inclut sa pratique administrative, qui permet aux fonctionnaires d'équilibrer des normes aux effets pervers trop criants par rapport aux valeurs affichées par la société civile, dans le cadre de leur pouvoir d'appréciation. Cette mise en œuvre des normes juridiques s'avère également une source non négligeable de modification du droit : ce dernier n'est pas seulement influencé au cours de sa création par les pressions des milieux sociaux économiques et politiques, il commence déjà à changer à travers sa mise en œuvre. Alors que, pour reprendre l'expression de Michel Miaïlle, l'approche jurisprudentielle du droit donne de ce dernier une image « pathologique »¹⁶¹, autrement dit une image opérée à travers des états de fait litigieux, l'analyse du droit en action, dans sa réalité quotidienne et sa réception par la communauté civile à laquelle il s'adresse, offre sans doute une image plus réaliste quoique plus difficile à analyser. Il ne faudrait toutefois pas opposer à l'excès jurisprudence et pratique : il arrive assez fréquemment que les juges modifient leurs positions en fonction des changements de pratique qu'ils constatent, lorsque les règles d'interprétation des lois leur en laissent le loisir.

Thomas Paris, dans son ouvrage *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, montre que les approches traditionnelles du droit d'auteur, que ce soit par le droit ou par l'économie, échouent toutes, par leur recherche d'un optimum, à comprendre l'exercice concret du droit d'auteur et donc à apporter des réponses aux problèmes actuels posés par l'évolution des techniques¹⁶². Mais à accepter que le droit d'auteur ne soit qu'un « compromis entre les intérêts des divers intervenants des filières de la création »¹⁶³, on risque de perdre de vue sa justification même. On encourt alors le risque dénoncé plus haut¹⁶⁴ d'accepter que les équilibres patiemment trouvés entre acteurs puissent être remis en cause jusque dans leur esprit au moindre progrès

¹⁶⁰ Lawrence LESSIG, *Culture libre*, op. cit., pp. 37 et 71.

¹⁶¹ Michel MIAÏLLE, *La Critique du droit*, op. cit., p. 87.

¹⁶² Thomas PARIS, *Le droit d'auteur*, op. cit., pp. 35-36.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 185.

¹⁶⁴ voir ci-dessus, partie 01 (« Introduction »), chap. « Un paysage complexe et mouvementé », pp. 25 ss.

technique, et de voir la société civile douter du bien-fondé même de ce droit. Il s'avère donc nécessaire d'aller plus loin dans l'analyse des enjeux du droit d'auteur afin de comprendre ce qui le justifie et de ne pas se perdre dans le dédale des revendications corporatistes : était-il par exemple nécessaire de passer par le droit d'auteur – plus précisément par les « droits voisins » – pour protéger les intérêts des doubleurs ? Un tel recentrement est impératif à l'heure du numérique, où les pressions des uns et des autres ont passablement dénaturé un droit qui finit par rencontrer la franche incompréhension d'un public toujours plus large. Pas plus que l'étude des coulisses du droit d'auteur, l'analyse du droit à travers sa mise en œuvre ne doit conduire à l'abandon du « devoir être » et des valeurs que la communauté entend défendre en prévention de certains comportements déviants, au profit de ce que André-Jean Arnaud appelle de manière fort évocatrice « la politique du chien crevé qui glisse au fil de l'eau »¹⁶⁵. La sociologie juridique doit plutôt nous permettre de réduire un des travers caractéristiques des juristes et des législateurs : penser qu'il est possible d'imposer ses vues à la société civile par des décrets contraignants sans tenir aucun compte de ses aspirations réelles, et faire ainsi du droit un pur instrument de pouvoir. Il serait par ailleurs dommageable de réduire à un problème juridique ce qui se révèle être un problème fondamental de société. Une telle attitude est d'autant plus dangereuse pour la démocratie lorsqu'elle s'exerce dans un système politique de représentation indirecte comme c'est le cas en France : le recours aux valeurs comme source d'inspiration de ce qui « doit être » en opposition à « ce qui est » ne peut se faire sans un sévère examen de ces valeurs et de leur propre fondement.

C'est pour tenter de surmonter cette contradiction apparente entre la nécessité d'un ancrage des normes sur des valeurs et celle d'une écoute attentive des pratiques qu'il serait fait appel à l'éthique de l'autonomie du sujet pour définir le noyau de valeurs sur lequel refonder le droit d'auteur. Cette approche présente en outre le mérite de nous rappeler l'importance de la création pour intégrer notre humanité, et ce que nous risquons de perdre en la muselant par souci d'un profit purement économique.

C'est par ailleurs pour ne pas oublier, contrairement à ce que semblent faire les tendances les plus extrêmes du positivisme du droit, que la loi n'est applicable *erga omnes* qu'à la condition de poursuivre au mieux l'intérêt bien compris de tous – la fameuse notion de *justice* – que la critique du droit doit conserver une ambition d'ordre épistémologique. Comme indiqué auparavant, cette ambition s'ancre sur l'observation du *droit en production* – autrement dit sur l'analyse des influences exercées sur le législateur – et sur le *droit en œuvre* – autrement dit sur l'analyse des influences que le droit exerce sur la société qu'il régit, en relation avec l'étude des *valeurs de justice* vers lesquelles le droit devrait tendre.

Toutefois, dans la mesure où les valeurs défendues résultant en partie des rapports d'une communauté donnée au droit, une telle analyse ne court-elle pas le risque de

¹⁶⁵ André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, vol. 1, op. cit., p. 305.

se voir qualifiée de tautologique ? Ne vaudrait-il pas mieux dès lors que toute analyse du droit comprise à travers les quatre points de vue qui viennent d'être mentionnés prenne plutôt en compte l'intériorité même des êtres humains qui composent la société régie par la loi ? L'analyse du droit se ferait alors selon ce qui permet aux êtres les plus évolués de cette société d'adhérer intimement aux règles qui structurent leur communauté, ou au contraire motive leur rejet des lois iniques. Il s'agit – ni plus, ni moins – de demander à la loi de rendre compte de son rôle sur le chemin de l'accomplissement de l'homme, et de la déclarer inique dans la mesure où elle n'y mène pas. C'est peut-être le mérite du procès de Nuremberg que d'avoir, à travers la notion de désobéissance civile, posé cette question en point capital et incontournable du droit au sein des démocraties.

L'influence de l'économie sur le droit par le politique

La nécessité d'analyser le droit au-delà des seules normes positives est particulièrement criante dans un contexte capitaliste. Elle permet notamment de comprendre comment se décident des lois proprement iniques et totalement étrangères à tout souci de l'intérêt général. Le « droit en œuvre », je l'ai montré, tient nécessairement compte des impulsions politiques en amont des normes adoptées. En démocratie digne de ce nom, ces impulsions sont censées relayer les revendications des divers mouvements composant la société civile. On peut toutefois douter qu'il en soit ainsi. Il nous faut de fait reconnaître la soumission du droit à l'économie par le biais d'un monde politique qui a perdu toute autonomie et crédibilité – tous partis confondus. Edgar Morin dresse de la politique actuelle un tableau sans complaisance qui en dit long sur les affres qu'elle traverse :

« La pensée politique en est au degré zéro. Elle ignore les travaux sur le devenir des sociétés et sur le devenir du monde. "La marche du monde a cessé d'être pensée par la classe politique", dit l'économiste Jean-Luc Gréau. La classe politique se satisfait des rapports d'experts, des statistiques et des sondages. Elle n'a plus de pensée. Elle n'a plus de culture. Elle ne sait pas que Shakespeare la concerne. Elle ignore les sciences humaines. [...] Privée de pensée, elle s'est mise à la remorque de l'économie. Comme disait Max Weber, l'humanité est passée de l'économie du salut au salut par l'économie. »¹⁶⁶

Cet asservissement de la politique au « tout économique » n'a rien d'un hasard : il reflète, nous le verrons, l'un des fondamentaux du capitalisme¹⁶⁷. Jacques Généreux nous montre que la restauration de la démocratie mise à bas par les milieux libéraux passe même par une reconquête du politique par la société civile, autrement dit par une démarche située bien en amont d'une reconquête de l'économie par le politique :

¹⁶⁶ Edgar MORIN, *La Voie – Pour l'avenir de l'humanité*, Fayard, Paris 2011, pp. 46-47.

¹⁶⁷ Voir ci-dessous, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « La société civile régulée par les lois économiques », pp. 201 ss, et chap. « L'économie du droit – Présentation critique », pp. 315 ss.

« ce n'est pas le pouvoir du politique sur l'économie qu'il faut restaurer (puisqu'il n'a jamais disparu), mais le pouvoir souverain des citoyens sur leurs gouvernements »¹⁶⁸.

Le positivisme et le droit

On oppose souvent, de manière assez schématique, le positivisme du droit, mouvement dominant parmi les juristes, à la démarche critique. La réalité est toutefois plus complexe, le positivisme comportant plusieurs courants, qui, en fonction de leur radicalisme, vont réduire à chaque fois davantage le champ du droit. De manière générale, le positivisme est essentiellement la « croyance dans la science comme savoir absolument objectif »¹⁶⁹ ; il élude de ce fait tous les éléments subjectifs constitutifs de la connaissance scientifique et humaine que j'ai évoqués plus haut. Pour la doctrine positiviste, « la science peut énoncer des lois générales, qui sont des lois de corrélation entre faits, mais est impuissante à chercher la "cause dernière". »¹⁷⁰ Dans le domaine juridique, cette approche prend position sur trois niveaux. Les moins extrêmes de ses défenseurs affirment que les juristes n'ont pas à s'interroger sur ce qu'est le droit, autrement dit n'ont pas à aborder la dimension théorique du droit puisque celui-ci est donné¹⁷¹. Un courant plus radical de la doctrine positiviste s'oppose aussi à l'approche critique du droit, et peut alors s'avérer – vu le domaine considéré – extrêmement conformiste. Elle équivaut alors à limiter l'examen du droit à son aspect matériel, autrement dit à analyser sa cohérence sous un triple aspect : entre les différentes dispositions d'une même loi (examen de la cohérence interne d'une loi), en fonction de leur rapport hiérarchique (respect du principe de la hiérarchie des lois), et entre les lois d'un même *corpus* législatif (examen de la cohérence du système juridique). Ce sont alors essentiellement exercices d'analyse logique et d'interprétation, qui refusent de considérer la pertinence sociale du but officiellement visé par le législateur¹⁷², la cohérence des moyens retenus par la loi et l'efficacité des méthodes mises en œuvre par rapport aux fins poursuivies, autrement dit, le cas échéant, l'aspect *pervers* de ses effets. Pour ce courant du positivisme, impossible semble-t-il de prétendre au caractère *inique* d'une loi. Un courant encore plus extrême du positivisme enfin se refuse à considérer comme faisant partie du droit le processus de création de ce dernier, sa

¹⁶⁸ Jacques GENEREUX, *Nous, on peut ! Manuel anticrise à l'usage du citoyen*, Seuil, coll. Points Économie, Paris 2012, p. 29.

¹⁶⁹ Jean-André NISOLE, *De la vérité*, op. cit., p. 63

¹⁷⁰ Auguste COMTE, *Cours de philosophie positive (1826, 1830-1842)*, 2 vol., Hermann, Paris 1975, cité par Jean-André NISOLE, *De la vérité*, op. cit., p. 21.

¹⁷¹ Michel MIAILLE, *La Critique du droit*, op. cit., p. 80 ; dans ce sens : Vittorio VILLA, *La science juridique entre descriptivisme et constructivisme* [a], dans Paul AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, Presses Universitaires de France, Paris 1994, pp. 288-291, p. 281.

¹⁷² L'interprétation téléologique d'une loi, comme son nom l'indique, se fait certes en fonction du but qu'elle poursuit, elle ne l'ignore donc pas, mais le prend en compte comme tel, sans se déterminer sur sa pertinence sociale ou sur la manière dont elle illustre l'idée de justice.

dimension de production sociale¹⁷³. Le droit se limite alors à ce que l'on appelle parfois le point de vue « interne » du droit¹⁷⁴.

Le positivisme juridique peut aussi se définir à travers son opposition au *jus naturalisme*, qui pose l'idée d'un droit idéal ou naturel, dont les normes fondamentales seraient immanentes, inscrites en l'homme et indépendantes des dispositions applicables du droit positif, autrement dit du droit formellement édicté. Plusieurs courants coexistent au sein de cette école de pensée, notamment en ce qui concerne la question de la place à donner au droit positif. Pour le positivisme méthodologique, dont relève la pensée de Hans Kelsen, le droit positif est l'unique objet de la *connaissance* juridique, ce qui – on l'a vu – limite considérablement la portée de la critique du droit, alors que la question de savoir s'il faut ou non respecter ses normes relèverait de l'éthique ; pour reprendre l'expression de Jean-François Kervegan : « seul du droit crée le droit »¹⁷⁵. Pour Hans Kelsen, il n'y a pas de mal en soi, il n'existe que des « maux interdits », si bien que « la loi dispose à son gré de toutes les qualifications morales et de toutes les structures de l'existence [...], assurée de son droit illimité et souverain. », ce qui, note Sergio Cotta, dissout l'idée même de responsabilité¹⁷⁶. Kelsen cherche à élaborer une « science véritable du droit », axiologiquement neutre, c'est-à-dire indépendante des présupposés subjectifs et moraux de chacun. En d'autres termes, il cherche à fonder le droit sans avoir à se référer à l'éthique. Dans ce cadre, Kelsen, par son principe de la hiérarchie des normes (ou normativisme), fait reposer la validité d'une norme juridique sur son respect des normes dites supérieures. Faute d'une telle *conformité* à l'ensemble de ces normes supérieures, la disposition contraire pourrait être corrigée ou déclarée invalide. Les tenants du positivisme légaliste, quant à eux, affirment que seul le droit positif a *valeur juridique*, ce qui revient à dire non seulement qu'il serait auto-référent, mais qu'il constituerait le seul ensemble de normes à respecter, quitte à cautionner le pire. Nous verrons par la suite combien cette position s'avère tout simplement insoutenable au vu des horreurs qu'elle a justifiées lors de la Seconde Guerre mondiale et de la négation et de l'autre et de soi qu'elle entraîne.

Le droit peut-il seulement espérer s'affranchir des valeurs éthiques ? Notons tout d'abord que le normativisme vise à expliquer de manière objective le système juridique en permettant d'analyser et même d'assurer la cohérence logique de ses dispositions.

¹⁷³ Michel MIAILLE, *La Critique du droit*, op. cit., p. 81.

¹⁷⁴ Richard A. POSNER, *Symposium : Law, Knowledge, and the Academy – Legal Scholarship Today* [a] (ci-après : *Law, Knowledge, and the Academy*), dans *Harvard Law Review*, vol. 115, pp. 1314 ss, p. 1322.

¹⁷⁵ Jean-François KERVEGAN, *La critique schmittienne du normativisme kelsénien*, à propos de l'ouvrage dirigé par Serge Diebolt, *Penser la norme. Approches juridiques et philosophiques*, Université de Rennes, Rennes 1996, <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/nomos8.htm>.

¹⁷⁶ Sergio COTTA, *Absolutisation du droit subjectif et disparition de la responsabilité*, dans *Archives de philosophie du droit*, vol. 22 (1977), pp. 23-30, p. 23, cité par Bernard EDELMAN, *Restons sauvages !*, dans *La Responsabilité – La condition de notre humanité*, Autrement, série Morales, Paris 1995, pp. 132-144, p. 111.

Mais un tel effort, fort louable au demeurant, ne justifie aucunement, sous couvert de démarche « scientifique », une émancipation du droit à l'égard de préoccupations de nature éthique : une démarche d'ordre logique ne peut prétendre sans coup de force à un statut ontologique. Du reste Hans Kelsen a placé au sommet de sa pyramide une norme hypothétique fondamentale, le *Grundnorm* (ou *norme fondamentale*), de nature transcendante, qui fonde symboliquement la Constitution et son caractère obligatoire, influence l'esprit de toute loi et assure la cohérence de l'ordre juridique. Outre que cette *norme fondamentale* n'est pas de même nature que les normes positives qui constituent la « pyramide des normes », et que sa présence menace ainsi l'effort de cohérence logique entrepris, son contemporain Carl Schmitt a montré qu'une telle position revient à fonder le droit positif sur un ordre naturel ou divin, bref à faire œuvre de jus naturaliste¹⁷⁷. En réalité, le *Grundnorm* n'est autre que ce qui justifie la soumission de chacun à un ordre juridique, tout en assurant l'unité logique du système et la validité des normes¹⁷⁸. Le *Grundnorm* renvoie ainsi à un ensemble de valeurs qui s'applique à l'ensemble d'un système juridique ; il ne devrait de ce fait pas être localisable dans cette pyramide des normes ou alors il l'imprègne tout entière, et relève d'une autre nature et dimension que cette dernière.

Le positivisme ne règle par ailleurs pas la question de l'application de la loi, norme générale et abstraite, au cas particulier et concret auquel elle doit s'appliquer, autrement dit la question de la *subsomption* que tout juge doit effectuer avant de rendre sa décision, qui met en œuvre la question de l'interprétation de la loi, associée aux notions de proportionnalité et de subsidiarité en matière pénale ou le pouvoir d'appréciation *en équité* du juge en matière civile (art. 4 CCS)¹⁷⁹. Ces questions se réfèrent implicitement à l'esprit du législateur, et ouvrent le droit sur des notions qui lui sont *a priori* étrangères aux yeux du positivisme, mais qui, à y regarder de plus près, s'avèrent fondamentales : nous retrouvons, sous un autre angle, les deux perspectives du *droit en production* et du *droit en œuvre*. On peut par ailleurs voir dans la notion même de *droit fondamental*, *a fortiori* de *Droits de l'Homme* un appel à un fondement éthique du droit, au-delà de la nécessité éprouvée de répertorier formellement ces droits : les droits fondamentaux ne sont-ils pas ceux qui *doivent* être protégés par toute Constitution, quelle qu'elle soit et indépendamment de sa lettre ? Ne sont-ils pas « garants d'un État de droit »¹⁸⁰ avant même de correspondre à ceux effectivement garantis par une Constitution donnée ?

Plus profondément, la question de la valeur à accorder au droit positif a trait à la question de la liberté, que nous avons abordée à propos de la « sujétité » de l'homme.

¹⁷⁷ Carl SCHMITT, *Théologie politique*, Gallimard, Paris 1988 [1922].

¹⁷⁸ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, La Baconnière, Paris 1953, p. 113, cité par Paul AMSELEK, *Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques* [a], dans *Renouveau du droit constitutionnel*, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Dalloz, Paris, 2007, pp. 983-1014, note 8.

¹⁷⁹ Jean-François KERVEGAN, *La critique schmittienne du normativisme kelsénien*, op. cit.

¹⁸⁰ Élisabeth GUIGOUX, *Définition des droits fondamentaux*, JO Sénat, 18.11.1999, p. 3808 ; <http://www.senat.fr/questions/base/1999/qSEQ990718050.html>.

Hans Kelsen a du reste traité de ce rapport entre assujettissement à la loi et liberté des justiciables. Un ordre juridique qui s'adresserait à des hommes agissant sous l'empire de la nécessité serait absurde nous dit-il¹⁸¹. Le droit repose sur la responsabilité des justiciables, et celle-ci suppose qu'ils sont libres. C'est en effet la liberté – entendue comme capacité à s'autodéterminer en son for intérieur –, qui fonde leur responsabilité. Quelques pages avant pourtant, le même Kelsen veut nous convaincre que c'est l'assujettissement à la loi qui rendrait libres les justiciables, du fait même de s'y soumettre : la loi alors ne supposerait pas la liberté, mais la causerait¹⁸². Cette pensée assez curieuse vise sans doute à poser le droit en amont de la philosophie et à renforcer son autonomie comme « science ». Mais ce raisonnement oublie qu'on ne peut se soumettre que librement, quelles que soient les contraintes subies de l'extérieur : toute allégeance est en elle-même un acte libre, et suppose donc la liberté. La décision de se soumettre ne peut par définition être prise que par l'intéressé, et non par décret du tyran qui l'exige. C'est le mérite d'Étienne de La Boétie, dans son fameux *Discours sur la servitude volontaire* de 1528, que de l'avoir rappelé de manière ferme¹⁸³. Il n'y a tout simplement aucun sens à édicter des lois pour des pantins ou des automates : il suffit de les programmer. La loi, au contraire, en nous donnant des règles, cherche à diriger notre conduite : cela suppose que nous soyons capables de nous conduire nous-mêmes, de nous autodéterminer. Cela revient à dire que la liberté est première et que c'est elle qui relève du *donné*, là où le droit relève plutôt du *construit*.

Enfin de deux choses l'une : soit le droit est un *donné*, et nous sommes alors en plein jus naturalisme, le droit doit rendre compte de son adéquation à ses modèles que sont les lois divines ou naturelles ; soit le droit est une *construction* humaine, et sa construction même, comme le respect de ses normes, constituent des actes libres. Dans ce dernier cas, le droit est tenu de respecter la fin initialement poursuivie par ceux qui acceptent bon gré mal gré de s'y soumettre afin de vivre dans une certaine harmonie. Quelle que soit l'option retenue, la validité du droit est liée au respect de normes qui dépassent le domaine strictement juridique. Le droit, et c'est là un point essentiel, par la nature même de la mission qui lui a été assignée de régler les rapports sociaux, doit donc à son tour rendre compte des finalités qu'il poursuit, des logiques qu'il utilise pour ce faire, et des résultats auxquels aboutit son application. Ceci est particulièrement vrai dans un domaine aussi essentiel à la cohésion sociale que la propriété intellectuelle. Cette position correspond à l'un des buts de l'épistémologie telle que Jean Ladrière la conçoit, qui est d'aider la discipline concernée – ici le droit – « à être plus étroitement fidèle à ses propres intentions profondes »¹⁸⁴. L'épistémologie

¹⁸¹ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, La Baconnière, Paris 1953, p. 15 ; pp. 287-288.

¹⁸² *Ibid.*, pp. 128-129, cité et commenté par Paul AMSELEK, *La Science* [a], op. cit., p. 405.

¹⁸³ Étienne de LA BOETIE, *Discours sur la servitude volontaire*, <http://www.forget-me.net/LaBoetie/servitude.pdf> [1548].

¹⁸⁴ Jean LADRIERE, *SCH xxx*, p. 134, cité par Jean-François MALHERBE, *Le Langage théologique à l'âge de la science*, op. cit., p. 9.

juridique doit d'autant plus aborder ces questions que le droit positif, point de départ de sa réflexion, se présente d'emblée au spécialiste comme un construit cohérent – pour autant que la hiérarchie des normes soit respectée – qui incite de ce fait à s'enfermer dans un système clos.

Ainsi, l'exigence d'une certaine sécurité juridique – autrement dit la capacité de chaque justiciable de pouvoir entrevoir peu ou prou l'issue d'un procès avant d'introduire sa cause – veut que chacun soit *tenu* de ne suivre *que* les normes du droit positif, mais aussi *toutes* les règles du droit positif ; celles-ci doivent toutefois être conçues dans leur globalité comme un filet, un ensemble *minimum* de règles à suivre. Mais cette exigence logique du respect de la loi à travers chacune de ses dispositions ne saurait en aucun cas entraîner l'exigence d'une soumission aveugle de chacun à des normes iniques ou son respect de règles juridiques contraires à des principes éthiques fondamentaux.

Paul Amselek nous apprend en quoi l'idée d'une soumission de la Nature à des lois déterministes procède d'une mystification. Celle-ci se serait déroulée en trois temps : concevant le monde à son image, l'homme a commencé par prêter à la Nature la même capacité que la sienne à s'auto-conduire et à se laisser « gouverner » par des lois, tout en imaginant jusqu'à Auguste Comte qu'elles pouvaient connaître des exceptions, à l'instar de son propre comportement face aux prescriptions des lois juridiques ; l'homme a ensuite imaginé ces « lois de la Nature » comme immanentes à la structure du monde et s'est ainsi figuré que l'activité scientifique consistait à décrire des lois déjà présentes dans l'univers et précédant les faits ; dans un troisième temps et par un retour des choses, en tant qu'il se considère comme évoluant dans le monde physique, l'homme s'est pensé soumis à ces règles contraignantes, qui ne supporteraient plus aucune exception et de qui procèderait la « nécessité » du monde. « En d'autres termes, on est passé d'une extension [anthropomorphique] de la liberté humaine à l'univers tout entier à la négation de cette même liberté humaine ! »¹⁸⁵. L'exigence kantienne d'une obéissance aveugle à la loi procède sans doute du même mouvement, partant de règles éthiques universelles auxquelles il convient de se soumettre sans nuance et en toutes circonstances, pour cautionner en retour le respect inconditionnel des lois humaines qui en seraient le reflet¹⁸⁶.

En fin de compte, le jus naturalisme, comme à sa manière le positivisme, posent les règles de droit comme *données*, et non comme *construites* : le premier en tant qu'elles ne feraient que refléter notre nature, le second dans sa prétention à adopter une méthode similaire aux sciences physiques, autrement dit à considérer les lois juridiques comme des *faits*, bien qu'il en affirme par ailleurs le caractère conventionnel. Ce faisant, l'un et l'autre ignorent la nature des normes juridiques qui opèrent comme des

¹⁸⁵ Paul AMSELEK, *La Science* [a], op. cit., pp. 409 s, p. 422

¹⁸⁶ Jean-François MALHERBE, *Les germes de totalitarisme dans la « Raison pratique » kantienne* [a], dans André LACROIX (éd.), *Redéployer la raison pratique : pour une éthique pragmatique*, Liber, Montréal 2011, pp. 11-34.

règles de conduite. C'est en cela que, reprenant le raisonnement de Paul Amselek, nous devons admettre qu'elles se distinguent radicalement des lois scientifiques :

« Les règles de conduite, règles pratiques, se différencient radicalement [...] – en dépit de l'identité de genre qu'elles partagent avec elles – des lois scientifiques ou règles théoriques, qui sont des outils-étalons de guidage pour l'intelligence humaine à laquelle ils indiquent le degré de possibilité de survenance des choses dans le cours du réel [...]. On peut exprimer cette différence en disant que les lois scientifiques, outils d'encadrement théorique, concernent l'ordre des faits (qui se réalisent, sont réalisés ou sont appelés à se réaliser), tandis que les règles de conduite, outils d'encadrement pratique, jouent dans l'ordre des affaires (*à-faire*) humaines : tel est le véritable sens de l'opposition classique entre *être* et *devoir-être*. »¹⁸⁷

Nécessité de la transdisciplinarité

Parvenus à la conclusion que la loi doit respecter un ensemble de valeurs externes au droit qui à la fois inspirent ses principes et justifient son application, il nous reste à les rechercher. Pour ce faire, la critique du droit convoque nécessairement des disciplines différentes pour mieux éclairer la problématique propre à la vie sociale en tant que réglementée par le droit, qu'elle les intègre dans l'objet même du droit à travers l'observation du droit *en production* et du droit *en œuvre*, ou qu'elle fasse explicitement appel aux méthodes pluri- et interdisciplinaires, dont plus personne ne songe à contester les bénéfices. Concernant l'apport de la sociologie à la critique du droit, André-Jean Arnaud écrit : « la sociologie juridique est une base scientifique sérieuse pour critiquer non seulement la dogmatique juridique, mais encore la connivence du droit et du pouvoir politique »¹⁸⁸. En matière de droit d'auteur, d'autres disciplines – dont, sur le fond, la nécessité n'échappe à personne – doivent toutefois être consultées en vue de cet examen critique.

La fortune de la pluridisciplinarité et l'interdisciplinarité ne vient pas seulement de ce qu'elles sont « à la mode » : vu la multiplication des disciplines, leur apport s'avère indispensable dans le monde complexe qui est le nôtre, pour qui veut retrouver la cohésion et l'unité du réel – celle du monde comme celle du sujet – au-delà des spécialisations de chacun. Cette nécessité se fait du reste aussi sentir pour l'épistémologie elle-même, qui ne peut plus rester enfermée dans les limites d'une discipline. Pour Edgar Morin, la pensée complexe, qui s'impose à qui prétend aborder la réalité dans sa cohérence et sa transversalité, exige de « substituer au paradigme qui impose de connaître par disjonction et réduction un paradigme qui demande de connaître par distinction et conjonction »¹⁸⁹. Il nous faut également accepter d'abandonner « le rêve de construire l'édifice complet et parfait d'une épistémologie où tous les problèmes auraient reçu leur solution et où toutes les solutions seraient

¹⁸⁷ Paul AMSELEK, *Itinéraire* [a], survol général du parcours et des orientations de réflexion de Paul Amselek accessible sur son site personnel, <http://www.paul-amselek.com/itineraire.php>.

¹⁸⁸ André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, vol. 1, op. cit., p. 306

¹⁸⁹ Edgar MORIN, *La Voie*, op. cit., p. 146.

claires et définitives »¹⁹⁰ pour aborder un monde ouvert qui, ayant assimilé la leçon du théorème d'incomplétude de Kurt Gödel (« Tout ensemble fini d'axiomes contient nécessairement au moins une proposition indémontrable »), fait le deuil des systèmes, autrement dit d'une pensée achevée, auto-référente et centrée sur elle-même. Le théorème de Gödel énonce l'incapacité de tout système formel à démontrer qu'il contient en lui-même toutes les ressources qui le fondent. On retrouve par là la nécessaire intuition des individus créateurs pour *inventer* – plutôt que *déduire* d'une réalité posée comme *a priori* – les règles scientifiques ou la preuve des théorèmes mathématiques, et donc la participation de la « sujéité » au travail de construction d'une réalité perçue davantage comme *projet* que comme *objet*¹⁹¹ : « La faille qu'ouvre Gödel, c'est la faille où se situe le sujet qui construit la théorie et la méta-théorie »¹⁹².

Définitions

Souvent cités dans de nombreux contextes, avec des significations floues au point de ne pas toujours bien distinguer les deux notions, les termes de pluridisciplinarité et d'interdisciplinarité méritent d'être définis. Edgar Morin, pourtant penché de longue date sur ces thèmes, admet lui-même qu'ils sont encore « polysémiques et flous »¹⁹³. Mais on ne peut comprendre l'intérêt de la pluridisciplinarité et de l'interdisciplinarité, les obstacles qui s'y opposent et les limites de leur propos, sans d'abord éclairer la notion de discipline.

Une discipline se présente comme un « agencement de savoirs qui évoluent dans le temps, pour mettre en ordre le monde. »¹⁹⁴ Elle se caractérise par ses fondements – l'ensemble des questions originelles qu'elle tente de comprendre –, son type de questionnement – l'angle sous lequel elle appréhende le réel –, sa méthodologie – sa manière de répondre aux questions qu'elle se pose, voire les techniques qu'elle est amenée à utiliser ou à élaborer –, ainsi que son langage et son corps de concepts – ce dernier incluant les théories qui lui sont propres¹⁹⁵. Le développement séparé des disciplines s'est longtemps justifié par la nécessité de la spécialisation, et il continue de se justifier – à condition de ne pas faire obstacle à toute tentative d'unification du savoir –, contrepartie nécessaire de la complexité que la multiplication des disciplines a en partie générée, et en partie permis d'explorer.

¹⁹⁰ Michel MIAILLE, *La Critique du droit*, op. cit., p. 77.

¹⁹¹ Abderrahim KENAÏSSI, *Épistémologie de la complexité*, février 1998, <http://abder.kenaisi.pagesperso-orange.fr/texte3.htm>, ch. 2.

¹⁹² Edgar MORIN, *Les Idées. Leur habitat, leur vie, leurs mœurs, leur organisation (La Méthode, t. 4)* (ci-après : *Les Idées*), Seuil, coll. Points Essais, Paris 1995 [1991], p. 203.

¹⁹³ Edgar MORIN, *Sur l'interdisciplinarité* [a], op. cit., chap. « La pérestroika scientifique ».

¹⁹⁴ Michel DEVELAY, *La Science et le problème* [a], op. cit., p. 57.

¹⁹⁵ *Ibid.*, pp. 57 et 60 ; Edgar MORIN, *Sur l'interdisciplinarité* [a], op. cit., introduction.

Plusieurs auteurs¹⁹⁶ considèrent la pluridisciplinarité comme une juxtaposition de langages et de méthodes dont le rapprochement – souvent fortuit – se fait autour d'un sujet commun, à l'occasion des aléas d'un questionnement ouvert à toute réponse utile, et non autour d'un langage commun. Quant à l'interdisciplinarité, Pierre Bouvrier y voit non pas l'hybridation des capacités disciplinaires, mais ce qui permet la lecture plus complète d'un thème particulier par la lecture parallèle des résultats auxquels parvient chaque discipline¹⁹⁷. Et si pour Michel Develay le pluridisciplinaire opère un rapprochement fortuit de savoirs, dans une « logique du côte à côte »¹⁹⁸, l'interdisciplinarité les ferait converger de manière moins artificielle sous l'influence d'un projet complexe et fédérateur¹⁹⁹. Un tel critère ne permet cependant pas de différencier les deux notions de manière satisfaisante – l'auteur l'admet du reste implicitement en acceptant de les rassembler sous le vocable unique d'interdisciplinarité – et surtout ne fournit pas de réels outils de questionnement.

Il semble donc nécessaire de définir avec davantage de rigueur ce que j'entendrai par la suite par multi-, inter- et transdisciplinarité. Pour ce faire, je partirai des définitions données par Basarab Nicolescu, qui présentent l'avantage non seulement de la concision, mais surtout d'une claire distinction entre elles, tout en explicitant les différentes natures de liens pouvant exister entre les disciplines.

La pluridisciplinarité²⁰⁰ est ainsi comprise comme « l'étude d'un objet d'une seule et même discipline par plusieurs disciplines à la fois »²⁰¹. La pluridisciplinarité permettra par exemple à l'historien de l'art d'analyser un tableau avec davantage de richesse et de sens en recourant à la chimie pour l'analyse de ses composants et des techniques utilisées, à la géométrie et à la symbolique pour découvrir ses lignes de construction et son approche de la perspective, à la physique pour mettre à jour sa structure cachée et les repentirs du peintre grâce aux rayons x, enfin à la sociologie, l'histoire économique, l'histoire politique, l'histoire de la philosophie ou l'histoire des religions pour mieux comprendre le contexte humain qui l'entoure. Elle ouvrira au juriste la possibilité de mieux appréhender les fondements des normes actuelles grâce à l'histoire et à la sociologie du droit, ou de mieux saisir les enjeux d'une loi grâce à l'économie politique. Cette définition de la pluridisciplinarité intègre d'office l'idée d'un projet commun, d'un dialogue entre disciplines qui ne doit rien aux aléas d'une recherche.

¹⁹⁶ Notamment : Pierre DELATTRE, *Interdisciplinaires (recherches –)* [a], op. cit., pp. 238-239, et Michel DEVELAY, *La Science et le problème* [a], op. cit., pp. 63 ss.

¹⁹⁷ Pierre BOUVRIER, *Le disciplinaire et l'interdisciplinaire « ordinaire »*, dans *Sociologie et Sociétés*, vol. 32, n°1 (2000), pp. 229-234, p. 231.

¹⁹⁸ Michel DEVELAY, *La Science et le problème* [a], op. cit., pp. 63 ss.

¹⁹⁹ *Ibid.*, pp. 63 et s.

²⁰⁰ Synonymes stricts : poly- et multidisciplinarité.

²⁰¹ Basarab NICOLESCU, *La Transdisciplinarité*, manifeste, Le Rocher, coll. Transdisciplinarité, Monaco 1996, pp. 26-27.

L'interdisciplinarité quant à elle « concerne le transfert des *méthodes* d'une discipline à l'autre »²⁰². Elle permet par exemple au juriste, grâce à l'économie du droit ou à la sociologie du droit, de mieux analyser les effets et la pertinence d'une loi en utilisant les méthodes d'analyse propres à l'économie, respectivement à la sociologie. Il s'agit là d'une définition originale, qui ne correspond pas nécessairement, même de loin, à celle qu'en donnent d'autres universitaires et scientifiques, qui tantôt la placent du côté de la pluridisciplinarité – pour y voir une approche plus construite et surtout moins fortuite, et tantôt l'assimilent à ce que j'entends ici par *transdisciplinarité*, sans toutefois y mettre la spécificité et l'ouverture que lui confère la logique du Tiers Inclus.

Les obstacles à une démarche pluridisciplinaire

Si l'intérêt de la pluridisciplinarité n'est plus à prouver, les difficultés que rencontre sa démarche ne doivent pas être négligées pour autant. Elles sont tout d'abord dues aux spécificités de chaque discipline, qui induit entre elles une logique de cloisonnement « en silo », favorisant ce que Georges Gusdorf appelle les « épistémologies de la dissociation », qui peut aller jusqu'à une disjonction des niveaux d'analyse. Ces difficultés de lien ne tiennent toutefois pas qu'à des différences de langage ou de méthode : elles sont aussi institutionnelles, consacrées par leur séparation administrative au sein des universités ; psychosociales, chacun se prétendant maître chez lui²⁰³ ; culturelles enfin, le partage des savoirs hérité des savants du XVIII^e ne correspondant pas nécessairement à nos besoins et à notre approche actuelle de la réalité. Mais si l'inter- ou la pluridisciplinarité ne suffisent pas à elles seules à assurer une vision cohérente et unifiée du réel, c'est avant tout parce que, bien qu'elles débordent les frontières des disciplines, leur « finalité reste inscrite dans le cadre de la recherche disciplinaire » : alors que la pluridisciplinarité rapporte les approches de plusieurs disciplines au domaine de l'une d'entre elles, l'interdisciplinarité consiste en l'apport d'une méthode d'une discipline en faveur d'une autre²⁰⁴. Jean-Michel Berthelot relève pour sa part que l'histoire et la sociologie du droit relèvent clairement du même champ que leur discipline mère²⁰⁵. On pourrait en dire autant de l'économie du droit. Dans un autre ordre d'idées, le droit comparé ne permet pas davantage d'échapper à la sphère proprement juridique, limitant d'autant la marge de manœuvre critique lorsqu'on se limite à l'analyse qu'il propose. La pluridisciplinarité contribue même parfois à l'éclatement de notre approche du réel. Ainsi est-elle à l'origine de nouvelles disciplines, telles que la physique mathématique – issue du transfert des méthodes de la mathématique dans le domaine de la physique ou encore l'art informatique – fruit du transfert des méthodes informatiques dans le domaine de

²⁰² *Ibid.*, pp. 26-27 ; c'est moi qui souligne.

²⁰³ Bernard VALADE, *Le « sujet » de l'interdisciplinarité* [a], op. cit., pp. 11-12.

²⁰⁴ Basarab NICOLESCU, *La Transdisciplinarité*, op. cit., p. 27

²⁰⁵ Jean-Michel BERTHELOT, *Réponse à Wanda Capeller*, dans *Droit et Société*, n°53 (2003), pp. 227-228, p. 228.

l'art²⁰⁶. Si par ailleurs on considère la définition de la pluridisciplinarité, qui la présente comme la rencontre autour d'un thème commun de disciplines distinctes, on voit combien ce thème présenté comme fédérateur risque au contraire l'éclatement sémantique après être passé par le crible de disciplines distinctes si aucune méthode transversale ne permet d'assurer la cohérence des propos tenus par des spécialistes recourant à des méthodes et des vocabulaires qui leur sont propres.

Il y a pire : la pluridisciplinarité contribue parfois à susciter des champs d'étude marginaux, sans portée concrète véritable. Il semble que les études socio-juridiques soient particulièrement touchées par ce phénomène : dans un ouvrage paru en 2002 et traitant des rapports du droit à la théorie sociale²⁰⁷, ses auteurs constatent que droit et société demeuraient profondément séparés. De son côté, la même année, Richard Posner a souligné les difficultés traversées par les approches « transdisciplinaires » (entendre par là : pluridisciplinaires) du domaine juridique, notamment aux États-Unis, dont les spécialistes, isolés, ne s'adressent pas aux praticiens du droit et ne s'intègrent pas davantage aux recherches sociales, ignorant les sources reconnues en « sciences » sociales et se condamnant ainsi à « reprendre à leur compte des notions issues d'autres disciplines sans se référer convenablement à la littérature pertinente »²⁰⁸, voire à « réinventer la roue ». Maxime Saint-Hilaire surenchérit : « ce ne seraient donc pas seulement le droit et la société qui seraient séparés par un abîme, mais également les approches de type "droit et société" les unes des autres, d'une part, ainsi que ces études et la plus large communauté des chercheurs des sciences humaines et sociales, d'autre part. »²⁰⁹ Pourtant, les éventuels effets pervers d'une loi ne peuvent apparaître qu'en la considérant dans le contexte socio-économique et humain qu'elle est censée réglementer.

Lorsqu'il définit l'interdisciplinarité, Pierre Delattre pose la nécessité de développer une méthode et un langage communs à toutes les disciplines, permettant de convoquer l'ensemble des savoirs concernés par une recherche : toutes inscrites qu'elles soient dans le cadre de la recherche disciplinaire, inter- et pluridisciplinarité n'en restent pas moins acculées à développer les bases d'un langage commun, par souci de cohérence du discours. Le propos est d'éviter une convergence de surface qui ferait fi des raisons qui ont poussé les praticiens à s'engager dans la voie de la spécialisation des savoirs. Il s'agit d'échapper à ce que André-Jean Arnaud qualifie de *syncrétisme* :

« À vouloir entreprendre une étude dans un esprit pluridisciplinaire, on risque bien de se retrouver avec, pour méthode, un véritable *patchwork*. Se faisant sociologue, le juriste n'en fera pas pour autant de la sociologie juridique ; et à travailler sur le droit, le meilleur sociologue sait bien qu'il

²⁰⁶ Exemples donnés par Basarab NICOLESCU, *La Transdisciplinarité*, op. cit., p. 27.

²⁰⁷ Reza BANAKAR, Max TRAVERS (dir.), *An Introduction to Law and Social Theory*, Hart, Oxford / Portland (USA) 2002, cité par Maxime SAINT-HILAIRE, *Pour un développement de l'épistémologie juridique* [a], op. cit., p. 4.

²⁰⁸ Richard A. POSNER, *Law, Knowledge, and the Academy* [a], op. cit., cité par Maxime SAINT-HILAIRE, *Pour un développement de l'épistémologie juridique* [a], op. cit., p. 4.

²⁰⁹ Maxime SAINT-HILAIRE, *Pour un développement de l'épistémologie juridique* [a], op. cit., p. 5.

n'en fait pas non plus forcément. Il faudrait, sans jouer sur les mots, réaliser une *trans-disciplinarité*, ce qui suppose un regard "autre" jeté sur les problèmes qui, jusqu'ici, paraissent insolubles. Peut-être alors pourrait-on entrevoir une issue, tant il est vrai, selon le mot célèbre, qu'il n'y a pas de problème insoluble, mais seulement des problèmes mal posés »²¹⁰.

Transdisciplinarité, le mot est lancé. J'y reviendrai sous peu.

Dans sa tentative de dégager des pistes pour la création d'un langage commun à l'ensemble des savoirs, Pierre Delattre part de la notion de système, à laquelle toute discipline se trouve confrontée, pour conclure à l'absence actuelle d'une véritable théorie des systèmes. L'auteur cherche ensuite dans les mathématiques le possible sésame capable de fédérer les différentes disciplines, pour remarquer que tout langage se compose à la fois d'une syntaxe et d'une sémantique, alors que bien souvent la mathématique n'est utilisée que dans sa dimension syntaxique. Seul l'usage cohérent de la sémantique permettant d'éviter le « calembour logique », il s'agit d'assurer « la compatibilité entre le contenu des concepts utilisés et le traitement logique auquel on les soumet » ; ce rôle est précisément dévolu à l'épistémologie. Cette opération passe par la recherche des concepts les plus élémentaires, par une réduction des concepts permettant le passage d'un « *niveau de description* » à l'autre. Dans la mesure où la pluralité des disciplines provient souvent d'un découpage de la réalité en niveaux de description différents, l'analyse de cette transcription semble essentielle. Le passage d'un niveau de description à l'autre est assuré lorsque les propriétés des éléments de base permettent de reconstituer fidèlement les propriétés des éléments de niveau plus complexe. Or, de l'aveu même de Pierre Delattre, cette condition est rarement satisfaite. Elle ne l'est assurément pas lorsque l'examen concerne la sujétité elle-même. Les propriétés des systèmes échappent donc en partie à celles de leurs composants ; faut-il pour autant prendre en compte cette différence par des variables « cachées », autrement dit par des variables qui ne seraient pas directement mesurables ? L'admettre, comme le fait Pierre Delattre, faciliterait les échanges entre disciplines, mais ce procédé ne résout pas la question du langage commun recherché.

La transdisciplinarité

Lorsque Pierre Delattre cherche à résoudre les difficultés de transcription des concepts et des formalismes d'une discipline à l'autre, il nous faut admettre que cette recherche d'un langage commun ouvre directement sur le propre de la transdisciplinarité. Celle-ci concerne en effet, comme le préfixe « trans- » l'indique, « ce qui est à la fois *entre* les disciplines, à *travers* les différentes disciplines et *au delà* de toute discipline. Sa finalité est la *compréhension du monde présent*, dont un des impératifs est l'unité de la connaissance »²¹¹. La transdisciplinarité propose toutefois de fonder la cohérence des savoirs sur une logique incluant plus que sur un simple langage commun, à une profondeur autre que celle dans laquelle évoluent les disciplines. Et c'est sans doute

²¹⁰ André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, vol. 1, op. cit., p. 309 ; c'est moi qui souligne.

²¹¹ Basarab NICOLESCU, *La Transdisciplinarité*, op. cit., p. 27 ; c'est l'auteur qui souligne.

parce qu'un langage commun appartiendrait par nature au même niveau que celui des disciplines qu'on voudrait le voir relier que l'interdisciplinarité peine à le trouver.

Dépasser les limites des disciplines implique d'assurer une unité véritablement transverse et cohérente des savoirs : « Le grand problème est donc de trouver la voie difficile de l'entre-articulation entre des sciences qui ont chacune, non seulement leur langage propre, mais des concepts fondamentaux qui ne peuvent pas passer d'un langage à l'autre »²¹². Sans nier les spécialités disciplinaires, la transdisciplinarité les aborde de manière à la fois transverse et transcendante, grâce à une méthodologie articulée autour de trois axes : les niveaux de réalité – qui rendent compte de la complexité irréductible du réel, la logique du Tiers Inclus – qui permet le passage d'un niveau de réalité à l'autre, et l'interrelation entre ces niveaux – qui assure l'unité et l'ouverture du réel.

Logique classique et modèle quantique

La logique transdisciplinaire trouve un approfondissement décisif dans l'œuvre de Stéphane Lupasco, et s'est surtout développée sous l'impulsion des découvertes apparemment paradoxales de la physique des particules²¹³.

La logique classique est dominée par trois axiomes : l'axiome d'identité (A est A), l'axiome de non-contradiction (A n'est pas non-A) et l'axiome du tiers exclu (il n'existe pas de troisième terme T qui soit à la fois A et non-A). De fait, les deux derniers axiomes sont souvent confondus, car dans une réalité univoque et continue – autrement dit, ainsi que nous le verrons, dans l'hypothèse d'un monde composé d'un seul « niveau de réalité » – ils sont équivalents.

Malgré cette équivalence, l'axiome du tiers exclu n'a cessé d'agir dans notre société comme une règle excluante de type « tout ou rien », comme un filtre réducteur nous empêchant de percevoir le monde autrement que sous forme d'oppositions irréductibles et de compétition. Cette pensée simplificatrice s'avère elle-même génératrice de conflits, produisant ainsi ses propres confirmations. Elle ne peut en outre qu'aboutir au rejet de toute transcendance²¹⁴, ce qui est du reste le propre de tout système fermé.

Parallèlement, les découvertes en physique des particules confrontent les scientifiques à des paradoxes : comment la lumière par exemple peut-elle être à la fois de nature ondulatoire et corpusculaire ? Ces deux propriétés, qui étaient auparavant perçues comme exclusives l'une de l'autre, sont toutefois indubitablement observées à propos de la même réalité. Et ce n'est là qu'un exemple parmi tant d'autres. Dès lors, il devient de plus en plus difficile de formuler des explications cohérentes de ces

²¹² Edgar MORIN, *Sur l'interdisciplinarité* [a], op. cit., chap. « L'au-delà des disciplines ».

²¹³ L'analyse qui suit doit l'essentiel de son développement au livre que Basarab Nicolescu a consacré à la pensée de Stéphane Lupasco (Basarab NICOLESCU, *Qu'est-ce que la réalité ?*, op. cit.).

²¹⁴ *Ibid.*, p. 19

phénomènes en continuant d'admettre la validité de l'axiome du tiers exclu, à moins d'envisager de renoncer à toute cohérence rationnelle et d'abandonner l'axiome de non-contradiction. S'ajoutent à cette perplexité deux sujets supplémentaires de confusion : le principe d'incertitude d'Heisenberg et le théorème de Gödel. Le principe d'incertitude d'Heisenberg stipule qu'il est impossible de connaître, pour une particule donnée, à la fois sa position spatiale et son mouvement, autrement dit sa vitesse et sa direction. Une plus grande précision de l'un de ces deux paramètres se paie donc d'une plus grande imprécision de l'autre, ce qui a fait dire que les particules ne sont que la symbolisation d'une fonction statistique, le nœud probabiliste d'un champ énergétique beaucoup plus qu'un « objet » au sens de la macrophysique. De fait, Heisenberg ne pose par son principe rien d'autre que le caractère nécessairement incomplet de la connaissance que l'humanité peut avoir du monde physique qui l'entoure ; en d'autres termes, l'entreprise de la connaissance est posée comme nécessairement *ouverte*. Ce principe de nécessaire ouverture de la connaissance, qui emporte de fait le deuil d'une « théorie du tout », autrement dit d'une connaissance cohérente et complète du monde, Kurt Gödel va le prouver dès 1931 dans le domaine des mathématiques²¹⁵. Comme il a été dit²¹⁶, le théorème d'incomplétude de Gödel énonce que tout système axiomatique et cohérent comme le sont les mathématiques est nécessairement incomplet ; en d'autres termes, dans un tel système, toute hypothèse ou conjecture peut s'avérer a priori « indécidable » – c'est-à-dire qu'elle ne peut être ni prouvée ni réfutée par le système – sans que l'on puisse dire d'avance lesquelles.

La principale question consiste dès lors à savoir comment concilier des inconciliables apparents sans renoncer au principe de non-contradiction. La seule solution logique consiste à renoncer au principe du tiers exclu et à le remplacer par un principe du « Tiers Inclus », qui peut s'énoncer comme suit : « il existe un troisième terme, T, qui est à la fois A et non-A ».

Le Tiers Inclus

Pour Stéphane Lupasco, la réalité possède ainsi une structure ternaire : A, non-A et T, l'opposition séparant A et non-A se résolvant en T. « T » joue donc chez Lupasco le rôle d'un principe de complémentarité²¹⁷. Nonobstant la distinction clairement opérée par la logique classique entre le principe de non-contradiction et le principe du tiers exclus, notre mouvement premier demeure d'assimiler l'adoption du principe du Tiers Inclus à une renonciation du principe de non-contradiction, ce qui reviendrait à nier la capacité de toute démarche rationnelle à appréhender le réel de manière adéquate. C'est le mérite de Basarab Nicolescu d'avoir complété l'approche de Lupasco par la notion de « niveau de réalité », qui permet de mieux voir en quoi la logique du Tiers

²¹⁵ Basarab NICOLESCU, *Qu'est-ce que la réalité ?*, op. cit., pp. 55-56.

²¹⁶ Voir ci-dessus, p. 83.

²¹⁷ Basarab NICOLESCU, *Qu'est-ce que la réalité ?*, op. cit., p. 22.

Inclus est non-contradictoire, mieux : en quoi Lupasco élargit en fait le domaine de validité du principe de non-contradiction à de multiples niveaux de réalité²¹⁸.

Niveaux de réalité

Qu'est-ce qu'un niveau de réalité ? C'est « un ensemble de systèmes invariant à l'action d'un nombre de lois générales : par exemple, les entités quantiques soumises aux lois quantiques, lesquelles sont en rupture radicale avec les lois du monde macrophysique »²¹⁹. On retrouve, en quelque sorte et sous une forme à la fois générique et plus radicale, la notion de *niveau de description* utilisée par Pierre Delattre. Chaque niveau de réalité décrit un ensemble non-contradictoire, en rupture avec les autres niveaux de réalité, et le passage de l'un d'entre eux à celui qui lui est immédiatement supérieur se fait grâce au Tiers Inclus, où les contraires du niveau inférieur se résolvent, le Tiers devenant à son tour, pour son propre niveau, un des principes opposés que sont A et non-A : les différents niveaux de réalité décrivent ainsi un monde discontinu, mais où le passage de l'un à l'autre demeure possible par ce que l'on pourrait appeler un « saut » ou une « percée » ; l'unité entre les divers niveaux de réalité est donc, si elle existe, de nature nécessairement ouverte²²⁰.

Le Tiers Inclus – quoique d'une nature plus subtile que les deux autres états contraires – joue ainsi un rôle capital dans la « dialectique ternaire » ou « tridialectique » de Lupasco, et la notion de niveau de réalité le met en évidence.

Dynamique ternaire de la réalité

Pour Stéphane Lupasco, la réalité possède donc une dynamique ternaire, en fonction des états irréductiblement antagonistes observés – ici de localisation et de mouvement, mais ailleurs aussi d'homogénéisation et d'hétérogénéisation, de macrophysique et de microphysique, d'objet et de sujet... –, assortis d'un facteur symbolisant la dynamique d'équilibre entre ces états en regard de leur actualisation ou de leur potentialisation. Ce troisième principe, dit de complémentarité, est ce que Lupasco appelle le « Tiers Inclus »²²¹. Le troisième paramètre, T, rend compte de la dynamique d'équilibre entre ces deux principes, qui assure l'état « d'égale potentialisation et d'égale actualisation, l'un par rapport à l'autre » ; il permet en outre la transition, le mouvement de l'un à l'autre. Alors qu'un état d'homogénéisation absolue aboutirait à un désordre total assimilé à un non-mouvement, il en serait de même d'un état de d'hétérogénéisation absolue, lequel serait assimilable à un ordre statique « par extrême différenciation ». Pour que le mouvement soit possible, il faut donc que l'homogène et l'hétérogène coexistent dans un équilibre parfait ; cette coexistence est le fait de l'état « T », qui lui-

²¹⁸ Basarab NICOLESCU, *Qu'est-ce que la réalité ?*, op. cit., p. 33 ; p. 41 ; p. 44.

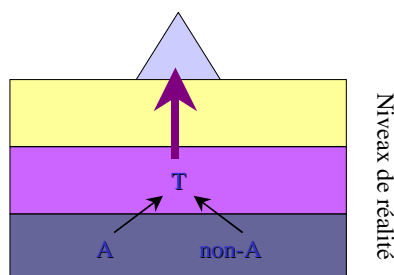
²¹⁹ *Ibid.*, pp. 51-52.

²²⁰ *Ibid.*, pp. 51-52.

²²¹ *Ibid.*, pp. 22-24.

même se trouve toujours constant puisqu'il régit « l'équilibre rigoureux » de leur rapport²²².

La méthode transdisciplinaire



La tripartition des phénomènes selon Merleau-Ponty

Maurice Merleau-Ponty nous offre, avec sa tripartition des phénomènes, un outil complémentaire à même de nous servir de « garde-fou épistémologique », particulièrement utile aux disciplines du sujet, et donc au droit²²³. Pour Merleau-Ponty, tous les phénomènes appartiennent à un des trois ordres que sont l'ordre physique, l'ordre vital et l'ordre humain, que Jean-François Malherbe a nommé pour sa part respectivement l'organique, le psychique et le symbolique²²⁴. L'ordre physique est celui de la physique et de la chimie ; il se limite aux ondes et aux molécules, et ne saurait de la sorte décrire à lui seul l'ensemble de la réalité observée. L'ordre vivant, qui agit sur les molécules et les atomes, les fait interagir selon une organisation et une dynamique qui lui sont propres et que n'expliquent pas à elles seules les caractéristiques des phénomènes de l'ordre physique ; cette organisation s'explique par ce que nous appelons la *vie*, et son champ de référence est celui de la biologie. Autrement dit, la finalité des réactions chimiques d'un corps vivant échappe à la chimie, même si la chimie peut rendre compte du détail physique de ces réactions ; l'ordre vital dépasse l'ordre physique et l'englobe dans la dimension psychologique. Quant à l'ordre humain, il intègre la profondeur symbolique de l'être humain. La liberté humaine²²⁵ et l'éthique – soit la *sujétité* – relèvent de cet ordre.

Un phénomène qui est observé dans le cadre de son ordre n'est ainsi pas « mutilé », mais au contraire respecté dans la totalité de sa réalité : le discours que l'on pourra

²²² Basarab NICOLESCU, *Qu'est-ce que la réalité ?*, op. cit., pp. 23-24.

²²³ Voir Maurice MERLEAU-PONTI, *La Structure du comportement*, Presses Universitaires de France, Paris 1967 [1942], cité par Jean-André NISOLE, *De la vérité*, op. cit., pp. 135-136.

²²⁴ Jean-François MALHERBE, xxx.

²²⁵ Jean-André NISOLE, *De la vérité*, op. cit., p. 143.

tenir sur lui n'aura de la sorte pas besoin de se référer à des considérations propres à un ordre supérieur pour permettre une explication satisfaisante. Si par contre dans l'étude d'un phénomène nous passons de son ordre à un ordre inférieur, autrement dit si nous le tronquons de sa dimension essentielle, nous commettons une erreur majeure, l'erreur réductionniste, qui se traduira par des contradictions fondamentales²²⁶.

Nous retrouvons par ces trois ordres de phénomènes la justification de l'approche disciplinaire et du découpage fondamental qui les sépare, mais aussi la notion de « niveaux de réalité ». Nous retrouvons enfin la critique des disciplines du sujet lorsqu'elles prétendent réduire la liberté et la sujéité humaines à un ensemble de phénomènes somatiques relevant de l'ordre vital. En application de ces trois ordres et des règles qui régissent leurs rapports, il s'avère capital de ne pas réduire l'homme à un ensemble de pulsions purement biologiques, ou – pour reprendre l'expression de Jean-Pierre Changeux²²⁷ – de ne pas en faire un « homme neuronal », voire un « homme chimique » :

« Cette réduction est *inacceptable* quand il s'agit de l'*ordre vital*, irréductible à l'ordre physique. Qu'est-ce donc qui nous autoriserait à l'effectuer quand il s'agit de l'*ordre humain*, sinon un *refus de la réalité* ?! Je le répète, il ne s'agit pas de nier l'influence du *sôma*, mais de la situer dans l'ordre humain. »²²⁸

Il ne s'agit pas non plus de prétendre que l'homme soit le seul animal à présenter un comportement relevant de la psychologie, mais de séparer, chez l'homme, ce qui relève de la seule biologie de ce qui ne peut se réduire à cet ordre.

Les trois ordres de Pascal que sont le corps, l'esprit et la raison, bien qu'ils n'y correspondent pas point à point, annonce cette tripartition des phénomènes, et chez Pascal, déjà, chaque ordre se présente sous forme d'« un ensemble homogène et autonome, régi par des lois, se rangeant à un certain modèle, d'où dérive son indépendance par rapport à un ou plusieurs autres ordres »²²⁹. Ces trois ordres trouvent aussi un intéressant parallèle chez Stéphane Lupasco, qui inscrit les actions humaines comme appartenant à l'une des trois dynamiques que sont l'*homogène*, qui est celle de l'inerte, de la matière, du prédictible ; l'*hétérogène*, qui touche les disciplines du vivant ; le *tensionnel* enfin, qui caractérise les activités de la conscience et de la pensée ou le surprenant du sujet, voire le *vide* tel que le pense le Tao, autrement dit

²²⁶ *Ibid.*, pp. 135-138

²²⁷ Jean-Pierre CHANGEUX, *L'Homme neuronal*, Hachette, coll. Hachette Littératures, Paris 1998 [1983].

²²⁸ Jean-André NISOLE, *De la vérité*, op. cit., pp. 137-138 ; c'est l'auteur qui souligne.

²²⁹ Jean MESNARD, *Le Thème des trois ordres dans l'organisation des Pensées*, dans *Thématique des Pensées*, Vrin, Paris 1988, p. 31, cité par André COMTE-SPONVILLE, *Le Capitalisme est-il moral ? – Sur quelques ridicules et tyrannies de notre temps*, Albin Michel, Paris 2004, p. 51, note 1 ; pour cette notion d'ordre, André Comte-Sponville renvoie à Blaise PASCAL, *Pensées*, dans *Œuvres complètes*, présentation et notes de Louis Lafuma, Seuil, coll. L'Intégrale, Paris 1963 [1670], pensée n°308.

l'espace qui rend la relation possible²³⁰. Mais alors que chez Merleau-Ponty chaque ordre cité dépasse et englobe le précédent, les trois dynamiques de Lupasco se présentent à la fois comme divergentes et complémentaires, sans doute parce qu'elles ont toutes les trois trait à l'agir humain, à des dynamiques et non à des dimensions progressives de la réalité observable.

Les répartitions des phénomènes telles que développées par Maurice Merleau-Ponty, Blaise Pascal et Stéphane Lupasco me permettent, avec la notion de sujété, de poser des guides puissants pour établir ma critique du droit d'auteur.

Le Tiers Caché

Enfin, si le Tiers Inclus, qui est un principe logique, permet la résolution des opposés à un niveau supérieur de réalité, il ne rend pas compte de la possibilité ontologique d'une telle résolution. Cette possibilité est donnée par le « Tiers Caché ».

Nous avons vu dans quelle mesure l'unité entre les divers niveaux de réalité est ouverte, les oppositions d'un niveau étant appelées à se résoudre dans le niveau immédiatement supérieur, de manière indéfinie. Mais l'ensemble de niveaux de réalité du monde naturel s'ouvre à son tour nécessairement – du fait des limites de notre nature humaine – à ses deux extrêmes sur une zone de non-résistance, que nos expériences, représentations ou formalisations ne parviennent pas à atteindre. C'est cette zone « d'inconnaissance » qui assure l'unité fondamentale des divers niveaux. On retrouve ainsi, par un biais inattendu, la célèbre thèse attribuée à l'Hermès Trismégiste, qui a nourri la recherche de générations d'alchimistes : « ce qui est en "haut" est comme ce qui est en "bas" »²³¹.

Si l'on considère à présent l'opposition transdisciplinaire sujet / objet qui traverse tous les niveaux de réalité possibles, l'identité des zones de non-résistance du sujet connaissant et de l'objet connu permet qu'il existe une communication entre eux : remontée d'informations de l'objet au sujet, intentionnalité de la conscience du sujet vers l'objet. Cette zone de non-résistance est précisément l'indice de la présence du Tiers Caché « qui permet l'unification, dans leur différence, du sujet transdisciplinaire et de l'objet transdisciplinaire ». Étant situé dans la zone de non-résistance, il est par définition alogique, et donc d'une toute autre nature que le Tiers Inclus²³². La pensée de Stéphane Lupasco s'avère ainsi ouverte à plus d'un titre, puisque, loin de poser une opposition radicale entre rationnel et irrationnel, elle invite au contraire à leur collaboration et constate leur « transformation réciproque »²³³.

²³⁰ Stéphane LUPASCO, en collaboration avec Solange MAILLY-NESLE et Basarab NICOLESCU, *L'Homme et ses trois éthiques*, Le Rocher, coll. L'esprit et la matière, Monaco 1986, cité par Basarab NICOLESCU, *Qu'est-ce que la réalité ?*, op. cit., pp. 23-26.

²³¹ Basarab NICOLESCU, *Qu'est-ce que la réalité ?*, op. cit., p. 57.

²³² *Ibid.*, p. 58.

²³³ *Ibid.*, p. 35.

La phénoménologie s'avère elle aussi transdisciplinaire dans sa façon de traiter la relation sujet / objet. En refusant d'orienter la vision du monde en fonction d'une perspective théorique²³⁴, la phénoménologie contrevient à la vision cloisonnée d'un phénomène par différentes disciplines. Sa notion d'acte intentionnel²³⁵, qui prend la mesure de ce que l'expérience humaine se donne non par des concepts mais par des actes, montre que nous appréhendons d'un même mouvement le sujet, l'objet et son contexte. Elle fait bien davantage que de nous libérer de certaines formes sclérosantes de la causalité ; en nous libérant de l'opposition classique du sujet et de l'objet, elle nous invite à entrer de plain pied dans une approche transdisciplinaire et nous conduit, comme l'a si bien montré Jean-André Nisole²³⁶, à une épistémologie généralisée restaurant à la fois l'unité de la connaissance et du sujet, puis, une fois restaurée la *sujéité*, à une reconnaissance de l'éthique comme transdisciplinaire par nature en tant que mesure de l'ensemble de nos actes et de notre constitution comme sujets.

Le caractère transverse de la phénoménologie ne fait en effet aucun doute :

« la phénoménologie ne vient pas éclipser quelque autre école de pensée ; au contraire, elle se veut un complément à la compréhension de la conscience, de l'existence et de l'expérience humaine toute entière. »²³⁷

Ouvertures

Ouverture à la transcendance et au sacré

Il nous est possible de revenir au droit d'auteur et à la création après ce nécessaire détour par la méthodologie transdisciplinaire. L'approche de Stéphane Lupasco ne concerne en effet pas seulement le monde scientifique, mais s'ouvre naturellement à toutes les disciplines humaines, de façon dynamique. Aussi a-t-elle eu des répercussions sur le monde artistique et littéraire avec Gaston Bachelard, et notamment, à travers lui, André Breton, Georges Mathieu, Salvador Dali. Elle a aussi influencé le théâtre d'Eugène Ionesco²³⁸. Cette influence sur les Arts et la littérature n'est pas étrangère au retour de la transcendance qu'elle suscite, et dont les créateurs ont toujours été – jusqu'aux représentants de l'AC du moins – les témoins engagés. Opposée à la pensée binaire enfermée sur elle-même en un système auto-référent, la pensée de Lupasco rejoint la réflexion des pères de la physique quantique qui a réfuté la séparation radicale entre le sujet et l'objet défendue par la métaphysique moderne²³⁹. Pour Lupasco, la réalité englobe le sujet, l'objet et le Tiers Caché, et ce dernier assure l'orientation cohérente des deux premiers l'un vers l'autre, sans leur être réductible. Il

²³⁴ Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, Guérin, Montréal 2002, p. 4.

²³⁵ Voir ci-dessus, partie 02 (« De l'épistémologie du droit à la méthodologie transdisciplinaire »), chap. « Les biais de toute connaissance humaine », pp. 43 ss.

²³⁶ Jean-André NISOLE, *De la vérité*, op. cit.

²³⁷ Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit., p. 7.

²³⁸ Basarab NICOLESCU, *Qu'est-ce que la réalité ?*, op. cit., pp. 83 ss ; pp. 101 ss.

²³⁹ *Ibid.*, p. 60.

ouvre ainsi un espace de relation structurant entre sujet et objet à même de transformer radicalement notre vision du monde et nous faire retrouver le message central de nombreuses grandes traditions de l'humanité.

Le Tiers Caché, cette zone de non-résistance assurant l'unité des niveaux de réalité entre eux et la possibilité ontologique d'une résolution cohérente des contraires, correspond de fait au sacré, là où ce dernier est défini comme « ce qui est irréductible aux opérations mentales »²⁴⁰, ou, plus exactement, à « ce qui ne se soumet à aucune rationalisation ». Si l'on reprend la distinction qu'Edgar Morin opère dans sa *Méthode* entre rationnel et rationalisation²⁴¹, le sacré est bien rationnel, mais non rationalisable : il ne se dissout pas dans le traitement que la raison peut en faire, tout en donnant prise à la raison, qui peut ainsi partiellement l'appréhender. Seyyed Hossein Nasr, dans son souci de resacraliser la connaissance en s'appuyant sur la tradition orientale, va dans le même sens lorsqu'il souligne à quel point ce qui est reçu par inspiration ou par expérience spirituelle, loin d'être irréductible à toute intelligence, est de nature intellectuelle :

« la distinction médiévale entre l'intellect actif et l'intellect passif ou possible peut servir à élucider la nature de ce processus d'illumination de l'esprit et à dissiper l'erreur consistant à considérer le contenu sapientiel et intellectuel de l'expérience spirituelle comme le résultat d'une méditation rationnelle sur le contenu d'une telle expérience, alors qu'en fait l'expérience spirituelle à son plus haut niveau est *elle-même* de nature intellectuelle et sapientielle. »²⁴²

Le sacré, pour Stéphane Lupasco, non seulement ne s'oppose pas à la raison, mais appelle la raison et l'oriente, tout comme nous l'avons vu rationnel et irrationnel s'appellent et s'influencent. Si l'on retourne du reste à l'étymologie, le sacré n'est-il pas *ce qui relie* ?

« Le sacré étant tout d'abord une *expérience*, il se traduit par un sentiment, celui de la présence du *Nous*, de ce qui relie les êtres et les choses et, par conséquent, il induit dans les tréfonds de l'être humain le respect absolu des altérités unies par la vie commune sur une seule et même Terre : le sacré, en tant qu'expérience d'un réel irréductible, est [...] l'élément essentiel dans la structure de la conscience »²⁴³.

Mircea Éliade définit de son côté le sacré par « l'expérience d'une réalité et la source de la conscience d'exister dans le monde »²⁴⁴. Seyyed Hossein Nasr lui emboîte le pas et va jusqu'à affirmer que le sacré fonde la réalité elle-même. Qu'on en juge plutôt :

« Le sacré réside dans la nature de la réalité elle-même, et l'humanité normale a le sens du sacré comme elle a le sens de la réalité, qu'on distingue naturellement de l'irréel. Mais la condition de

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 35.

²⁴¹ Edgar MORIN, *La Connaissance de la Connaissance (La Méthode, t. 3)*, Seuil, coll. Points Essais, Paris 1992 [1986], cité par Basarab NICOLESCU, *Qu'est-ce que la réalité ?*, op. cit., p. 59.

²⁴² Seyyed Hossein NASR, *La Connaissance et le sacré*, L'Âge d'Homme, coll. Delphica, Lausanne (Suisse) 1999, pp. 111-112 ; c'est moi-même qui souligne.

²⁴³ Basarab NICOLESCU, *Qu'est-ce que la réalité ?*, op. cit., p. 60.

²⁴⁴ Mircea ÉLIADE, *L'Épreuve du labyrinthe, entretiens avec Claude-Henri Rocquet*, Le Rocher, coll. Transdisciplinarités, Monaco 2006, p. 176, cité par Basarab NICOLESCU, *Qu'est-ce que la réalité ?*, op. cit., p. 60.

l'homme moderne est telle que même ce sens naturel a été pratiquement perdu de vue [et...] que percevoir le sacré comme parfaitement étranger à la vie humaine "normale" est devenu la norme, pour autant même que le sacré soit considéré comme une possibilité. »²⁴⁵

L'art est sans doute le témoin privilégié de l'expérience du sacré ainsi compris, et c'est en partie à ce titre que la transdisciplinarité peut nous aider non seulement à opérer une critique du droit ouverte sur l'activité créatrice qu'il est censé protéger à travers le droit d'auteur, mais aussi à comprendre son enjeu social et humain. Je montrerai dans la mise en perspective du droit d'auteur sous l'angle de la création²⁴⁶ en quoi l'art, avec la méditation / contemplation des spirituels, constitue, à travers la « plongée dans l'indifférencié » propre au processus créatif, la voie d'accès privilégiée à l'inconnaissable et au Tiers Caché.

Un mouvement de pensée « inouï »

Bien que la structure trine ait souvent été utilisée dans l'histoire de la pensée, la structure ouverte proposée par Stéphane Lupasco, complétée par la notion de niveau de réalité, est originale pour l'Occident. On pense toutefois immédiatement à la dialectique hégélienne. La « tridialectique » ne lui est cependant pas comparable, car les deux pôles sont chez Lupasco antagonistes de manière irréductible. Et si l'état T les *intègre*, bien plus qu'il ne tente de les *surpasser*, c'est à un autre niveau de réalité qu'il y parvient, en permettant de les considérer d'une perspective différente sans toutefois leur faire perdre leur caractère contradictoire dans leur propre niveau de réalité. On peut même dire qu'il s'en nourrit. Les trois polarités coexistent en outre à tout moment, en tant qu'« orientations privilégiées d'une seule et même logique » et ne constituent pas trois moments différents d'une même démarche ou encore « trois degrés de complexité progressive »²⁴⁷.

Par son adoption du principe du Tiers Inclus et la structure ouverte qu'il propose, Lupasco rejoint un courant « inouï », en d'autres termes « non entendu »²⁴⁸, de nature profondément ouverte et incluyente qui a perduré tout au long de l'histoire occidentale, dont Socrate, Maître Eckhart et Nicolas de Cuse comptent parmi les représentants. Il est heureux que ce mouvement reçoive enfin la caution scientifique que le cartésianisme et la modernité capitaliste lui ont largement déniée. On remarquera de plus que la plupart des figures rassembleuses de l'humanité abordent la réalité selon un point de vue nouveau qui fait d'un seul coup apparaître le monde conflictuel et asservissant pensé par leurs contemporains comme inutilement limité et non plus comme inéluctable. C'est en particulier le cas des mystiques qui ne peuvent que constater leur difficulté à partager une expérience intime qu'ils sont souvent seuls à

²⁴⁵ Seyyed Hossein NASR, *La Connaissance et le sacré*, op. cit., p. 71.

²⁴⁶ Voir ci-dessous, partie 06 (« Les motivations de la création »), pp. 529 ss.

²⁴⁷ Basarab NICOLESCU, *Qu'est-ce que la réalité ?*, op. cit., p. 27 ; p. 25.

²⁴⁸ Référence faite au sens littéral de « non entendu » que Jean-François Malherbe donne au terme dans son livre *Tendre l'oreille à l'inouï – L'éthique des hérétiques*, où le terme d'hérétique recouvre celui de « dissident », pris dans son sens constructif et spinoziste qui l'oppose à « séditieux ».

éprouver au milieu de leurs proches. Cette même expérience réoriente presque toujours leur vie de manière durable et radicale, lui donnant un sens nouveau, et s'avère par ailleurs étrangement cohérente avec l'expérience d'autres mystiques dont ils ne savent souvent rien. Du fait de leur expérience intime, ils sont ainsi appelés à aborder l'existence depuis un niveau de réalité plus ouvert que celui des autres hommes, tout en étant conscients de l'*exemplarité* de leur expérience par rapport au monde extérieur qu'ils partagent avec leurs contemporains.

Ce *sens* donné par la notion d'exemplarité est essentiel : il est le signe du lien possible entre les deux mondes, qui permet à ces mystiques de sauvegarder l'unité de leur personnalité ; bien qu'atterrés de constater la superficialité et les lacunes qui règnent sur la plupart des relations humaines malgré les questions existentielles auxquelles chacun reste confronté de manière solitaire, ils voient dans leur expérience l'appel à créer des ponts entre ces deux niveaux d'expérience, afin de permettre au monde visible d'être habité enfin – mais librement – par la densité et la profonde cohérence du monde intérieur qu'ils découvrent. Nous retrouvons bien là tout ce qui a été dit à propos des niveaux de réalité : distinction claire des niveaux entre eux, unité profonde et transverse qui les parcourt, résolution des contradictions d'un niveau par le niveau immédiatement supérieur, en sens unique – ce que j'appelais son *exemplarité*.

J'ai indiqué par ailleurs en quoi la critique du droit devait rendre compte notamment des buts que poursuit la loi, des moyens que le législateur met en œuvre pour y parvenir et de l'efficacité de la loi, en s'appuyant sur l'éthique et en convoquant au besoin l'économie, la sociologie et toute autre discipline jugée utile telles que la psychologie, l'éthologie, l'anthropologie, la philosophie ou l'histoire. Seule la transdisciplinarité, conçue comme une méthode d'analyse de la réalité complexe, peut nous permettre de demander raison au droit sur l'ensemble de ces points sans nuire à la cohérence de la démarche ; contrairement à la pluri- ou à l'interdisciplinarité,

« elle seule prend directement pour objet la complexité [...]. La complexité comme objet a cette particularité de viser un tout, à savoir le monde présent, mais en fonction de ses parties. D'où l'insistance maintenue sur la spécialisation. »²⁴⁹

On en conclura que la pensée transdisciplinaire, à la fois trop peu entendue et pourtant traditionnelle, est incontournable en ce qu'elle permet le rapprochement de la science et des autres modes de connaissance du réel, à travers le développement d'une logique et d'un langage communs. Dans ce sens, elle formalise sur le plan logique l'approche intuitive de nombre de mystiques et d'artistes. Elle s'inscrit également dans un contexte encore plus vaste : face aux tenants d'un système complet mais fermé et auto-suffisant, les pensées de Stéphane Lupasco et de Basarab Nicolescu offrent un outil ouvert, particulièrement adapté à notre propos.

²⁴⁹ Jacques CHATUE, Laurent BOVE, *Épistémologie et transculturalité*, 2 vol., L'Harmattan, Paris 2009, t. 1 (*Le paradigme de Lupasco*), p. 43.

Partie 03

Recherche d'une fondation éthique

« Nombreux sont ceux d'entre vous qui, dans leurs relations à ce qui les entoure, cherchent à atteindre l'extérieur de l'autre par l'extérieur d'eux-mêmes.

Pas de succès possible par cette voie.

La seule relation véritable : toucher l'intérieur de l'autre par l'intérieur de soi. »

Un Voyage vers le Cœur

Présentation

Le chapitre consacré à la recherche d'une fondation éthique pour asseoir la réflexion qui va suivre poursuit deux buts principaux : (1) il s'agira en premier lieu de désigner un courant éthique de référence, capable de s'avérer suffisamment transverse pour prendre appui sur le « point ontologique unifiant » dont il a été question à propos de la méthodologie transdisciplinaire. (2) Ceci fait, il sera possible d'exposer les principes de l'individualisation ainsi que les conditions de la relation, tout en montrant dans quelle mesure celles-ci vont de pair.

Nous serons alors à même d'aborder la question de la création, dont le processus semble étrangement parent de celui propre à l'individualisation. Il nous sera également possible d'aborder l'auteur en tant que créateur, et de voir à quel point ce rôle doit être privilégié par rapport à l'analyse de sa figure sociale.

Approche et définition de l'éthique

Remarques liminaires

Ayant vu la nécessité d'envisager le droit d'auteur de manière transdisciplinaire, l'éthique m'offrira le cadre nécessaire pour poser les principes de réflexion qui me guideront tout au long de ce travail. Le droit d'auteur défend en effet l'idée d'un lien très particulier entre l'auteur et son œuvre, mettant en jeu les ressorts les plus profonds de la personnalité. L'œuvre, selon l'expression consacrée, ne doit-elle pas porter « l'empreinte de la personnalité » de celui qui l'a créée ? Le droit d'auteur interroge, on le voit, la notion même de « personnalité » et se trouve à ce titre le « lieu » du droit le plus approprié pour envisager l'homme dans son rapport à soi et aux autres.

La création ne serait pas juridiquement protégée dans ses effets si elle n'était pas, d'une manière ou d'une autre, tirée du « propre fonds » de l'auteur. Mais que signifie ce « fonds » ? Ne s'agit-il pas d'une de ces expressions dont on se sert par commodité mais dont la première réflexion un peu conséquente nous détourne ? Quelle part accorder à l'auteur dans un domaine qui le trouve fort redevable de la culture qui est la sienne et de « l'horizon d'attente »²⁵⁰ de son public ? On le voit, la notion-même de « fonds » de l'auteur renvoie très vite à sa relation à l'autre. Mais l'horizon du droit d'auteur ne se limite pas à l'auteur et à l'œuvre. Il s'inscrit de nos jours dans un contexte économique assez particulier, dont la nature est d'exploiter l'œuvre en tant que *marchandise* et d'objectifier l'auteur en tant que *travailleur*, en revendiquant les

²⁵⁰ La notion husserlienne d'« horizon d'attente » (*Erwartungshorizont*) exprime la disposition *a priori* du public en face d'une œuvre qu'on lui propose : « Le texte nouveau évoque pour le lecteur (ou l'auditeur) tout un ensemble d'attentes et de règles du jeu avec lesquelles les textes antérieurs l'ont familiarisé [...]. Lorsqu'elle atteint le niveau de l'interprétation, la réception d'un texte présuppose toujours le contexte d'expérience antérieure dans lequel s'inscrit la perception esthétique » (Hans-Robert JAUSS, *Pour une esthétique de la réception*, Gallimard, coll. Tel, Paris 1990 [1978], p.51).

principes de l'égoïsme psychologique en vertu desquels « les vices privés font le bien public »²⁵¹. Le droit d'auteur se retrouve également au cœur d'un débat social intense tournant autour de la question de l'accès à la culture. Comment, par exemple, aborder la question du plagiat, ponctuée de scandales, qui confronte l'auteur à ceux qui revendiquent pour eux-mêmes la paternité d'œuvres qu'ils ont produites en marchant sur ses traces ? Comment réconcilier l'auteur et son public, dans un contexte qui voit les intermédiaires, censés représenter les intérêts des auteurs, accuser les internautes de « pirates » ?

Le travail sur soi-même, l'inconnaissable de soi, la relation à l'autre : autant de thèmes fondamentaux pour l'éthique. Mais cette dernière se décompose en de multiples courants, dont la plupart ne permettent pas une démarche réellement transversale, s'appliquant à tout agir humain dans ses dimensions les plus essentielles. Nous commencerons donc par une définition de l'éthique susceptible de nous servir de guide, avant de nous attacher à saisir une part peu éclairée de la personne, son « fonds intime », afin d'aborder sur des bases plus saines la question de la protection de l'auteur et de ses œuvres, en regard de celle du domaine public.

L'éthique, la morale et la déontologie

L'éthique a le vent en poupe depuis quelque temps. On ne cesse d'y faire référence, que ce soit à propos d'Internet (la « netétiquette »), des « incivilités » ou des tensions de plus en plus vives détectées au sein des entreprises. Espérons qu'il ne s'agit pas là d'une simple mode, ou d'une tentative hypocrite d'en faire la caution respectable de pratiques peu avouables (les Québécois parlent alors de « cosm'éthique »), mais d'une volonté raffermie des acteurs sociaux de replacer les relations humaines au centre de leurs préoccupations, avant même les intérêts et les calculs économiques. Si toutefois tout le monde a le mot d'« éthique » à la bouche, moins connoté ou rébarbatif que celui de « morale », il reste difficile de savoir ce que ce terme recouvre exactement. Aussi semble-t-il pertinent de distinguer l'éthique de la morale et de la déontologie avant d'aborder les différents courants de l'éthique et d'en dégager celui qui fera référence pour la suite de ces lignes.

Dans le langage courant et pour ce qui est de l'étymologie, *éthique* et *morale* seraient synonymes, le premier terme venant du grec, le second du latin. Cette confusion est renforcée par l'anglais, qui utilise le terme « *ethics* » dans le sens de « morale » à caractère normatif, alors que les auteurs francophones opèrent souvent une distinction assez nette entre ces deux termes. Un article de Paul Ricœur de 1992, *Soi-même comme un autre*²⁵², qui fait désormais référence, a permis de différencier l'éthique et la morale. Ainsi l'éthique se distinguerait-elle de la morale par les trois caractéristiques

²⁵¹ Bernard de MANDEVILLE, *La Fable des abeilles* [1714] ; voir ci-dessous, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « Origine morale d'une idéologie économique », pp. 199 ss.

²⁵² Paul RICŒUR, *Soi-même comme un autre*, Seuil, coll. Points-essais, Paris 1997 [1983], étude *Éthique et morale*.

suivantes : positive, personnelle et pratique. *Positive*, elle se fixerait pour but de s'interroger sur ce qu'il convient de faire plutôt que de se focaliser sur les interdits moraux, tout en s'inscrivant en opposition à une morale de type normatif ; *personnelle*, elle affirmerait clairement que les seuls sujets éthiques possibles restent les personnes physiques, et que les entreprises ne peuvent pas y prétendre ; *pratique* enfin, elle s'opposerait aux querelles stériles des moralistes académiques ou religieux ; l'expression d'« éthique appliquée » insiste sur cet aspect pratique²⁵³. En somme, pour Paul Ricœur, l'éthique marque avant tout une *visée* de ce qui apparaît comme bon, la morale proposant des normes de portée à la fois universelle et contraignante – pour Paul Ricœur, les deux aspects vont de pair. C'est ainsi que d'aucuns confinent la morale à l'obligation, le bien relevant de l'éthique ; ou voient dans la morale une « pensée organisée et universelle du bien et du mal, avec un corps d'impératifs et d'interdictions, tandis que l'éthique, définie par le bon et le mauvais, serait relative à un individu, un groupe, une entreprise », dans une recherche de la « vie bonne »²⁵⁴. Certains, toutefois, s'opposent à la distinction entre éthique et morale en soulevant des arguments qui méritent d'être gardés à l'esprit même lorsque nous opérons cette distinction :

« Comment accepter que l'éthique ne puisse être qu'une éthique individuelle ? Toute éthique qui perd le sens de l'universel est-elle encore une éthique ? Ne risque-t-elle pas de devenir un catalogue de convictions opposable à tout autre ? »²⁵⁵

Plusieurs éthiques dépassent toutefois déjà l'opposition entre « une éthique individuelle fondée sur une pratique concrète (ce qui me semble bon) et une morale fondée sur des principes rigides » : la dernière philosophie de Paul Ricœur fait partie de celles-là, puisque qu'avec *Soi-même comme un autre*, Paul Ricœur ouvre l'éthique individuelle à l'intersubjectivité en nous montrant dans quelle mesure l'autre est constitutif de notre propre identité, nous invitant à nous mettre à la place d'autrui²⁵⁶. Ainsi devons-nous constamment garder à l'esprit que la distinction entre morale et éthique ne se fonde pas sur la complémentarité universel / singulier, mais bien sur l'opposition entre approche prescriptive ou normative, d'une part, et perspicacité, d'autre part, ou encore entre lettre et esprit. La prescription a une conception de l'universel qui la rend rigide et déconnectée du réel des décisions à prendre ; elle peut même poursuivre des fins utilitaristes, voire totalitaires²⁵⁷ ou de toute-puissance ; elle

²⁵³ WIKIPEDIA, L'ENCYCLOPÉDIE LIBRE, *Éthique des affaires* [a], http://fr.wikipedia.org/wiki/Éthique_des_affaires, consulté le 13.05.2009, chap. « Un débat fondamental : une éthique réaliste ("Real Ethics") à l'opposé d'une éthique normative ("Business Ethics") ».

²⁵⁴ Philippe LE TOURNEAU, *L'Éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, (ci-après : *L'Éthique des affaires*), essai, Dalloz et Dunod, Paris 2001 [2000], p. 11, citant en partie Pierre GIRE, *Quelles références pour l'éthique ?* [a], dans *Esprit & Vie*, n°4 (février 1998), pp. 61 ss., Cerf, Paris 1998.

²⁵⁵ Pierre GIRE, *Christine Marsan – En quoi le mal nous rend plus humain, réflexion sur l'humanisme* [a], dans *Esprit & Vie*, n°74 (janvier 2003/2^{ème} quinzaine), Cerf, Paris 2003, pp. 33-34.

²⁵⁶ Sophie DESBOIS, *Soi-même comme un autre* [a], 21.02.2013, commentaire du titre éponyme de Paul Ricoeur, http://www.scienceshumaines.com/soi-meme-comme-un-autre_fr_13096.html.

²⁵⁷ Philippe LE TOURNEAU, *L'Éthique des affaires*, op. cit., pp. 11-12 ; Jean-François MALHERBE, *Sujet de vie ou objet de soins ?*, op. cit., pp. 15-16.

peut ainsi s'avérer n'être qu'un manteau d'hypocrisie jeté sur la pratique de nombreuses professions, en particulier de celles dont le but ultime demeure envers et contre tout la maximisation des profits ou l'efficacité ; elle peut aussi prétendre réduire la complexité de la vie en tentant de la normaliser. La perspicacité, elle, garde toujours l'universel en tête, mais tente de l'appliquer selon l'esprit, en l'adaptant constamment aux circonstances ; elle conserve ainsi l'humilité de qui n'affiche pas la prétention d'avoir le dernier mot sur tout, mais garde le pouvoir de garder les particularités savoureuses. L'éthique ne saurait donc être reléguée au rang de simple collection de valeurs individuelles, même si elle demeure concrète, car le concret, contrairement à l'individuel, s'attache à tout humain confronté à des circonstances analogues. Il est néanmoins nécessaire que l'éthique poursuive une visée essentiellement *concrète*, non à des fins utilitaires, mais pour nous permettre de nous comporter de manière responsable, ce qui implique de l'être dans le détail de nos vies.

La *déontologie*, elle, est l'ensemble des prescriptions relevant de l'éthique normative qui tendent à induire au sein d'une profession un comportement reflétant les valeurs que cette dernière affiche. Par sa nature prescriptive, la déontologie s'oppose à l'éthique de l'autonomie du sujet ; par sa nature contraignante et disciplinaire, elle se distingue à la fois de l'éthique²⁵⁸ et des « bonnes pratiques » ; par l'autorité qui l'édicte, elle se différencie des règles professionnelles, ces dernières, ayant rang de norme légale, étant « édictées par une autorité afin de réglementer, dans l'intérêt public, l'exercice d'une profession » alors que les règles déontologiques, appelées parfois « us et coutume » dans certaines branches d'activité, « émanent des associations professionnelles »²⁵⁹.

Choix d'une éthique de référence

Les différentes traditions de l'éthique

Il s'agit à présent de déterminer, parmi les différents courants de l'éthique en Occident, lequel nous servira de référence pour sa transversalité et son respect de la sujété. Certains auteurs définissent certains courants de l'éthique sans autre référence que la valeur principale qu'elle défend, voire le moyen d'action qu'elle se choisit. Ainsi a-t-on parlé de « l'éthique du travail » en référence aux théories de Max Weber sur le capitalisme. Pareille pratique devrait être abandonnée : on voit mal comment le travail peut, en soi et sans autres précisions, emporter une valeur. De même, désigne-t-on souvent les différents courants éthiques par leur caractéristique principale. C'est ainsi que l'on parle notamment d'une éthique des devoirs, des droits, de la responsabilité, de la vertu, de la valeur, de la relation... Mais cette position, trop limitative, s'avère incapable de souligner l'aspect transverse de l'éthique qu'il s'agit précisément de dégager. Aussi semble-t-il préférable de se référer à la notion de tradition. Jean-

²⁵⁸ Jean-François MALHERBE, *Sujet de vie ou objet de soins ?*, op. cit., p. 14.

²⁵⁹ FF 1999 p. 5367, citée par ATF 136 III 296, consid. 2.1 = SJ 2010 I 465-472, p. 468 (ATF du 31 mars 2010 rendu en la cause 5A_163/2009).

François Malherbe en distingue sept²⁶⁰ tout au long de l'Histoire. Dans la mesure où il ne semble pas certain que l'on puisse harmoniser toutes ces traditions sous une seule approche transversale et intégrative, il est nécessaire de privilégier un courant éthique à même à la fois de rendre compte de la *sujétité* de l'être humain et de satisfaire l'exigence de transdisciplinarité qui est la nôtre.

L'éthique de l'autonomie du sujet comme éthique de référence

La tradition *déontologique*, initiée par Immanuel Kant, défend l'idée d'une « universalisation de la maxime de l'action », c'est-à-dire de la métarègle permettant de juger du caractère acceptable des règles d'action (ou « maximes »). Pour Immanuel Kant, cette règle est : « Agis en toutes circonstances de façon que tu puisses poser la maxime [la règle] de ton action singulière comme une loi universelle du genre humain »²⁶¹. C'est la tradition éthique normative et contraignante par excellence – d'où la référence à la déontologie faite à son propos.

Les éthiques de tradition déontologique (éthiques de conformité, éthiques de conviction, ou encore éthiques normatives) s'avèrent limitées comme par définition au regard de la *sujétité*. Une norme est en effet, de par sa nature conventionnelle et héritée, extérieure au sujet. Elle ne peut ni révéler la *sujétité* de celui qui s'y soumet, ni même la respecter. En d'autres termes, elle ne permet pas à un sujet de partir depuis son propre « lieu » à la rencontre de ce qui le dépasse afin d'accomplir sa nature. Le légalisme de ces traditions éthiques ne leur permet guère de sortir du paradigme juridique, de nature contraignante, quelque puisse être l'utilité des lois au sein des collectivités humaines. Il s'agit de surcroît de systèmes excluants et fermés sur eux-mêmes, qui reposent sur la désignation d'interdits. Or la transdisciplinarité rend compte de l'unité transverse de la réalité par *inclusion* des contraires d'un niveau de réalité donné au sein d'un niveau de réalité supérieur. Un système fondé sur les interdits et les contraintes ne peut donc s'en réclamer, puisqu'il se structure sur une opposition établie au plus haut degré de la réalité humaine, malgré la prétention universelle des normes qu'il promeut.

Pour ces seuls motifs, l'éthique de conformité semble singulièrement inappropriée pour rendre compte à la fois de la *sujétité* et du caractère *transverse* de l'éthique. Il est toutefois une raison entre toutes qui la discrédite, et qui se trouve au cœur de la suspicion radicale qu'elle nourrit à l'égard de la nature humaine. Les éthiques moralistes – ou éthiques de la conformité – reposent de fait sur l'opposition entre la nature des hommes – perçue comme viciée – et les normes – exemplaires – qu'elles défendent. Par la nécessité où il se trouve de rendre rationnellement raison de ses actes moraux, le sujet kantien semble de la sorte devoir surmonter une nature essentiellement égoïste : s'il pouvait faire confiance en ses propres intuitions et ses

²⁶⁰ Je me réfère ici à un projet d'article que Jean-François Malherbe m'a fait l'amitié de me communiquer, et auquel les lignes qui suivent doivent beaucoup. Les sources qui suivent sont celles qu'il propose.

²⁶¹ Immanuel KANT, *Critique de la Raison pratique*, dans Kant, *Œuvres complètes*, Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, Paris xxx, pp. xxx-xxx [xxx].

propres élans, aurait-il besoin de justifier ses choix et ses actes par la raison ?²⁶² L'aspect contraignant de ces normes morales n'exprime-t-il pas à lui seul le caractère extérieur – et pour ainsi dire étranger – qui est le leur eu égard à la nature profonde du sujet à qui elles s'adressent ? C'est ce que Michel Terestchenko souligne lorsqu'il dénonce chez Kant « la faiblesse d'une motivation éthique fondée sur la seule obligation d'obéir, *par devoir*, aux prescriptions impératives de la loi morale »²⁶³. Les éthiques de déontologie ne reposent en un mot pas sur la liberté radicale du sujet et les choix éthiques qu'elle autorise, mais sur la soumission de ce dernier à une règle impérieuse, qui n'est pas tant justifiée par sa nature profonde de *sujet* que par la nécessité de la voir adoptée par les autres pour faire œuvre de ciment social. Immanuel Kant, bien malgré lui, se trouve avoir intégré les principes mêmes de la philosophie de David Hume qu'il se proposait pourtant de combattre : l'harmonie sociale est perçue comme extérieure, et non comme enracinée au plus profond de chacun d'entre nous. De la sorte, la tradition déontologique se révèle incapable de rendre compte des motivations altruistes du sujet, prouvant son obédience aux thèses de l'égoïsme psychologique qui justifient encore de nos jours l'essentiel des interprétations des « sciences sociales » dans le domaine de la motivation des actions. La morale kantienne ne considère ainsi pas comme morales les actions mues par la compassion et le souci du bien d'autrui²⁶⁴, alors même qu'il s'agit des deux moteurs les plus puissants des actions altruistes.

L'universalité des normes promues par la tradition déontologique repose d'ailleurs sur leur caractère *général* et *abstrait*, ce qui les rend incompatibles tant avec le caractère profondément *unique* des sujets en tant que tels qu'avec le caractère *particulier* des situations concrètes auxquelles ils se trouvent confrontés. L'éthique normative s'avère ainsi incapable de gérer les dilemmes éthiques, pourtant nombreux dans la pratique. On peut dire que son rationalisme et le caractère général et abstrait de ses principes d'action nient fondamentalement la condition humaine et sa nécessaire incertitude.

Pas plus que les éthiques de la *conformité* et du *normatif*, qui inspirent pourtant le système juridique et les déontologies, les éthiques *moralistes* ne peuvent nous servir de référence. Toutes s'appuient sur des lois *extérieures* au sujet, qu'il s'agisse des lois « universelles » de la raison, celles des lois juridiques que les hommes s'imposent ou celles des interdits de la loi morale. Aucune d'entre elles ne se fonde sur une nature humaine restaurée et intègre : la raison n'est pas l'homme complet, pas plus que ses sentiments ou ses passions, ou encore que les règles conventionnelles qu'il s'impose comme on userait de béquilles. Ces formes de modèles qui tendent à l'envisager *a priori*, dans une vision qui projette le passé sur l'avenir, l'emprisonnent dans des systèmes excluants, fermés sur eux-mêmes. Elles s'avèrent de ce fait incapables de

²⁶² Michel TERESTCHENKO, *Un si fragile vernis d'humanité – Banalité du mal, banalité du bien*, La Découverte, coll. La Découverte/Poche, Paris 2007 [2005], p. 238.

²⁶³ *Ibid.*, p. 237 ; c'est l'auteur qui souligne.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 236.

fonder un sujet éthique pleinement réalisé et ouvert sur le monde qui l'entoure. Or la pression exercée tout particulièrement au XX^e siècle par les systèmes totalitaires sur l'individu soulignent avec une force accrue la nécessité d'engager dans sa dimension éthique l'être humain *tout entier*, « le soi individué, riche de toutes les forces spirituelles, intellectuelles et affectives d'un être singulier », seul gage d'une vie animée « d'un profond sentiment d'unité intérieure »²⁶⁵ et capable de se refléter dans des *actes*.

Après avoir écarté la tradition déontologique, nous retiendrons trois courants éthiques complémentaires susceptibles de fonder notre démarche :

- La tradition *maïeutique*, inaugurée par Héraclite et Socrate, et à laquelle Jean-François Malherbe associe Jan Patocka et Hannah Arendt, tend à enfanter « l'autre de lui-même » par le dialogue. Il s'agit de réveiller la petite voix du *daïmon* que Socrate affirmait entendre à l'intérieur de sa conscience, une voix respectueuse de sa liberté, qui à l'en croire le rendait attentif aux erreurs à éviter sans jamais s'avérer prescriptive.
- La tradition de la *sagacité* ou du *jugement pratique*, avec Aristote²⁶⁶ et Thomas d'Aquin, se figure l'excellence comme une « ligne de crête entre deux abîmes symétriques ». C'est la tradition du « juste milieu », à distinguer radicalement du compromis ou de la moyenne statistique. Ainsi le courage est-il appréhendé comme ligne de crête entre témérité et lâcheté. Ce chemin d'excellence ne peut être suivi qu'à la condition d'être capable de privilégier l'esprit de la règle sur sa lettre, autrement dit de se montrer sagace. Le sujet est alors invité à trouver *en lui* les raisons de ses choix.
- La tradition *personnaliste* ou *dialogique*, à laquelle Socrate, Platon²⁶⁷, Jürgen Habermas²⁶⁸, Emmanuel Levinas²⁶⁹, Paul Ricœur²⁷⁰, Jean Ladrière²⁷¹ et Michel Henry notamment ont apporté leur soutien, précise les conditions d'un véritable dialogue, c'est-à-dire d'« un mode d'interaction créatif entre locuteurs motivés par une recherche commune du Bien, du Beau ou du Vrai ». Le dialogue devient alors source possible de solutions éthiques, que Jean-François Malherbe met en lien avec « l'intersubjectivité critique » de Karl Popper, que ce dernier posait comme source d'une objectivité toujours perfectible.

L'éthique à même de guider notre réflexion sur la création et le droit d'auteur sous l'angle transdisciplinaire doit nécessairement partir du sujet, considéré dans sa sujéité,

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 238.

²⁶⁶ ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque*, trad. J. Tricot, Librairie J. Vrin, Paris 1994.

²⁶⁷ PLATON, *Gorgias*, Les Belles Lettres, Paris xxx.

²⁶⁸ Jürgen HABERMAS, *De l'éthique de la discussion*, Flammarion, Paris 1991.

²⁶⁹ Emmanuel LEVINAS, *Totalité et Infini*, Martinus Nijhof, La Haye 1971

²⁷⁰ Paul RICŒUR, *Soi-même comme un autre*, op. cit.

²⁷¹ Jean LADRIERE, *L'engagement*, Encyclopaedia Universalis, Paris xxx.

à la fois en devenir et appelé à trouver en lui le sens de son action. Il s'agit d'approcher le sujet en tant que *source* de ses actes et non, à l'instar des « sciences » humaines dans leur désir de passer pour scientifiques et objectives, comme « question » et « objet » de connaissance. Elles se situent ce faisant dans la *causalité*, autrement dit dans la compréhension des *mécanismes* et non dans la compréhension de la personne et de son autonomie, faussant radicalement sa nature par leur approche. Bien que le sujet n'ait pas à se voir *imposer* de l'extérieur les règles de son action, qu'il peut trouver en lui, il est évident que nombreux sont les êtres humains qui ne les ont pas découvertes – ce qui fonde du reste la nécessité des lois juridiques au sein de la collectivité. Mais la majorité des hommes ne saurait circonscrire la nature humaine et lui enjoindre ses limites. Celle-ci peut fort bien se révéler par ses exceptions : il n'y a pas de surhommes parmi nous, comme il n'y a pas de monstres, chacun d'entre nous dit quelque chose de notre condition commune. C'est pour cela que s'il est vrai que toutes les formes d'éthique peuvent constituer une aide, à travers le regard spécifique qu'elles apportent, il demeure nécessaire de s'appuyer plus particulièrement sur celles qui s'intègrent dans une pensée incluyente.

Comment concilier l'évidence d'une profonde « non-réalisation » avec l'affirmation d'un sens et d'une liberté inscrits au plus profond du sujet ? Par l'affirmation de la nécessité d'un travail personnel d'introspection guidé par les événements de la vie, d'un travail à l'origine d'un chemin à la découverte de soi-même. « Connais-toi toi-même », cette maxime gravée sur le fronton du temple de Delphes que Socrate prit à son compte, ne compte-t-elle pas parmi les plus anciens programmes éthiques connus ? Partons donc du principe qu'il n'est pas aberrant de penser que nous ne nous connaissons pas vraiment, qu'une part de nous nous échappe et que nous ignorons trop souvent où se trouve notre bien malgré le fait que nous soyons les premiers intéressés à le connaître. Si l'on reprend les distinctions proposées par Johannes Eckhart entre l'homme intérieur (« *der inner Mensch* ») et l'homme extérieur (« *der uzer Mensch* »), entre l'homme identifié à son rôle social et sa fonction et l'homme dans son essence irréductible, dans son « identité profonde et véritable »²⁷², l'éthique nous propose le voyage de l'homme *extérieur* vers l'homme *intérieur* qui nous habite. Et si elle vise bien l'universel, « c'est toujours au cœur du singulier »²⁷³. L'éthique capable de se définir comme un *travail sur soi-même* et dont il sera question par la suite est celle de l'*autonomisation du sujet*, telle que la défend par exemple Jean-François Malherbe, mais aussi des « hérétiques » tels que Socrate (~470 - ~399), Aristote (~384 - ~322), Épicure (~341 - ~270), Johannes Eckhart (*Maître Eckhart*, 1260-1327), Nicolas de Cuse (1401-1464), Giordano Bruno (1548-1600), Baruch Spinoza (1632-1677), Hannah Arendt (1906-1975), Emmanuel Levinas (1905-1995), Paul Ricœur (1913-2005) ou Michel Henry (1922-2002).

²⁷² Jean-François MALHERBE, *Tendre l'oreille à l'inouï*, op. cit., chap. IV, « Eckhart », pp. 125-153, chap. « Laisser naître le Sujet ».

²⁷³ Jean-François MALHERBE, notes de cours de Maria-Grazia Vilona.

Cette autonomisation ne peut se faire que dans le respect de notre *liberté* de sujets ; celle-ci, à son tour, ne se déploie pleinement qu'une fois ancrée à la fois dans le « for intérieur » de la personne, qui ouvre sur sa surprenance et sa dimension infinie, et dans sa relation à l'autre ; l'autonomie, dans le sens où je l'entends, se distingue donc radicalement de l'autarcie, et rejoint ce que Jean-François Malherbe a nommé « l'autonomie réciproque »²⁷⁴. L'homme accompli se révèle ainsi à la fois différent du héros romantique isolé ne devant rien à personne et de l'individu conditionné par son milieu : en chemin vers Qui il est *sous le regard* de l'autre. Il n'est alors plus de sujet face à son objet, mais deux sujets qui se révèlent l'un à l'autre, littéralement se découvrent pour tendre vers un espace commun permettant ce dévoilement sans fin, qui ne se ferme pas sur une unité fusionnelle, à condition que chacun soit irréductible à l'autre et alimente la relation de manière autonome. L'éthique de l'autonomie du sujet se révèle ainsi proprement transdisciplinaire en ce qu'elle se fixe pour but de trouver une harmonie – à un niveau supérieur de réalité – entre deux irréductibles, assumés pour tels dans le niveau de réalité inférieur. se situe en amont de tout agir humain, dans une réflexion transversale faisant appel à un « niveau de réalité » supérieur, celui du sens de nos actes et de notre responsabilité à la fois personnelle et collective.

Définition de l'éthique en regard de l'autonomie du sujet

Qu'est-ce que l'éthique ? Si l'on revient aux sources, l'éthique n'est autre que la recherche de l'approche appropriée permettant la vie en commun, qui passe par l'apprentissage de la vie en bonne intelligence avec soi-même. Elle exige un travail intérieur, librement assumé.

Pour Jean-François Malherbe, à qui l'on doit sans doute la meilleure définition de l'éthique dans la tradition de l'autonomie du sujet, l'éthique est « *le travail que je consens à faire avec les autres sur le terrain, pour réduire, autant que faire se peut, l'inévitable écart entre mes valeurs affichées et mes pratiques effectives* »²⁷⁵.

Penchons-nous un instant sur cette définition. La notion de « travail » doit être entendue dans le sens maïeutique qu'on lui donne dans l'expression de « femme en travail », puisqu'il s'agit littéralement, comme Socrate l'indiquait déjà en son temps, d'accoucher de soi-même²⁷⁶, ou encore dans le sens spirituel que Gurdjieff lui donnait : travail sans relâche sur soi-même, en vue de percer les voiles illusives auxquels « l'homme extérieur » s'identifie. Ce travail est libre, il engage notre liberté et la grandit à la fois, comme le ferait un coup de dés gagnant : c'est un travail où plonger dans l'inconnu et se recevoir procèdent du même mouvement, l'un appelant l'autre sans relâche, éprouvant la confiance. Nul « impératif » ici, mais un choix qui a des conséquences sur le sens de notre vie. Ce travail ne se fait pas seul : il nous appelle

²⁷⁴ Jean-François MALHERBE, *Le Nomade polyglotte*, Érasme, Namur (Belgique) 2003, p. 30.

²⁷⁵ Jean-François MALHERBE, xxx.

²⁷⁶ Maria-Grazia VILONA VERNIORY, Jean-François MALHERBE, *Transmuter la violence en milieu scolaire*, LEP Loisirs et Pédagogie, Le Mont-sur-Lausanne (Suisse) 2010, pp. 14-16.

dans notre relation aux autres, et dans notre relation au monde. Il n'est pas fermé, mais ouvert sur les échos que le monde extérieur peut éveiller en nous. Il est écoute de la vie : une fois que nous avons choisi ce travail, c'est le travail qui nous conduit. Puisqu'il a pour principale fonction, dans un premier temps, de nous apprendre que nous ne savons pour ainsi dire rien de Qui nous sommes, il ne convient pas de tenter d'en diriger le cours alors que nous ne savons même pas où nous devons nous rendre. L'« inévitable écart » qu'il s'agit de réduire fait référence à l'éthique de finitude, qui passe par l'acceptation active de notre condition humaine, laquelle, pour Jean-François Malherbe, est à la fois finitude, incertitude et solitude²⁷⁷. L'éthique nous invite, face à ce travail sans fin, à l'accomplir néanmoins « autant que faire se peut » : une école du sens tout d'abord, qui nous rappelle qu'il n'est pas plus vain qu'il ne peut être achevé : le travail sur soi-même s'ouvre sur un horizon à la mesure de Qui nous choisissons de devenir, il n'a rien de la tâche récurrente et fermée sur elle-même d'un Sisyphe. Une école de la responsabilité ensuite : face à une tâche aussi considérable, il est essentiel de ne tenter que ce qui est de notre ressort. Ne faire que ce qui est en notre pouvoir, mais le faire avec intégrité. Trouver sa place. Quant à l'opposition entre les valeurs affichées et les pratiques effectives, elles reprennent la complémentarité que Maître Eckhart relevait entre l'homme intérieur et l'homme extérieur, tout en nous enseignant, au cours de cet apprentissage de nous-mêmes, que les valeurs que nous annonçons au monde ne sont pas toujours nôtres, en d'autres termes ne sont pas toujours celles que notre nature profonde appelle.

À présent que nous avons entrevu le programme de l'éthique de l'autonomisation du sujet, regardons de plus près en quoi elle s'avère par nature transdisciplinaire.

Transdisciplinarité de l'éthique

Une fois dégagée la définition essentielle et transversale de l'éthique, il convient de se demander quelle place elle devrait avoir dans la vie et la société humaines.

Transdisciplinarité et unité du sujet

Nous avons vu que la finalité de la transdisciplinarité est d'assurer l'unité de la connaissance²⁷⁸, en abordant l'analyse de la complexité par une restitution de l'« unité différenciée » du réel. Cette unité de la connaissance n'est pas seulement rendue possible du côté de son objet par la présence du Tiers Caché. Elle implique aussi un recentrage fondamental autour du « point ontologique unifiant » de la démarche transdisciplinaire : l'unité du sujet²⁷⁹. Ce n'est du reste pas seulement l'unité du sujet qui induit celle de la connaissance : nous verrons par la suite combien les deux ne font

²⁷⁷ À propos de ces trois notions, qui jalonnent tout l'œuvre de Jean-François Malherbe : Jean-François MALHERBE, *Sujet de vie ou objet de soins ?*, op. cit., pp. 54-56.

²⁷⁸ Basarab NICOLESCU, *La Transdisciplinarité*, op. cit., p. 27.

²⁷⁹ Conversation avec Jean-François Malherbe du 09.03.2011 à Mézières (Suisse).

qu'un dans un niveau de réalité supérieur et combien le sujet unifié par son exigence d'intégrité et le Tiers Caché s'avèrent proches²⁸⁰.

L'unité du sujet suppose la cohérence de ses actes à la fois entre eux et par rapport aux valeurs qu'il affiche ; c'est ce travail, précisément, que nous invite à faire l'éthique de l'autonomie du sujet, si bien que l'éthique, ainsi conçue, ne peut pas se donner à connaître comme une simple discipline, mais s'avère de nature proprement transdisciplinaire. L'ensemble de l'agir humain est convoqué par elle, si bien que les disciplines, comprises comme cadres d'une démarche *active* et *intentionnelle* de connaissance, relèvent nécessairement de l'éthique ; elle réalise ainsi leur unité profonde et réduit à néant les démarches antérieures de certaines disciplines constituées précisément pour s'en affranchir. En ce sens, refuser d'identifier la démarche éthique à la méthode et au langage d'une seule discipline isolée, c'est refuser le découpage irrémédiablement *objectifiant* de la réalité, et donc de l'homme, que l'approche disciplinaire entraîne ; c'est en somme se donner les moyens de sa propre liberté d'être humain.

Pour n'avoir pas admis ce regard nécessaire de l'éthique sur leurs activités, les « sciences humaines » ont perdu l'apport critique qu'elle pouvait leur offrir sur leurs pratiques. C'est ainsi qu'elles n'ont pas vu les apories qu'elles cautionnaient dans leurs recherches sur la motivation : croyant vérifier objectivement les thèses de l'égoïsme psychologique, l'éthique nous montrera que leur approche s'avère non seulement biaisée, mais également source d'un conditionnement délétère des sujets, qui les conduit à renoncer aux potentialités qui les habitent²⁸¹. S'il sert dans un premier temps les gouvernants – tant politiques qu'économiques –, ce renoncement fondamental à devenir Qui nous sommes porte préjudice à la société civile tout entière et cautionne les systèmes fondés sur le principe du tiers exclu. Ceux-ci nous présentent une personne appelée à se construire par elle-même contre tous (Thomas Hobbes) ou construite exclusivement par ses relations, l'une et l'autre options nous renvoyant en somme l'image d'une individualité construite au risque de son identité, que ce soit par indigence intérieure ou par dilution, et surtout au risque de sa « surprenance » et de sa transcendance. Redonner à l'éthique sa véritable place constituera donc les prolégomènes de ma démarche ; il s'agira ensuite de reconsidérer la personne humaine, ses limites comme le foyer de sa dignité, avant d'envisager comment lever les paradoxes qui nourrissent la conception occidentale de l'individualité, qu'il s'agisse de la thèse de l'égoïsme psychologique ou celle de l'altruisme sacrificiel.

Place de l'éthique

L'éthique ne se définit-elle pas comme une réflexion sur l'agir humain souhaitable ? Appliquée aux disciplines théoriques, elle est ainsi appelée à prendre en charge la relation des praticiens à leur propre activité, considérée *en tant qu'agir humain*.

²⁸⁰ voir ci-dessous, chap. « Le fonds sans fond – L'autonomie du sujet », pp. 137 ss

²⁸¹ Voir ci-dessous, chap. « Réfutation de l'égoïsme psychologique », p. 117 ss.

Appliquée aux disciplines pratiques, l'éthique considère de surcroît leur domaine même, dans la mesure où ce dernier traite directement de l'agir humain. Ce faisant, investie de la place prééminente que le capitalisme accorde à une économie autojustificatrice des actions humaines, l'éthique pourrait jouer dans ce domaine un rôle réel et critique, bien éloigné de la « cosm'éthique » ou du rôle de « faire-valoir » auxquels le monde de l'entreprise la confine habituellement. En reconnaissant à l'éthique la tâche de nous aider à fixer les fins, Gilles Voyer analyse sans concessions les conséquences que ne manque pas d'entraîner la place prépondérante que nous accordons actuellement à l'économie sur l'éthique, l'empêchant d'aborder sérieusement et à la source les difficultés rencontrées par la société civile :

« Lorsque l'économie entreprend de fixer les fins au lieu de se limiter à ce qui lui revient, c'est-à-dire fixer les moyens, alors "agir de manière éthique" devient malheureusement quasi synonyme d'agir selon le moindre mal. »²⁸²

L'éthique de l'autonomie du sujet devrait de plein droit se voir reconnue en tant que tronc de toutes les disciplines à vocation pratique et de tous les champs d'action, puisque son propos est précisément de guider l'homme dans ses actions, ainsi que de l'aider à se déterminer, à travers ses actions, non seulement par rapport à Qui il est, mais aussi à ses actes et à ceux qu'ils impliquent. Cette position prééminente est justifiée par le fait que le *sens* de l'action et de la vie humaine doivent précéder l'action consciente, et que toute action humaine, pour être humaine, doit être consciente. En d'autres termes, il s'agit d'entendre « vie humaine » avant tout dans le sens de « destinée » plutôt que de « vie biologique », comme nous le verrons par la suite avec Michel Terestchenko²⁸³. En ce sens également, l'éthique de l'autonomie du sujet est une éthique de l'*être*, qui peut d'autant mieux orienter le faire qu'elle porte sur l'être.

L'éthique ainsi comprise devrait occuper une place prééminente par rapport au droit, à l'économie, à la finance, à la politique et, de manière générale, à toutes les *disciplines du sujet*. Bien que les « sciences humaines » prétendent étudier objectivement l'activité humaine et donc échapper au champ de l'éthique, leurs tentatives d'explications des comportements observés, et la condition même de l'observation, elles, n'échappent pas au champ de l'éthique ; c'est à ce titre qu'elle devrait avoir priorité dans l'approche de ces domaines de connaissance. En outre, une observation « objective » du sujet, quoique possible, perd tout sens et tout intérêt dès qu'elle prétend atteindre à une connaissance du sujet en tant que tel, c'est à dire non pas dans ses choix *passés*, voire *conditionnés*, mais dans ses choix *possibles*²⁸⁴. C'est la seule voie envisageable pour permettre aux disciplines du sujet de se construire autrement qu'en un système fermé,

²⁸² Gilles VOYER, *Pour une éthique du raisonnable*, Fides, Montréal 2007, p. 70.

²⁸³ Voir ci-dessous, chap. « Assise du sens moral », pp. 124 ss.

²⁸⁴ Voir ci-dessus, partie 02 (« De l'épistémologie du droit à la méthodologie transdisciplinaire »), chap. « la "sujéité" », pp. 62 ss.

et de se comprendre comme une réflexion constamment ouverte sur les potentialités. À ce titre, Socrate peut être proposé comme « modèle » éthique.

La personne, si mal connue

En Occident, la reconnaissance de l'auteur comme figure sociale et celle d'un droit positif spécifique en sa faveur semblent associées à l'émergence progressive de l'individualisation²⁸⁵. Mais il ne faudrait pas confondre la reconnaissance de cette figure, à l'origine de ce que André-Jean Arnaud appelle « l'accession à la positivité »²⁸⁶, avec le rôle effectif de l'auteur dans la production de l'œuvre, qui relève de la nature profonde de la personne en tant que *sujet* et remonte au Paléolithique. En d'autres termes, si la reconnaissance du droit d'auteur en tant que droit positif a trait à la figure de l'auteur, la justification de ce droit tient, pour la thèse personnaliste, au lien particulier qui s'établit entre le « fonds propre » de l'auteur et son œuvre.

Il semble donc capital de s'interroger sur la notion même de *personne*. Or chercher à connaître le « foyer intérieur » de la personne revient à se demander ce qui, au-delà de ses dimensions psychique et physiologique – essentielles mais non suffisantes –, constitue son ancrage. En d'autres termes, en référence à la sujété, qu'est-ce qui caractérise l'homme comme source au moins partielle de son propre « être au monde »²⁸⁷ et lui permet de s'individualiser, non plus à l'échelle de la reconnaissance sociale, mais à celle de l'individu lui-même, au cours de son existence ? Si l'on s'interroge sur la construction de l'identité de la personne et sur le rôle qu'y joue la relation à l'autre, il devrait être possible d'établir un parallèle en matière de création, l'auteur composant entre les nécessaires emprunts à sa culture environnante et ce qu'il sent devoir exprimer de son propre fonds. La réponse à ces questions nous permettra de déterminer s'il convient de protéger l'œuvre de manière absolue, dans le moindre de ses éléments, comme le voudrait l'idéologie romantique, ou plutôt dans le « fil rouge » que l'auteur aura su tracer en filigrane au sein d'une matière déjà traitée par ses prédécesseurs. Il sera alors possible d'ajuster la protection qui lui est accordée et d'éviter que celle-ci n'entrave l'émergence des œuvres à venir.

Le paradoxe de la personne

La notion même de personne est l'objet de profondes contradictions, fruits d'une logique fondée sur l'exclusion du Tiers. Mais ces apories ne sont pas récentes. Dans l'histoire de la pensée, la notion de personne balance entre un essentialisme isolant et excluant, voire tautologique, désireux d'asseoir l'identité au risque de sa richesse et de

²⁸⁵ Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit., p. 11 ; Hélène MAUREL-INDART, *Du Plagiat*, Presses Universitaires de France, coll. Perspectives critiques, Paris 1999, p. 115.

²⁸⁶ André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, vol. 1, op. cit., cité par Michel MIAILLE, *La Critique du droit*, op. cit., p. 80, note 17.

²⁸⁷ Voir ci-dessus, partie 02 (« De l'épistémologie du droit à la méthodologie transdisciplinaire »), chap. « La sujété », pp. 62 ss.

sa surprenance, et une ouverture à l'autre au risque d'une dilution dans ses multiples relations. Dans la première perspective, le « fonds » apparaît fermé autant que figé, prenant l'allure d'un « cul-de-sac », là où la seconde le réduit à un nœud relationnel déterministe, supposé à la fois expliquer sa dynamique évolutive et éventer son caractère mystérieux. Essentialisme comme relativisme, cependant, soumettent la personne à un principe unique d'explication. N'existe-t-il pas une troisième voie capable de rendre compte à la fois de la source infinie de surprises que représente le sujet et de l'héritage qui est le sien ? Une voie qui tiendrait pour essentiel l'équilibre résultant des deux pôles que sont le *for intérieur* de la personne et le *regard* que l'autre pose sur elle ?

Ces contradictions peuvent être mises en lumière d'une manière plus parlante une fois rapportées à la question de la motivation. Trois approches s'affrontent. Pour les tenants de l'égoïsme psychologique, l'individu, même lorsque ses motivations semblent altruistes, poursuit en réalité son propre intérêt. Adam Smith adopte une approche plus nuancée : il existerait selon lui non pas un, mais deux moteurs des actions individuelles : l'*intérêt propre*, ou « amour de soi », associé à l'instinct de conservation, et la *sympathie*, ou intérêt que nous portons aux autres et à ce qui leur arrive ; cette dualité avait déjà été défendue par David Hume avant lui, bien qu'Adam Smith semble avoir donné un sens plus riche que son prédécesseur à cette notion de sympathie²⁸⁸. Il convient de noter – le point est essentiel – que chez ces auteurs ces motivations se trouvent en opposition, supposant deux principes alternatifs plutôt que complémentaires ou convergents. La troisième approche est celle présentant l'altruisme comme sacrificiel : pour elle, le souci de l'autre passe nécessairement par l'abnégation de soi, ainsi que la morale occidentale et la tradition chrétienne l'ont enseigné de manière presque unanime²⁸⁹. Pour toutes ces approches cependant, privilégier l'un des deux pôles que sont l'intérêt personnel et l'intérêt d'autrui ne peut se faire qu'aux dépens de l'autre, si bien que l'Autre n'est pas perçu comme un *regard* dont la qualité m'invite et m'aide à trouver le mien, mais comme une *influence* subie qui me transforme en ce qu'il est. Il ne s'agit dès lors ni d'écarter la transcendance par sacrifice aux modes contemporaines, ni de minimiser l'importance du vis-à-vis et des relations sociales dans la construction de la personne, mais de veiller à maintenir une tension entre ces deux pôles.

Paradoxe de l'égoïsme psychologique

La doctrine néoclassique formulée voilà plus de trois siècles par Thomas Hobbes (*Léviathan* – 1651), François de La Rochefoucauld (*Maximes et sentences* – 1664) et Bernard Mandeville (*La fable des abeilles* – 1714), puis reprise par Jeremy Bentham (*Une introduction au principe de morale et de législation* – 1789) défend l'idée que les conduites véritablement altruistes et désintéressées n'existent pas, et que l'unique ressort de l'agir humain est le souci de son propre profit. Ce principe ne connaîtrait à

²⁸⁸ Michel TERESTCHENKO, *Un si fragile vernis d'humanité*, op. cit., p. 13.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 17.

l'en croire *aucune* exception, à telle enseigne qu'un comportement altruiste ne peut l'être qu'en apparence et cache *nécessairement* une visée égoïste, la satisfaction d'un intérêt personnel. Cette thèse désabusée – ou acharnée à douter de l'homme – qui n'est pas sans rappeler la méfiance d'Immanuel Kant dans la nature humaine en matière de morale – est celle de l'*égoïsme psychologique*. Elle domine encore aujourd'hui les « sciences humaines » et fonde toujours l'idéologie néolibérale lorsque celle-ci soutient qu'en économie les individus ne cherchent qu'à maximiser leur propre utilité²⁹⁰. Il s'agit d'ailleurs davantage ici de suspicion que de doute, le premier renvoyant à un *fond mauvais* dont le second est étranger²⁹¹. Or la question de la motivation ne peut qu'avoir des conséquences sur la vision de l'homme que l'on en tire : si l'individu n'est en réalité mu que par son propre intérêt, c'est que son *fonds* peut être identifié à son *moi* (ou « *ego* »). On peut alors faire l'économie de tout le reste. Mais en est-il réellement ainsi ?

Les penseurs du XVII^e siècle français, tels que Blaise Pascal et François de la Rochefoucauld, sont très marqués par l'augustinisme, une lecture d'Augustin d'Hippone insistant sur l'opposition que le Père de l'Église établit entre la Cité terrestre d'une part, où règne « l'amour de soi jusqu'au mépris de Dieu », et la Cité du Ciel d'autre part, où règne « l'amour de Dieu jusqu'au mépris de soi »²⁹². Cette vision très contrastée de la réalité, d'origine platonicienne, nourrit l'opposition de la raison – qui relève des Idées – aux passions – que l'on rattache au monde sensible. L'approche de Bernard Mandeville et de l'école dite de l'*égoïsme psychologique* s'inscrit dans le contexte de l'époque, qui cherchait à dépasser cette opposition classique de la raison aux passions, mais aussi sans doute la nécessaire hypocrisie qu'engendrent les préceptes augustinien, puis jansénistes. Constatant l'impuissance de la raison à dominer à elle seule les passions, le XVII^e siècle imagina combattre certaines passions par d'autres, suffisamment élevées pour pouvoir se retrouver associées à la raison tout en bénéficiant de la vitalité des mouvements passionnels²⁹³. Ce seront les *intérêts* qui joueront ce rôle, entendus dans leur sens égoïste ; à travers cette notion d'égoïsme, Adam Smith assimile, outre l'instinct de conservation, l'accomplissement de soi²⁹⁴ et la vanité qui nous y pousse, soumettant cet accomplissement au seul jugement des autres. Partant de la constatation de David Hume, selon laquelle la passion ne peut être vaincue que par la passion²⁹⁵, Adam Smith juge l'intérêt si « dépassionné » qu'il se

²⁹⁰ Concernant le fondement moral de la thèse de l'égoïsme psychologique et ce qu'elle a permis aux libéraux d'en déduire quant à l'autoréférence de l'économie, voir ci-dessous, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « Origine morale d'une idéologie économique », pp. 199 ss.

²⁹¹ Michel TERESTCHENKO, *Un si fragile vernis d'humanité*, op. cit., p. 53.

²⁹² Augustin d'Hippone, *La Cité de Dieu*, XIV, 28, 1.

²⁹³ Philippe SIMONNOT, *L'Erreur économique*, op. cit., pp. 168-170.

²⁹⁴ François DERMANGE, *Le Dieu du Marché – Éthique, économie et théologie dans l'œuvre d'Adam Smith*, Labor et Fides, coll. Le Champ éthique, Genève 2003, p. 67 ; voir aussi note 79, p. 93, qui range l'instinct de conservation et le désir d'améliorer sa condition dans l'amour propre.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 57

trouve souvent oublié lorsqu'on dresse le catalogue des passions²⁹⁶ ; s'il n'est pas aussi irréprouvable que l'instinct vital ou aussi intense que la colère, sa constance en fait pourtant un puissant trait de la psychologie humaine. L'intérêt égoïste cesse ainsi d'être un péché pour devenir un allié de la raison, servant l'intérêt de tous.

François de La Rochefoucauld, en se proposant de « démasquer les illusions de la vertu », n'aura de cesse de « mettre au jour la loi secrète et universelle de l'égoïsme » qui, selon lui, anime toute entreprise humaine²⁹⁷. Avec les moralistes du XVII^e siècle, le doute radical fait son apparition en éthique : désormais, la pureté de l'intention morale ne peut plus être prouvée, parce qu'elle dissimule *par principe* « une stratégie de l'intérêt »²⁹⁸. Mais chez François de La Rochefoucauld, la notion d'*intérêt* ne se limite pas aux questions matérielles : elle s'étend à la recherche de la gloire et de l'estime des hommes, que commande la défense de son propre honneur²⁹⁹. Pour le moraliste français, les exigences de l'amour-propre et sa soif de reconnaissance vont bien au-delà d'une poursuite de son propre bien, puisqu'elles peuvent pousser l'individu à sa propre destruction et le soumettent radicalement au regard des autres, au point qu'il se trouve « dépossédé de toute conscience originaire de soi »³⁰⁰. C'est ainsi que nous serions tous livrés aux caprices d'un amour-propre poursuivant aveuglément une fin distincte du moi qu'aucune rationalité immanente ne vient orienter : pour François de La Rochefoucauld, « le moi n'est pas maître dans sa propre maison »³⁰¹. L'être humain apparaît dépourvu de tout fonds et de toute consistance autre que le reflet incertain et fugace qu'autrui lui renvoie de lui-même ; jeu de dupes où chacun – jusqu'aux plus puissants – dépend de l'approbation de tous les autres³⁰². Dès ses premiers moments, la thèse de l'égoïsme psychologique conduit donc au paradoxe d'un moi dont l'enflure le conduit à se rendre esclave du regard que les autres portent sur lui et, dépourvu de toute identité propre, de toute « subjectivité singulière », à trahir une « formidable propension à obéir, à se taire, à faire ce qu'on lui demande, à négocier ou à accepter des compromis », bref, à devenir l'objet de toutes les manipulations³⁰³.

Il en est à peu de choses près de même chez Adam Smith qui, outre l'instinct de conservation, assimile à l'égoïsme le désir d'améliorer sa condition dans l'amour-

²⁹⁶ Adam SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, Guillaumin, Paris 1860 [1759], partie VI, section 3, chap. 3, cité par François DERMANGE, *Le Dieu du Marché*, op. cit., p. 67.

²⁹⁷ Michel TERESTCHENKO, *Un si fragile vernis d'humanité*, op. cit., p. 25.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 27.

²⁹⁹ François de LA ROCHEFOUCAULD, *Sentences et maximes de morale*, dans *Œuvres complètes*, coll. La Pléiade, Gallimard, Paris 1964, p. 402, cité par Michel TERESTCHENKO, *Un si fragile vernis d'humanité*, op. cit., p. 28.

³⁰⁰ Michel TERESTCHENKO, *Un si fragile vernis d'humanité*, op. cit., p. 29.

³⁰¹ *Ibid.*, pp. 31-34.

³⁰² *Ibid.*, p. 39.

³⁰³ *Ibid.*, p. 41.

propre et la vanité³⁰⁴, soumettant l'accomplissement de soi au seul jugement des autres. Sur le chemin qui mène de l'amour de soi au souci de l'autre, Adam Smith montre l'importance de l'approbation des tiers dans la formation d'une image de soi que l'on voudrait à la fois positive et impartiale, et de l'intérêt personnel que l'on porte donc à leur plaisir³⁰⁵. On peut juger ici des multiples réductions qu'a dû opérer le libéralisme pour, partant de la pensée des moralistes du XVII^e siècle, parvenir à sa vision simpliste de l'*Homo æconomicus*, en limitant l'amour-propre à un égoïsme lui-même borné à la poursuite rationnelle de l'intérêt privé, ce dernier étant à son tour restreint aux seuls biens matériels³⁰⁶.

Pour sortir de ce paradoxe d'une personne censée tout ramener à elle alors que le noyau même de son intérêt se dissout dans la poursuite de chimères qui le révèlent relatif au jugement d'autrui, Michel Terestchenko s'est interrogé – toujours sous l'angle de la motivation – sur les différences qui séparent les bourreaux de ceux qui leur résistent. Il a pour ce faire sondé l'expérience de nombreux acteurs de la Seconde Guerre mondiale, bourreaux comme « justes parmi les nations », afin de dégager les mécanismes qui se mettent en place face à la douleur des autres et de pouvoir trouver une assise réaliste au principe moral, même lorsque l'individu est confronté, comme ce fut le cas dans ces périodes historiques, à de fortes contraintes extérieures³⁰⁷. Le philosophe a ensuite interrogé plusieurs expériences effectuées dans le domaine de la psychologie sociale, afin de compléter son approche.

Réfutation de l'égoïsme psychologique

Nous avons vu que la théorie de l'égoïsme psychologique prétend que, quelles que soient les apparences, l'égoïsme est la motivation ultime de *toutes* les actions humaines. L'altruisme, au contraire, n'affirme pas que toutes les actions humaines seraient désintéressées, ce qui lui permet d'admettre qu'il n'y a rien d'étonnant à ce que la plupart de nos actions soient menées dans notre propre intérêt, certains de nos actes altruistes pouvant être menés *à la fois* dans le souci de l'autre et dans notre propre intérêt, pour autant que le bénéfice personnel n'ait pas été la « fin ultime » de l'action³⁰⁸. En d'autres termes, l'altruisme s'ouvre à une conception pluraliste et admet que « la recherche du bien des autres n'est pas *incompatible* avec l'existence de quelque satisfaction ou rétribution personnelles »³⁰⁹. Il suffit donc, pour écarter les thèses de l'égoïsme psychologique, de trouver ne fût-ce qu'une seule action altruiste au

³⁰⁴ François DERMANGE, *Le Dieu du Marché*, op. cit., p. 67 ; p. 93, note 79.

³⁰⁵ *Ibid.*, pp. 55-60.

³⁰⁶ Michel TERESTCHENKO, *Un si fragile vernis d'humanité*, op. cit., p. 36.

³⁰⁷ Plus que sur le cas d'Adolf Eichmann, rapporté par Hannah Arendt dans *Eichmann à Jérusalem*, Michel Terestchenko développe sa réflexion à partir des confessions de Franz Stangl, commandant de Treblinka, recueillies par Gitta Sereny, de l'action altruiste de Raoul Wallenberg et de Giorgio Perlasca, ainsi que de l'exemple donné par André et Magda Trocmé.

³⁰⁸ Michel TERESTCHENKO, *Un si fragile vernis d'humanité*, op. cit., p. 195.

³⁰⁹ *Ibid.*, pp. 193-194 ; c'est l'auteur qui souligne.

sens *pluraliste* du terme, une action qui ne soit pas qu'« un *moyen* en vue de la réalisation d'un intérêt propre »³¹⁰. Michel Terestchenko montre que l'aide apportée à autrui par les personnes empathiques ne répondent pas au *besoin* que les thèses de l'égoïsme psychologique voudraient voir en elles : ainsi Magda Trocmé précisait très clairement ne *pas* rechercher d'occasions d'aide, mais se sentir concernée par celles qui venaient à elle. Que l'altruisme ne soit pas uniquement motivé par la quête du plaisir de devenir l'objet d'un sentiment de gratitude de la part d'autrui ou de bénéficier tôt ou tard d'une réciprocité se vérifie déjà par la nature même de la gratitude, qui doit être sans attente pour *toucher* le bienfaiteur, et dont l'expression ne le comble que s'il considère son protégé comme son égal, faute de quoi il n'éprouvera aucune satisfaction à l'accueillir³¹¹. En d'autres termes, le *plaisir* du don ne vient qu'à celui qui n'en attend pas. Comment par ailleurs prétendre s'inquiéter de l'autre s'il ne nous *concerne* d'aucune façon ? S'il est vrai, comme nous allons le voir, que la relation à soi est la condition même de toute relation à l'autre possible, prétendre qu'une action n'est altruiste que si elle ne nous concerne en *rien* relève de l'impossibilité, voire du non-sens.

Mais le premier « défaut épistémologique majeur » de la thèse de l'égoïsme psychologique tient à ce que qu'elle prétend mettre l'altruisme en *devoir* de se justifier. Il y a là toutefois un renversement de la charge de la preuve tout à fait surprenant et parfaitement infondé : nos jugements éthiques reposent sur une confiance *originnaire* en vertu de laquelle l'apparence de nos actes reflète bien les intentions qui les animent. L'examen critique d'un acte reste nécessairement *second*. C'est dès lors à la thèse de l'égoïsme psychologique qu'il revient de devoir se justifier³¹². La thèse de l'égoïsme va cependant plus loin. Elle met l'altruisme non seulement en *devoir* de se justifier, mais même dans l'*impossibilité* de le faire : quelque louables que soient les apparences de l'action altruiste, l'égoïsme psychologique se gardera d'y voir un mouvement soucieux du bien d'autrui, même s'il ne parvient pas à déceler où se dissimule l'artifice. Ce parti-pris que rien ne peut réfuter, vu la logique du soupçon qui est la sienne³¹³, rend *irréfutables* (d'aucuns diraient « infalsifiables ») les « sciences humaines » qui s'en réclament, et, de l'aveu même de Karl Popper, fait d'elles des disciplines qui ne sont *pas scientifiques* :

« "Toutes les actions humaines sont égoïstes, motivées par l'intérêt." Cette théorie est très répandue : il en existe des versions dans le béhaviorisme, la psychanalyse, la psychologie individuelle, l'utilitarisme, le marxisme vulgaire, la pensée religieuse et la sociologie de la connaissance. Or il est clair que cette théorie, et avec elle toutes ses variantes, n'est pas falsifiable : aucun exemple d'action altruiste ne peut réfuter l'idée selon laquelle il existe une

³¹⁰ *Ibid.*, p. 196.

³¹¹ *Ibid.*, pp. 58-59.

³¹² *Ibid.*, p. 205 ; p. 53 ; p. 14.

³¹³ *Ibid.*, p. 193.

motivation égoïste cachée. »³¹⁴

En questionnant la relation sous l'angle qui est le leur, les thèses de l'égoïsme psychologique posent surtout le *moi* – l'*ego* – comme principe unique et fondamental de la personne, réduisant l'être humain à sa seule dimension psychologique et la *conscience de vivre* à une simple *conscience de soi*³¹⁵. Elles conduisent ainsi à une aporie : que penser en effet des actions altruistes où l'on risque sa vie pour l'autre ? Les tenants de l'égoïsme objecteront que cette action rapporte sans doute à celui qui l'accomplit un bien supérieur à sa vie biologique en balance. Mais comment considérer qu'il puisse exister un bien supérieur à la vie biologique lorsqu'on réduit l'être humain au *moi* ? Le *moi* est en effet indissociable de la vie corporelle et s'éteint avec elle. *Même sous forme de simple croyance, la notion de « vie après la mort » place les « intérêts » poursuivis par le sujet sur un autre registre que celui où se tient résolument l'égoïsme, si bien que cette idéologie, après avoir réduit la personne au moi, ne peut pas prétendre y voir un « intérêt personnel ».* La motivation égoïste est ainsi prise en défaut, et nous devons admettre que les motivations humaines échappent à la perspective moniste de l'égoïsme psychologique.

Critique de l'altruisme sacrificiel

Les théories défendues par l'altruisme sacrificiel, qui veulent qu'une action ne soit altruiste que si elle est effectuée *aux dépens* de celui qui agit, sont tout aussi critiquables. Après avoir été défendue par la plupart des religions, cette vision a été récemment défendue par les thèses de René Girard afin de s'opposer aux thèses de l'égoïsme psychologique³¹⁶.

Ce faisant, alors que l'altruisme sacrificiel se présente comme l'exact opposé de l'égoïsme psychologique, il présente avec lui de troublantes similitudes. Ainsi les deux mouvements se révèlent-ils *monistes* plutôt que pluralistes. Et tous deux dénotent la même suspicion à l'égard de la nature humaine. En effet, alors que l'égoïsme se méfie fondamentalement des apparences des gestes les plus charitables et de l'approbation sociale qu'ils suscitent intuitivement, l'altruisme sacrificiel entend combattre cette même nature par le sens du sacrifice qu'il défend. L'altruiste, lui, s'engage sur la base d'une confiance radicale en son *fonds* intime :

« Le fait pour l'altruiste de suivre ses impulsions, de faire confiance à ses sentiments, d'accorder ses actes avec les émotions empathiques qu'il éprouve n'est possible que si ce qui vient du fond de lui-même est compris comme n'étant pas par nature *mauvais* ou corrompu. »³¹⁷

³¹⁴ Karl POPPER, *Le réalisme et la science*, Hermann, Paris 1983, p. 2, cité par Michel TERESTCHENKO, *Un si fragile vernis d'humanité*, op. cit., p. 205, note 5.

³¹⁵ François FLAHAULT, « *Be yourself !* » *Au-delà de la conception occidentale de l'individu*, (ci-après : *Be yourself !*), Mille et une nuits, coll. Essais, Paris 2006.

³¹⁶ René GIRARD, *Des choses cachées depuis la création du monde*, entretiens avec Jean-Michel Oughourlian et Guy Lefort, Laffont, Paris 1978.

³¹⁷ Michel TERESTCHENKO, *Un si fragile vernis d'humanité*, op. cit., p. 235.

Égoïsme et altruisme sacrificiel, enfin, semblent tous deux incapables de concevoir une nature humaine portée et réalisée *à la fois par le souci de soi et celui de l'autre*. Or telle est la position qui va être à présent défendue à propos de la nature humaine. Mais l'idée d'une action à la fois portée par le souci de l'autre et par celui de son propre intérêt suppose une notion de la personne et de son intérêt véritable bien différentes de celles véhiculées par la thèse égoïste ou par celle de l'altruisme sacrificiel. C'est dès lors à la recherche de son ancrage que nous allons partir.

Un sens moral parfois suspendu

Michel Terestchenko montre que, tant les témoignages de la Seconde guerre mondiale que les expériences de psychologie sociale menées depuis ne témoignent en aucun cas d'une absence de sens moral, mais plutôt de sa *suspension* en certaines circonstances. Ces circonstances relèvent de trois causes principales : la soumission à l'autorité, la soumission au groupe et la dilution de la responsabilité en présence d'un groupe.

□ La soumission à l'autorité

Le destin de Franz Stangl, ancien commandant du camp de Treblinka, donne un aperçu du processus apparemment progressif de la soumission à l'autorité : aucune étape n'est vécue par l'intéressé comme décisive, et, sur le moment, il ne semble pas qu'il lui soit possible de voir jusqu'où la chaîne de compromissions va le conduire. En apparence, le mécanisme semble pouvoir être interrompu en tout temps, mais, si l'on quitte la dimension du récit et la discontinuité des étapes qu'il suggère pour rejoindre la réalité psychologique, on se rend compte qu'à moins d'un miracle le sursaut ne surviendra jamais :

« Tout manipulateur – et les nazis étaient passés maîtres dans l'art de la manipulation – sait que celui qui a renoncé à sa liberté de dire non est *déjà* soumis, que le piège est prêt à se refermer sur lui et qu'une fois le *premier* comportement d'obéissance obtenu, le sujet est en quelque sorte "fermé". Celui qui donne son petit doigt est prêt à livrer son bras tout entier. »³¹⁸

Michel Terestchenko insiste donc sur l'« importance décisive du refus d'obéir *dès le début*, de ne pas céder à la moindre exigence »³¹⁹. De fait, la soumission au premier ordre destructeur est souvent beaucoup plus significative qu'elle ne semble sur le coup : elle implique la reconnaissance de « l'autorité » de qui l'ordre émane, et cette reconnaissance en dit long sur les valeurs de celui qui accepte d'obéir, car ce sont ces valeurs qui attribuent un pouvoir à celui qui donne l'ordre. Dès lors, résister à un ordre destructeur suppose que l'on soit en mesure de remettre en question non pas tant l'ordre donné que la source du pouvoir dont est investi celui qui le formule³²⁰, et que

³¹⁸ *Ibid.*, pp. 93-94 ; c'est moi qui souligne.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 94 ; c'est l'auteur qui souligne.

³²⁰ *Ibid.*, p. 129.

Stanley Milgram nomme malencontreusement « l'autorité »³²¹. C'est la leçon principale que l'on peut en tirer des expériences de Stanley Milgram (1960-1963) :

« Le facteur déterminant du comportement est l'autorité bien plus que l'ordre en soi. Les ordres qui n'émanent pas d'une autorité légitime perdent toute leur force. [...] Ce qui compte, ce n'est pas ce qu'ils [les sujets] font, mais *pour qui* ils le font. »³²²

Pour reprendre l'exemple de Franz Stangl, on peut observer que s'il s'est constamment contenté de se soustraire à ses affectations, il n'a pas songé un instant à remettre en question la *légitimité même* du pouvoir nazi. Sa résistance au pouvoir fut donc pour ainsi dire insignifiante. Le fait qu'il n'ait même pas songé à saboter son propre travail, ainsi que son absence constante de remords ou de repentir à l'égard des victimes, le prouvent assez³²³. Sa stratégie d'évitement ne reflète pas la position d'une personnalité marquée, et surtout ancrée. Une fois retiré le masque du rôle et son « éthique » de l'efficacité, reste « un individu sans fond, sans intériorité »³²⁴. La propension de l'homme à se soumettre à l'autorité et à se décharger sur elle de sa propre responsabilité ne doit pas faire illusion : elle ne prouve en rien l'inexistence de la responsabilité individuelle mais montre plutôt dans quelle mesure la conscience de sa propre responsabilité peut être mise en suspens en fonction de la nature et la puissance des mécanismes mis en jeu. Mais la structure « environnementaliste » de la soumission à l'autorité telle qu'illustrée par Stanley Milgram ne doit pas occulter ce qui rend cette soumission possible chez l'individu, à savoir le *vide intérieur* du sujet qui permet à l'autorité reconnue d'acquiescer ce pouvoir. C'est toujours de l'*intérieur* de soi qu'il convient de partir pour trouver la source de nos manipulations possibles. Khalil Gibran, dans son livre *Le Prophète* qu'il n'est pas besoin de présenter, nous conseille de la sorte :

« si c'est un despote que vous voulez détrôner, voyez d'abord si *son trône en vous* est bien détruit. Car comment un tyran peut-il dominer les libres et les fiers, s'il n'existe une tyrannie dans leur propre liberté et *une honte dans leur propre fierté* ? »³²⁵

La notion même d'*obéissance*, à l'instar de la notion de *manipulation*³²⁶, suppose du reste l'absence de toute forme de *contrainte* physique directe : c'est donc volontairement – en apparence du moins – que nous consentons à aliéner notre responsabilité en faveur de l'autorité, si bien que c'est l'origine même de notre

³²¹ En éthique, la notion d'*autorité* – fondée sur le mérite – est souvent l'opposé positif de la notion de *pouvoir* – fondé sur la contrainte et la peur : mieux vaudrait dès lors parler de « pouvoir » que d'autorité, même si Stanley Milgram traite des pouvoirs reconnus comme *légitimes*. C'est donc la reconnaissance du pouvoir qui est ici fondamentale, et qui est tangible dès la première démission.

³²² Stanley MILGRAM, *Soumission à l'autorité – Un point de vue expérimental*, Calmann-Lévy, coll. Liberté de l'esprit, Paris 2004 [1974], p. 133, cité par Michel TERESTCHENKO, *Un si fragile vernis d'humanité*, op. cit., p. 129 ; c'est l'auteur qui souligne.

³²³ Michel TERESTCHENKO, *Un si fragile vernis d'humanité*, op. cit., p. 94.

³²⁴ *Ibid.*, p. 97.

³²⁵ Khalil GIBRAN, *Le Prophète*, Casterman, Paris 1956, chap. sur la liberté, p. 48 ; c'est moi qui souligne.

³²⁶ Voir ci-dessous, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « Manipulation et marketing – Définition de la manipulation », pp. 179 ss.

démission intérieure qu'il convient de comprendre³²⁷. Il est intéressant de constater que Stanley Milgram lui-même va dans le sens d'une cause intérieure de la soumission, au-delà de la simple reconnaissance d'une autorité, puisqu'il distingue les sujets observés en deux catégories selon qu'ils acceptent de se considérer comme *purs instruments* de l'autorité reconnue ou comme *sujets autonomes*, deux conditions bien distinctes qu'il nomme « état agentique » et « état autonome ». Alors que dans l'état agentique l'individu se considère comme l'instrument d'une volonté étrangère, dans l'état autonome il estime toujours être l'auteur de ses actes³²⁸.

L'autorité à laquelle il s'agit de résister peut aussi être de nature économique. Primo Levi, dans *Les naufragés et les rescapés*, compare la soumission à l'autorité dans les *Lager* nazis à celle qui a lieu actuellement « dans les grands établissements industriels » du système néolibéral³²⁹ ; le fractionnement des tâches participe pour beaucoup à la dilution apparente des responsabilités de chacun, et l'on y retrouve de manière répandue la notion d'« état agentique », dans ce milieu où

« les individualités singulières qui acceptent les "règles du jeu" [...] sont comme dissoutes au profit de l'exigence abstraite que formule une instance plus haute, qui transcende les sujets eux-mêmes. [...] Dans le monde économique [il s'agira] de la productivité d'une entreprise en situation de concurrence mondialisée. Ces individualités se perçoivent alors non comme des individualités libres et responsables de leurs actes, et qui en répondent devant leur propre conscience, mais comme les agents d'un "système" qui a ses propres lois objectives et qui exige de chacun qu'il agisse de la manière la plus efficace et la plus rationnelle, indépendamment de ses propres émotions, sentiments ou convictions. »³³⁰

C'est ainsi que l'on peut juger de la force de nos préjugés actuels, où tant peinent à entreprendre une critique fondamentale du capitalisme, pourtant si évidemment inhumain, destructeur et objectifiant, là où la majorité du peuple allemand n'a pas eu le courage dans les années 1930 de remettre en cause les autorités nazies.

□ Soumission au groupe

La soumission au groupe se distingue de la soumission à l'autorité car elle ne s'exerce pas en fonction de contraintes émanant d'un pouvoir – fût-il symbolique. Le *vide intérieur* rend toutefois ici aussi plus difficile le courage de se démarquer du groupe, l'humiliation d'avoir à affronter des regards méprisants ou de passer pour un lâche ou un traître parmi les siens ; un groupe d'autant plus virulent à juger celui qui sort du rang qu'il cherche probablement ainsi à se défendre du regard que cet homme libre lui renvoie³³¹. Cette soumission au groupe – ou conformisme – a été particulièrement mis

³²⁷ Michel TERESTCHENKO, *Un si fragile vernis d'humanité*, op. cit., p. 135.

³²⁸ Stanley MILGRAM, *Soumission à l'autorité*, op. cit., p. 167, cité par Michel TERESTCHENKO, *Un si fragile vernis d'humanité*, op. cit., p. 132.

³²⁹ Primo LEVI, *Les naufragés et les rescapés*, p. 40, cité par Michel TERESTCHENKO, *Un si fragile vernis d'humanité*, op. cit., p. 133 note 6.

³³⁰ Michel TERESTCHENKO, *Un si fragile vernis d'humanité*, op. cit., p. 133.

³³¹ *Ibid.*, p. 116.

en évidence par le psychologue Philip Zimbardo (expérience de la prison de Stanford – 1971)³³². Un des étudiants qui joua le rôle de prisonnier illustre bien le phénomène de dépersonnalisation qu'il suppose :

« Je commençais à sentir que mon identité, la personne que j'étais et qui avait décidé d'aller en prison *était distante de moi*, était éloignée au point de ne plus être elle-même : j'étais le prisonnier 416. J'étais vraiment mon matricule »³³³.

Dans ce cas comme dans celui de Franz Stangl, nous pouvons parler de ce que Michel Terestchenko nomme la « dépossession de l'image de soi »³³⁴. Cet anéantissement de la personnalité est vrai pour les victimes comme pour leurs bourreaux : « tous ont rencontré le chemin de leur propre dépersonnalisation », une dépersonnalisation due à la *vulnérabilité* et la *fragilité* de leur moi, qui reflète « leur peu de capacité à trouver en eux-mêmes la capacité de résister »³³⁵.

□ Dilution de la responsabilité

La douleur de l'autre nous engage. Elle attend une réponse de notre part, une réaction d'aide. C'est ainsi que face à la souffrance d'autrui, le silence constitue déjà une réponse... D'où vient toutefois cette passivité dont nous faisons parfois montre face au spectacle de la douleur des autres ? À la suite d'un fait divers, que la psychologie sociale a retenu sous le nom de « syndrome Kitty Genovese », deux professeurs américains, Bipp Latané et John Darley, ont expliqué la passivité de témoins par le fait que chacun d'eux table sur le fait qu'un autre aura déjà fait le nécessaire avant eux :

« la présence des autres conduit à inhiber l'impulsion à agir. [...] Lorsqu'un seul témoin est présent dans une situation d'urgence, il porte la responsabilité de devoir l'assumer ; il sentira tout le poids de la culpabilité s'il n'agit pas [...]. Si d'autres sont présents, la charge de la responsabilité se diffuse et le doigt du blâme pointe moins directement vers une seule personne. »³³⁶

Le groupe nous incite ici à une forme de passivité qui se distingue de celle qui conduit à *obéir docilement* aux ordres donnés, puisqu'elle consiste justement à *ne rien faire*. Ainsi, par leur silence, les autres peuvent nous conforter dans notre propre attentisme³³⁷. Contrairement à ce que nous pourrions croire intuitivement, la présence d'autrui, loin de nous pousser à agir pour recueillir son approbation, nous pousse au contraire à l'inaction. Ce paradoxe illustre donc une fois de plus non pas l'absence de

³³² Martha NUSSBAUM, *Des tortionnaires comme vous et moi* [a], dans Books, n°5 (mai 2009), pp. 21-23, pour le résumé de l'expérience et une critique des conclusions de Philip Zimbardo ; voir aussi Michel TERESTCHENKO, *Un si fragile vernis d'humanité*, op. cit., chap. « La "prison" de Stanford », pp. 144 ss.

³³³ Cité par Michel TERESTCHENKO, *Un si fragile vernis d'humanité*, op. cit., p. 154 ; c'est moi qui souligne.

³³⁴ Michel TERESTCHENKO, *Un si fragile vernis d'humanité*, op. cit., p. 142.

³³⁵ *Ibid.*, p. 157.

³³⁶ Bipp LATANE, John DARLEY, *The Unresponsive Bystander : Why Doesn't He Help ?*, Prentice Hall, New Jersey 1970, p. 38 ; p. 90, cité par Michel TERESTCHENKO, *Un si fragile vernis d'humanité*, op. cit., p. 165 ss ; p. 167 ; p. 174.

³³⁷ Bipp LATANE, John DARLEY, *The Unresponsive Bystander : Why Doesn't He Help ?*, Prentice Hall, New Jersey 1970, p. 33, cité par Michel TERESTCHENKO, *Un si fragile vernis d'humanité*, op. cit., p. 165 ss ; p. 166.

tout engagement altruiste mais une des conditions de sa suspension chez l'être humain, d'autant plus que « c'est l'inhibition sociale qui engendre le conflit psychique (de la responsabilité), conflit qui est généralement absent lorsque le "mécanisme" inhibiteur ne fonctionne pas, c'est-à-dire lorsqu'un sujet est confronté seul à une situation d'urgence »³³⁸. Le conflit psychique en question porte parfois du reste un autre nom, celui de « souffrance éthique ».

Les expériences menées par Daniel Batson prouvent elles aussi que l'aide apportée par les personnes empathiques *ne dépend pas* des incitations extérieures à agir ou ne pas agir, mais de la qualité d'empathie des intervenants : seuls les sujets peu empathiques auront tendance à saisir l'occasion offerte par l'inaction des autres pour ne pas agir, les sujets empathiques ne regardant que le besoin dans lequel se trouve celui qu'il s'agit d'aider³³⁹. En d'autres termes, le sujet empathique se met à *la place de l'autre* dans la mesure où il est capable de sortir de lui-même, ou, mieux, de sortir de son *moi (ego)* pour entrer dans une vie plus large que celle commandée par ses intérêts *immédiats*.

Assise du sens moral

□ *La bienveillance n'explique pas tout*

Il n'y a pas de contradiction à admettre l'existence d'un sens moral et à reconnaître dans le même temps la fragilité de l'identité humaine : c'est au contraire très précisément ce qui rend possible l'exercice de la *liberté* attachée à notre condition. Toutefois, les multiples influences du groupe sur les individualités montrent à quel point « les individus s'influencent mutuellement à un degré bien plus élevé qu'ils n'en ont conscience »³⁴⁰. Cela nous pousse à jeter un regard critique sur notre *autonomie*, que nous croyons pourtant acquise dès que nous accédons à la conscience de soi. La réalité d'un tel ascendant sur notre comportement et nos pensées diminue-t-elle en quoi que ce soit notre responsabilité personnelle ? Ne serions-nous que le reflet des autres ? Mais si tel était le cas, ne faudrait-il pas admettre que les autres sont aussi notre *propre* reflet ? Et, de reflet en reflet, de dilution en dilution, l'individualité – la nôtre comme celle de nos vis-à-vis – peut-elle encore avoir un sens ?

Ce nouveau paradoxe, qui conduirait contre toute évidence à conclure à l'inexistence de toute vie intérieure et à l'inexistence de la responsabilité de nos actes s'ajoute à la réalité incontournable des comportements altruistes et au poids que l'individualité y joue³⁴¹ pour nous conduire à réfuter le *déterminisme* des facteurs sociaux. L'expérience montre en effet que le sentiment d'empathie, même développé, *ne suffit*

³³⁸ Michel TERESTCHENKO, *Un si fragile vernis d'humanité*, op. cit., p. 174.

³³⁹ Daniel BATSON, *The Altruism Question : Toward a Social-Psychological Answer*, Lawrence Elbaum Associates, Hillsdale 1991, cité par Michel TERESTCHENKO, *Un si fragile vernis d'humanité*, op. cit., pp. 197 ss ; p. 201.

³⁴⁰ Michel TERESTCHENKO, *Un si fragile vernis d'humanité*, op. cit., p. 166.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 178.

pas pour passer à l'acte. La *personnalité* s'avère alors décisive³⁴², qui comprend un sens affirmé de la responsabilité individuelle, la capacité à résister contre l'ordre établi ou le sentiment de la nécessité de devoir agir *concrètement* pour venir en aide. Le développement de telles qualités est l'affaire de toute une vie³⁴³, d'autant plus que toute notre éducation nous prédispose à nous conformer aux normes et au rôle que le système social attend de nous plutôt qu'à nous rebeller si nécessaire contre l'ordre établi et à revendiquer notre autonomie³⁴⁴. En vérité, l'éthique, conformément à la définition qu'en donne Jean-François Malherbe, ne peut être qu'un *travail* sur soi-même et sur ses propres relations aux autres³⁴⁵.

Qu'est-ce qui peut donc pousser les êtres humains à vivre en société ? Nous avons vu que la soif de reconnaissance conduisait à une aporie, qui allait jusqu'à menacer l'existence même du moi et la poursuite par l'individu de ses intérêts privés bien compris. L'explication avancée par Bernard Mandeville dans sa *Fable des abeilles* n'est guère plus convaincante. Contrairement à l'intérêt, qui suppose que tout acte humain soit motivé par une rationalité instrumentale, partant, que la raison exerce sur la volonté un fort pouvoir de détermination – ce que démentent notre expérience quotidienne aussi bien que les expériences menées en psychologie sociale³⁴⁶ – Francis Hutcheson, un penseur écossais du XVII^e siècle, présente la *bienveillance* comme une faculté *spontanée* qui se retrouve chez tout être humain³⁴⁷. C'est en cela qu'il y voit une « structure de l'âme » universelle. Mais, contrairement à la poursuite de l'intérêt, la bienveillance n'étant pas mue par la raison, elle l'est par les affects. Dès lors, comment peut-elle prétendre à une *portée universelle* dès lors que les affects diminuent en intensité à mesure qu'ils portent sur des êtres qui nous sont plus éloignés ? Dans ce cas, en quoi cette « générosité restreinte », limitée à nos proches, serait-elle plus sociale que l'égoïsme ? C'est, rappelons-le, par souci d'asseoir au jugement éthique une portée universelle que l'éthique rationnelle, à la suite d'Immanuel Kant, fait de la loi et non de la bienveillance le principe moral suprême. Que répondre à cela ?

Pour Francis Hutcheson, le jugement moral que nous portons sur les actions humaines est profondément *désintéressé*, en ce sens que nous approuvons spontanément les actions bienveillantes *pour elles-mêmes*, et non en fonction des avantages directs qu'elles nous procurent, ni même parce que nous souhaiterions en bénéficier nous aussi. Mais il nous faut admettre que si ce point renforce la position de la bienveillance et étend sa portée possible, on ne peut fonder le sens moral sur les seuls sentiments³⁴⁸ ;

³⁴² *Ibid.*, p.179.

³⁴³ *Ibid.*, pp. 227-228.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 139.

³⁴⁵ Voir ci-dessus, chap. « Définition de l'éthique en regard de l'autonomie du sujet », pp. 109 ss.

³⁴⁶ Michel TERESTCHENKO, *Un si fragile vernis d'humanité*, op. cit., p. 55.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 56.

³⁴⁸ *Ibid.*, pp. 64-65.

les expériences évoquées dans les lignes qui précèdent le montrent assez, à commencer par celle de la guerre.

Si la bienveillance reste foncièrement étrangère au calcul, c'est parce qu'elle se présente à nous comme une exigence *personnelle* face à autrui :

« L'obligation à la bienveillance jaillit du fond de notre intériorité, et la première condamnation à laquelle s'expose le manquement d'y répondre vient de soi, dans le sentiment de malaise, d'inquiétude, d'intranquillité, d'uneasiness que cette défaillance nous fait éprouver. En ce sens-là, l'obligation de la bienveillance est primordialement une obligation vis-à-vis *de soi* avant d'être une obligation vis-à-vis de l'autre. Ou plutôt obligation vis-à-vis de l'autre qui s'éprouve d'abord comme obligation vis-à-vis de soi, et ce indépendamment de toute norme, de tout commandement, de toute loi. »³⁴⁹

Bien qu'il soit ici question d'« obligation », la bienveillance reste étrangère au propos utilitariste ou calculateur visant à poursuivre son propre intérêt immédiat ; si intérêt il y a, il est en effet d'ordre *éthique*, car il s'agit bien de limiter sa propre *souffrance éthique*, et non une souffrance physique. Or cette notion de « souffrance éthique » induit déjà l'idée que l'homme est porté au bien *par nature*, s'il est vrai que blesser autrui lui cause une souffrance originaire.

La bienveillance nous ramène ainsi à la nécessité de trouver un fondement éthique s'appuyant sur une nature humaine préservée du soupçon et capable de tabler sur ses réactions originaires, mais pas au risque de sa portée universelle ; un fondement éthique qui enracine le sens moral *dans la structure même de la personnalité*, et qui, à l'instar de la bienveillance, respecte la liberté et les différences de chacun, voire les *recherche*.

□ *Absence ou présence à soi*

La thèse principale défendue par Michel Terestchenko dans *Un si fragile vernis d'humanité* consiste à identifier la différence entre *bourreau* et *homme libre* à la notion d'*absence* ou de *présence à soi*. En d'autres termes, le philosophe montre que les conduites humaines de destructivité ou, au contraire, d'altruisme, relèvent de l'*absence*, respectivement de la *présence à soi*. Les témoignages recueillis donnent à croire que la personne qui s'identifie à ce type de rôle, qui accepte d'entrer dans ce type de dynamique « s'absente à lui-même » :

« bien qu'on ne puisse dire que leur liberté était réellement aliénée, moins encore qu'ils agissaient en état de contrainte, tout se passe comme si leur moi réel avait pleinement intégré les exigences de leur "rôle", s'était en quelque sorte *absenté à lui-même* »³⁵⁰.

Michel Terestchenko précise bien que l'aliénation de la liberté n'est pas complète, absolue, mais que ce qui nous fait libres est alors comme *déserté, suspendu*. C'est alors tout naturellement qu'il évoque une « perte de l'identité » qu'il assimile à la

³⁴⁹ *Ibid.*, pp. 56-57 ; c'est l'auteur qui souligne.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 156 ; c'est moi qui souligne.

vulnérabilité, la « fragilité du moi »³⁵¹. Les expériences de psychologie sociale qu'il relate étonnent par le peu de résistance des individus à la pression qui est exercée sur eux : « l'individu est incapable de poser son moi, son identité, comme une instance première, inaliénable ». C'est que l'aliénation « nous délivre du fardeau de la responsabilité de nos actes, d'avoir à rendre compte de ce que nous sommes et de ce que nous faisons »³⁵² et nous incite à croire qu'en nous déchargeant de notre responsabilité personnelle au profit d'un projet collectif dépassant nos misérables individualités, nous parviendrons à dépasser les limites de notre *moi* en faisant l'économie du travail éthique sur nous-mêmes qui nous est intérieurement demandé pour devenir Qui nous sommes.

De même, c'est la « présence à soi » qui explique l'action de l'homme libre :

« les individus ne sont pas le jouet de circonstances qui dicteraient leur comportement par l'effet de quelque nécessité à laquelle ils ne sauraient échapper, et [...] tout dépend, en dernier ressort, de la capacité qu'ont certains d'être "présents" à soi, à leur conscience, à leurs principes, aux sentiments d'empathie qu'ils éprouvent à l'égard des victimes »³⁵³.

Si je ne peux acquérir une valeur à mes yeux que dans la mesure où je me nie, quel intérêt peut-il y avoir à sauver autrui, puisque cet « autre » n'a pas plus de valeur à ses propres yeux que je n'en ai aux miens ? Tout change si je sauve l'autre parce que je parviens à voir en lui la mesure sacrée que nous partageons : alors l'honorer revient à honorer ce qui fait ma propre valeur, par une médieté qui me libère non pas de ma nature mais des limites de mon *moi* (*ego*). Dès lors, le choix est simple : soit j'accepte d'entrer dans la compromission et je perds tout, à la fois l'autre et moi-même, soit je le refuse et je *gagne* le *sens* de l'existence. Il est significatif à ce titre que Michel Terestchenko conclue son ouvrage sur un chapitre intitulé « La vie, mais pas à n'importe quel prix ». Il suggère ainsi que *la distinction entre la présence et l'absence à soi repose sur la conscience de ce que l'intégrité représente davantage pour l'être humain que la perte éventuelle de sa vie biologique*. Celui qui accepte les compromissions le fait presque toujours par peur de mourir. Franz Stangl admettait avec le recul que sa *survie* et celle des siens avait été sa priorité en temps de guerre. Or la *survie* n'est en fait qu'une « *sous-vie* ». Jorge Semprun, dans *L'écriture ou la vie*, nous rend lui aussi attentifs à ces valeurs qui, pour l'être humain, sont plus précieuses que la vie biologique et le disent davantage³⁵⁴. Admettre que la vie intérieure est plus importante que notre vie biologique et qu'elle fonde davantage notre identité est d'autant moins aisé à expérimenter qu'il semble, de manière fort significative, que notre époque ne lise l'Histoire du siècle dernier qu'à travers ses propres angoisses et passe à côté de la leçon de vie que ce passé peut nous inculquer. Ainsi, paradoxalement – et c'est le mérite de Christopher Lasch de l'avoir montré – le souvenir des camps de

³⁵¹ *Ibid.*, p. 157.

³⁵² *Ibid.*, p. 289.

³⁵³ *Ibid.*, p. 179.

³⁵⁴ Jorge SEMPRUN, *L'Écriture ou la vie*, Gallimard, Paris 1994.

la mort ne sert qu'à alimenter notre « mentalité de survie », si obsessionnelle pour les individualistes que nous sommes devenus, alors que les survivants des camps semblent avoir traversé cette expérience non pas comme une lutte pour la survie mais avant tout comme un combat pour rester humains³⁵⁵.

L'alternative qui nous est proposée entre la *présence* et l'*absence* à soi correspond, de façon plus courante, à la tension exposée par Maître Eckhart, puis par Erich Fromm, entre l'être et l'avoir³⁵⁶. L'alternative entre être et avoir, qui polarise les efforts de l'homme sur sa montée vers l'être, vers la réalisation de ce qu'il est en puissance, est conçue par Erich Fromm comme un choix entre orientation productive et orientation non productive du caractère³⁵⁷ ; cette réflexion le mènera à une orientation de la personne vers la destructivité ou vers la créativité³⁵⁸.

La notion de « présence à soi » suggère en termes assez clairs que dans l'intimité de la personne le *moi* – autrement dit le siège de la conscience immédiate et de la vie biologique, dont relève notamment l'instinct de conservation –, se distingue de ce *soi* dont il est possible d'être absent tout en donnant bien souvent le change au sein de la société humaine par sa soumission à un rôle. C'est la principale limite de la réflexion ouverte par Michel Terestchenko que de n'avoir pas assez clairement distingué l'un de l'autre ces deux sièges de la personne que sont le *moi* et le « soi », ce qui ne lui permet pas d'interroger plus avant ce « fonds » de la personne humaine. On le voit notamment dans certains passages où le *moi* est posé non seulement comme *instance première*, mais aussi comme *instance inaliénable*³⁵⁹. Si le moi peut être posé comme instance *première* – à entendre alors comme instance de la *conscience immédiate* –, il n'est assurément pas inaliénable, puisqu'il est appelé à prendre fin avec le corps. Le *soi* dans l'expression « présence à soi » ne semble alors parfois appelé que pour une question de syntaxe ; l'expression « présence *au* soi » serait alors plus précise, tout comme celle de « conscience de soi », qui n'est autre le plus souvent qu'une « conscience du moi », devrait être délaissée au profit de l'expression « conscience *du* soi ». Dans d'autres passages, il est certes clairement fait appel à une notion du *soi* bien différente de celle du *moi*, et qui la transcende :

« Que cette présence à soi plonge ses racines dans les structures fondamentales d'un "caractère", d'un être suffisamment constitué et structuré pour ne pas s'abandonner aux exigences d'une altérité

³⁵⁵ Philippe RAYNAUD, *Christopher Lasch : les malheurs de Narcisse* [a] (ci-après : *Les malheurs de Narcisse*), dans *Le Monde des livres*, 28.03.2008, critique du livre de Christopher Lasch *Le Moi assiégé – Essai sur l'érosion de la personnalité*.

³⁵⁶ Voir Erich FROMM, *L'Art de vivre*, Desclée de Brouwer, coll. Psychologie, Paris 2003 [1993], préface, p. 9, qui envoie à Erich FROMM, *L'Homme et son utopie*, trad. Annick Yaiche, Desclée de Brouwer, Paris 2001.

³⁵⁷ FROMM Erich, *L'Homme pour lui-même*, Éditions sociales françaises, Paris 1967 [1947], cité par Erich FROMM, *L'Art de vivre*, op. cit., préface.

³⁵⁸ Erich FROMM, *Le Cœur de l'homme. Sa propension au bien et au mal*, Payot, Paris 1998, cité par Erich FROMM, *L'Art de vivre*, op. cit., préface.

³⁵⁹ « L'individu [qui s'est compromis] est incapable de poser son *moi*, son identité, comme une instance première, *inaliénable* » (Michel TERESTCHENKO, *Un si fragile vernis d'humanité*, op. cit., p. 289 ; c'est moi qui souligne).

quelconque (sociale, politique, militaire, etc.), [...] cela n'est possible que si, en dernier ressort, l'être ne s'identifie pas à cette définition égocentrique de soi, que si *le "soi" auquel il demeure présent n'est pas réductible à ce que nous appelons le "moi"* et dont l'identité est plus "relationnelle" que substantielle et se définit par cette identité d'emprunt, cette identité vide, qu'est l'image sociale de soi »³⁶⁰.

L'économie nous présente souvent l'éthique comme la voie des faibles, de ceux qui refusent le « combat » pour la survie, qui refusent la concurrence avec les autres et la loi des plus forts³⁶¹. La notion de « présence à soi » et l'intégrité qu'elle suppose prouvent bien que si l'éthique prend les faibles en compte, elle représente néanmoins la voix du courage, celui dont parle Cynthia Fleury, le courage quotidien d'être *soi* auquel chacun d'entre nous est appelé³⁶², le seul courage en somme qui ne soit pas une fuite.

□ *Plus avant vers le soi*

Le *moi* est bien davantage qu'un simple masque social et consensuel, faute de quoi l'on ne s'expliquerait pas qu'il soit si fortement associé à la recherche désespérée de la survie. En lui s'enracine notre principe vital biologique, incontournable pour nous permettre de vivre l'expérience éthique. Et s'il est constaté que si peu d'entre nous font preuve d'intégrité ou se révèlent profondément uniques, peut-être est-ce parce que le *soi* n'est pas, comme le *moi*, un *donné*, mais un espace qui nous attend, qui nous est *propre* tout en restant en attente d'être investi, puis habité en conscience. Le chemin éthique, le *sens de la vie* consisterait alors en ce *travail* visant à déplacer notre centre de conscience du *moi* au *soi*, pour atteindre librement notre véritable dignité ; le vrai voyage ne consisterait alors pas à se *dépasser* soi-même, mais à se *trouver*. C'est ce qui explique que si peu d'entre nous soient *présents à eux-mêmes* : non qu'ils aient perdu cette qualité au cours des aléas de leur existence, mais parce qu'ils n'ont en fait jamais atteint leur *soi* et parce qu'ils ne savent même pas pour la plupart qu'il existe. Nombre de sagesse ne nous apprennent-elles pas que le but de l'existence humaine est d'apprendre à se connaître soi-même, autrement dit de *découvrir* Qui nous sommes et de déployer pleinement ce qui nous fait uniques ? Ne nous invitent-elles pas pour ce faire à nous départir de tout but préétabli autre que cette découverte-même ? Nous retrouvons le « connais-toi toi-même » professé par Socrate et gravé sur le fronton du temple de Delphes.

Quel est donc ce *soi* qu'il s'agit d'atteindre ? En premier lieu, le *soi* est assimilé au *fond* de l'homme qui est aussi son *fonds*, sa source de richesses intérieures, la « réserve de notre liberté inaliénable où l'être se rassemble dans l'unité de ses facultés »³⁶³, la

³⁶⁰ Michel TERESTCHENKO, *Un si fragile vernis d'humanité*, op. cit., p. 291 ; c'est moi qui souligne.

³⁶¹ Voir Hervé KEMPF, *Pour sauver la planète, sortez du capitalisme*, Seuil, coll. L'Histoire immédiate, Paris 2009, p. 22 et Michel VOLLE, *Prédation et prédateurs*, op. cit.

³⁶² Cynthia FLEURY, *La Fin du courage – La reconquête d'une vertu démocratique*, Arthème Fayard, Paris 2010.

³⁶³ Michel TERESTCHENKO, *Un si fragile vernis d'humanité*, op. cit., p. 291.

« consistance irréductible d'une individualité singulière »³⁶⁴, ou encore la source de ses potentialités³⁶⁵. C'est ce fonds qui se présente comme le siège de l'*intégrité* et qui donne *sens* à l'entreprise éthique :

« irréductible et échappant à toute définition psychologique, le soi est ce à partir de quoi l'être s'engage ; engagement qui à défaut de livrer une connaissance de soi s'origine dans la conscience qu'il y va là pour chacun de l'essentiel, et qu'à y renoncer se perd ce "je ne sais quoi", ce respect de soi dans lequel s'enracine le sentiment de sa propre intégrité »³⁶⁶.

Ce *fonds* assure l'unité profonde de l'intimité humaine capable de fédérer à la fois sa raison, sa sensibilité et sa dimension spirituelle que nous cherchions pour lui permettre de s'engager *tout entier* dans ses *actes*, parce qu'habité par le sens de sa *responsabilité*, « le soi individué, riche de toutes les forces spirituelles, intellectuelles et affectives d'un être singulier »³⁶⁷, seul gage d'une vie animée « d'un profond sentiment d'unité intérieure ». Le *soi* serait ainsi le pendant recherché à l'unité de la connaissance, le « point ontologique unifiant » de la démarche transdisciplinaire que j'évoquais en début de partie³⁶⁸.

Mais s'il est vrai que si peu d'entre nous ont conscience de leur *soi* au point que cet espace leur semble sorti de l'imaginaire de quelques êtres éthérés, il est possible d'inférer son existence de notre expérience de la relation, un peu comme les astronomes induisent l'existence d'une planète invisible de la courbure inattendue de la lumière. C'est ainsi qu'il semble nécessaire de considérer les conditions de l'individualisation à travers notre relation au monde et à l'Autre.

Individualisation et relation à l'autre

Alors que nous avons longtemps cru, par tradition individualiste, que la personnalité profonde de chacun ne devait rien aux autres et constituait un « donné » qui nous constituait dès la naissance, comme la graine porterait déjà le chêne en elle et qu'il suffirait de laisser s'épanouir, un autre courant tend à nous convaincre que nous ne serions que le produit de notre environnement ou de notre relation aux autres. La question de la motivation nous a toutefois montré à quel point nos jugements peuvent subir l'influence de notre environnement, tout en réfutant le *déterminisme* des facteurs sociaux, nous suggérant l'existence d'un *soi* distinct du *moi*.

S'interroger sur les conditions de l'individualisation personnelle, c'est s'interroger sur ce que signifie « être soi-même », d'où l'être humain tire son identité et quel est le rôle joué par l'Autre dans ce processus. Quelle serait la source de ce qui nous fait uniques et nous rend capables, comme tels, de créer de manière *originale* ? À l'inverse, il s'agit

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 290.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 293.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 291 ; c'est l'auteur qui souligne.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 238.

³⁶⁸ Voir ci-dessus, chap. « Transdisciplinarité et unité du sujet », pp. 110 ss.

de se demander dans quelle mesure les limites de notre condition n'invalident pas toute velléité d'exister par nous-mêmes et de développer une voix qui nous soit propre. Les réponses à ces questions conditionnent notre perception de l'œuvre intellectuelle et de ses conditions de production. Nous permettront-elles de trouver cette troisième voie qui rendrait compte à la fois de la *source* infinie de surprises que représente le sujet et de l'*héritage* qui est le sien, comme l'œuvre d'art est à la fois tirée du fonds de l'auteur tout en héritant de la tradition dans laquelle elle s'inscrit ? Une voie qui tiendrait pour essentiel l'équilibre résultant des deux pôles que sont le for intérieur de la personne et le regard que l'autre pose sur elle ?

L'affirmation de soi

L'être humain est confronté à une forme de paradoxe : alors qu'il est censé avoir un rapport d'immédiateté avec lui-même, il reste partagé entre l'*évidence* de sa propre existence, qu'il éprouve, et le *mystère* que sa personnalité représente pour lui. Ce paradoxe pose inévitablement la question du rôle joué par les autres dans l'accession à soi : devient-on soi-même *par* les autres, *malgré* eux ou *sans* eux ?³⁶⁹ Il est tentant, pour expliquer l'identité humaine, de partir de l'évidence du regard que nous portons sur le monde pour poser l'identité humaine comme absolue, donnée d'avance ou « tombée du ciel ». C'est ainsi que Platon, dans le *Timée*, évoque la métaphore de la plante pour expliquer le déploiement progressif de la personne :

« Nous sommes une plante non pas terrestre mais céleste. Et nous avons bien raison de le dire : c'est là-haut en effet, d'où est venue notre âme à sa première naissance, que ce principe divin accroche notre tête, qui est comme notre racine, pour dresser tout notre corps »³⁷⁰.

L'image de la graine qui contient déjà l'arbre n'est pas neutre. Elle suggère que le développement de l'homme n'est qu'affaire de temps. Pour Platon, l'homme tient son identité davantage de cet ancrage céleste que de ses propres parents, lesquels n'assurent qu'une filiation biologique et secondaire ; on retrouve cette idée chez Oscar Wilde³⁷¹ ou chez Ralph Waldo Emerson : « lorsque Emerson, dans *La Confiance en soi*, affirme "Je dois être moi-même", il entend par là que je dois *coïncider* avec la substance divine qui constitue le noyau de mon être »³⁷². Les pensées substantialistes refusant d'admettre que l'autre puisse – d'une manière ou d'une autre – nous amener sur le chemin de notre propre intériorité, cela se traduit concrètement par une éthique du *retrait* visant à se mettre à l'écoute de son « la » intérieur loin de la confusion des rapports sociaux. Le sage platonicien se donne sa substance à lui-même, de manière autarcique ; il détient le pouvoir « d'être soi par soi-même ». Platon consacre ainsi une rupture radicale d'avec l'expérience du *daïmon* socratique : si une écoute attentive est

³⁶⁹ François FLAHAULT, *Be yourself !*, op. cit., p. 62.

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 36.

³⁷¹ « [La personnalité véritable de l'homme] croîtra *tout naturellement, tout simplement*, à la manière d'une fleur, ou d'un arbre » (Oscar WILDE, *L'Âme de l'homme sous le socialisme*, in *Œuvres*, Gallimard, coll. La Pléiade, Paris 1996, p. 937, cité par François FLAHAULT, *Be yourself !*, op. cit., p. 48 ; c'est moi qui souligne).

³⁷² François FLAHAULT, *Be yourself !*, op. cit., pp. 37-38 ; c'est moi qui souligne.

nécessaire pour entendre sa voix, le *daïmon* pousse Socrate vers les autres, le met en demeure de prendre position parmi les hommes ; le « la » de son intériorité ne se complait pas dans un « quant-à-soi » complaisant. Dans sa plaidoirie sur la peine, développée devant l'Aréopage après que ce dernier eut décidé de sa culpabilité, il affirmera à l'article de la mort :

« Ce serait donc de ma part une étrange contradiction, Athéniens, si, [...] j'allais maintenant, par crainte de la mort ou de tout autre danger, désertir le poste où je me suis imaginé et persuadé que le *daïmon* m'appelait, en m'ordonnant de vivre en philosopant et en m'examinant moi-même et les autres. [...] si donc vous m'acquittiez à cette condition [ne plus examiner les gens et philosopher], je vous répondrais : "Athéniens, je vous sais gré et je vous aime, mais j'obéirai au *daïmon* plutôt qu'à vous, et, tant que j'aurai un souffle de vie, tant que j'en serai capable, *ne comptez pas que je cesse de philosopher, de vous exhorter et de vous faire la leçon*". [...] Voilà ce que je ferai, [...] car c'est là ce qu'ordonne le *daïmon*, entendez-le bien »³⁷³.

Avec les philosophies substantialistes, ce que l'homme gagne en consistance, il le perd en ouverture sur le monde et en surprise. Si nous sommes dotés d'un *soi* inné, notre relation aux autres n'est pas vitale pour exister en tant que personne, si bien que nous sommes au mieux reliés à eux par un lien moral, dépendant de notre volonté³⁷⁴. Cette approche sclérosante, qui tue dans l'œuf toute possibilité de relation véritable et de dialogue *maïeutique*, n'explique pas la force de l'influence de l'environnement sur chacun constatée en psychologie sociale, jusqu'à pouvoir nous faire proférer publiquement des « vérités » allant à l'opposé des évidences sensibles qui se trouvent sous nos yeux. Elle évoque cependant un ancrage intérieur de la personne, seul capable d'assurer son *individualité* et son *autonomie*.

Cette éthique du retrait entraîne des conséquences en matière de conception de l'originalité. L'être-soi que décrivent les philosophies substantialistes se définit par son refus de toute imitation – entendre par là de tout *conformisme* et de toute *influence*³⁷⁵. Dès lors qu'il ne semble plus possible de devenir soi-même au contact des autres, l'authenticité s'oppose de manière frontale à l'aliénation sociale, la création à l'imitation³⁷⁶, le naturel à l'acquis. Il n'est alors plus possible de reconnaître notre capacité à assimiler notre héritage en prenant le temps de l'intérioriser, de le refondre, de le faire nôtre³⁷⁷ ; l'originalité est alors pensée dans l'ignorance du processus d'*appropriation* par imitation, pourtant à l'origine de puissantes créations tout au long de l'Histoire³⁷⁸.

³⁷³ PLATON, *Apologie de Socrate*, trad. Émile Chambry, Flammarion, coll. GF, Paris 1965, chap. XVII, pp. 40-41 ; c'est moi qui souligne. Bel exemple d'intégrité et de refus du compromis de la part de Socrate, à travers son choix de privilégier la « voix intérieure » du *daïmon* à la survie biologique.

³⁷⁴ François FLAHAULT, *Be yourself !*, op. cit., p. 64.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 39 ; p. 48.

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 107.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 99.

³⁷⁸ Voir ci-dessous, partie 06 (« Les motivations de la création »), chap. « Originalité et création par appropriation », pp. 659 ss.

Cette opposition entre *fonds propre* et *influence transformante d'autrui* se retrouve un peu partout dans le domaine de la création : par exemple entre sacré³⁷⁹ et mort de l'auteur³⁸⁰ selon le rôle auquel on voue le public – tantôt passif, tantôt cocréateur du texte qu'il lit –. On la retrouve aussi dans les mouvements de balancier où la conception médiévale de la création par « héritage réactivé » fait place à l'« expression inédite » d'un individu isolé affirmant son moi romantique³⁸¹, pour revenir à la dilution de la figure de l'auteur à travers l'intertextualité promue par l'Internet ou les politiques éditoriales imposant à chaque intervenant la fidélité à un style commun autant qu'impersonnel. Existe-t-il une approche qui rendrait compte de l'expérience éprouvée par certains auteurs d'être *origine* de leur œuvre tout en se sentant *traversés* par une inspiration qui leur échappe et leur dévoile une part d'eux-mêmes qu'ils ignoraient ? Ou qui rendrait compte à la fois de l'*originalité* d'une œuvre et ses *emprunts* à la tradition, voire qui cesserait de considérer l'art figuratif comme une simple *imitation* de la Nature, mais une nécessaire réinterprétation de celle-ci ?

L'influence de l'environnement

Pour tout un pan de la pensée moderne où nous retrouverons les théoriciens de la « mort de l'auteur » et la critique du « sujet-substance » établie par Michel Foucault, c'est au contraire la relation à l'autre, la reconnaissance de l'autre qui *établit l'identité*, autrement dit qui nous *constitue* avant même l'apparition de notre volonté. Les relations de filiation et la notion de transmission prennent toute leur importance³⁸². François Flahault insiste pour sa part sur le fait que seul l'intérêt que nous développons librement pour le monde nous permet de « prendre consistance » et d'élaborer l'histoire personnelle qui nous fera unique ; l'exil du monde correspond alors à un exil de soi-même. Toutefois, sous prétexte qu'il n'est pas possible pour un homme, comme le prétend Jean-Jacques Rousseau dans son *Discours du fondement de l'inégalité parmi les hommes*, d'*accéder spontanément à soi-même* par son seul rapport aux choses, il ajoute que la relation à l'autre serait *ontologique*, en ce sens qu'elle *constituerait* notre être³⁸³. François Flahault observe très justement que « notre existence psychique n'est pas acquise dès la naissance » et que nous ne choisissons pas « la manière dont nous apprenons à exister », mais il oppose cette constatation à la croyance que nous préexistons à nous-mêmes³⁸⁴. Il s'agit, ni plus ni moins, de renoncer à identifier l'âme – ou son équivalent – à la personne³⁸⁵. Pour montrer les limites de la prétendue évidence selon laquelle notre *soi* est à l'*intérieur* de nous, François Flahault

³⁷⁹ Bernard EDELMAN, *Le Sacre de l'auteur*, Seuil, Paris 2004 [2001].

³⁸⁰ Roland BARTHES, *La Mort de l'auteur* [a], dans *Essais critiques IV – Le bruissement de la langue*, Seuil, Paris 1984 [1968], pp. 61-66.

³⁸¹ Hélène MAUREL-INDART, *Le Système citationnel à géométrie variable* [a] (ci-après : *Le Système citationnel*), dans RLDI, n°82 (mai 2012), pp. 79-81, p. 80.

³⁸² François FLAHAULT, *Be yourself !*, op. cit., pp. 64-65 ; p. 69.

³⁸³ *Ibid.*, pp. 79-80.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 83.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 65.

distingue la *conscience de soi* – liée à la conscience de notre propre corps – du *sentiment d'exister* – liée à l'intérêt que l'on sait prendre du monde, autrement dit au caractère *intentionnel* de la conscience ; contrairement à la conscience de soi (que je qualifierais d'*indirecte*), le sentiment d'exister (que je qualifie de conscience *immédiate*) n'est pas vécu comme « intérieur », mais au contraire comme ouverture³⁸⁶. Ces observations rejoignent la théorie de l'*autoperception*, issue de nombreuses recherches, qui affirme que nous n'avons pas une connaissance directe de ce nous pensons, voulons, ressentons, voire de ce que nous sommes :

« Infortunément, il n'existe pas de fenêtre qu'on puisse ouvrir et qui donne sur le for intérieur, nous permettant d'appréhender directement nos opinions, nos sentiments, nos aptitudes. Toutes ces informations sur nous-mêmes, faute de pouvoir directement y accéder, il nous faut les déduire ou plus exactement les inférer. »³⁸⁷

L'existence se ferait par de constants va-et-vient « entre les enjeux liés au fait d'avoir une place parmi les autres et ce qui nous intéresse et nous plaît en soi-même »³⁸⁸. La relation devient alors faite d'imitations dont le but n'est pas de plaire mais d'assimiler la part du monde qui nous donnera consistance³⁸⁹. Pour François Flahault, notre désir d'exister, qui préexiste à notre vie consciente, ne peut s'apaiser que par notre investissement dans le monde et par notre effacement devant l'autre, sans enjeu de reconnaissance, ce qui suppose que nous acceptions notre incomplétude. Or nous éprouvons – à tort – une insatisfaction d'être face aux signes de notre incomplétude, au point que nous assimilerions cette dernière au sentiment de ne pas être nous-même³⁹⁰.

Mais l'acceptation de notre incomplétude ne passe pas nécessairement par le renoncement à un ancrage intérieur, bien au contraire, et un tel ancrage ne nous rend pas « parfaits » ; il pourrait même être le nœud de la paix intérieure dont François Flahault affirme qu'elle seule permet une relation authentique à l'Autre, exempte d'enjeu ontologique. La présence à soi emporte donc des conséquences essentielles pour celui qui les expérimente. Bruno Bettelheim en donne une idée dans le passage qui suit :

« Plus l'homme se sent en sécurité à l'intérieur de lui, plus il peut se permettre de croire que le monde dans lequel il vit n'a qu'une importance minime dans le cosmos. Moins l'homme se sent en sécurité en lui-même, plus il a envie de conquérir pour le plaisir de la conquête, ce qui est le contraire d'une recherche de sécurité qui libère notre curiosité. »³⁹¹

Seul un ancrage au *soi* peut nous procurer la paix nécessaire que François Flahault appelle de ses vœux pour accueillir l'autre dans la relation, pour lui faire place sans

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 74.

³⁸⁷ Jean-Léon BEAUVOIS, Robert-Vincent JOULE, *Petit traité de manipulation à l'usage des honnêtes gens* (ci-après : *Petit traité de manipulation*), Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble 2002, p. 130.

³⁸⁸ François FLAHAULT, *Be yourself !*, op. cit., pp. 78-79.

³⁸⁹ *Ibid.*, pp. 84-85.

³⁹⁰ *Ibid.*, pp. 85-86.

³⁹¹ Bruno Bettelheim, cité par Bernard MARIS, *Anti-manuel d'économie*, op. cit., vol. 2, p. 108.

peur d'aliénation. Les va-et-vient dont parle François Flahault ne sont pas de nature à assurer à la fois le sentiment d'« être soi » et d'« être en relation » ; faute de « soi-natif », il ne peut exister de principe intérieur à même de transcender la société humaine ou sa propre histoire. Si la plupart du temps nous ne nous sentons pas nous-même, c'est sans doute parce que nous ne nous sommes tout simplement pas « rejoint ». Rejoindre le *soi* correspond à une forme de « plongée » plus qu'à une démarche itérative. Cet accès à notre intimité ouvre un espace à la fois inconcevable et familier. Seul un tel choc et surtout une certitude inébranlable d'un don qui ne sera jamais repris peut nous sauver de l'angoisse fondamentale de l'aliénation et nous permettre enfin de rejoindre l'autre pour ce qu'il est : une occasion de découverte bien davantage qu'un enjeu.

Le renoncement à l'ancrage intérieur comme gage d'une véritable ouverture à l'Autre édulcore par ailleurs la portée de l'invitation à devenir nous-mêmes. Devenir soi-même prend alors le sens de « "se sentir bien", d'être en paix avec soi-même et en adéquation avec l'existence »³⁹². Le *soi* est alors davantage un état paisible qu'un devenir ontologique. À trop accorder à la tradition platonicienne, à assimiler ancrage intérieur et individualité autarcique, François Flahault renonce à la richesse de l'apparent paradoxe qui soutient l'invitation à « devenir Qui l'on est ».

De l'identité à l'intériorité : appel à un noyau intérieur

La question de la relation appelle celle de l'identité : comment entrer entier dans la relation si je ne sais qui je suis ? Et comment savoir qui je suis sans le regard de l'autre ? L'identité est-elle uniquement modelée par la société ? Nous enferme-t-elle dans nos limites ou peut-elle ouvrir sur une libération intérieure et une construction de l'être ? Ces questions reviennent à se demander si l'identité, au sens courant et sociologique du terme, équivaut à l'intériorité.

Les sociétés de contrôle décrites par Gilles Deleuze, et, avant lui, par Aldous Huxley dans *Le Meilleur des Mondes*, visent à nous enfermer dans notre identité ; en nous réduisant à un rôle social, elles tentent de nous interdire l'accès à notre intériorité. Elles ont pour but de nous identifier aux valeurs qu'elles défendent. Alain Damazio, dans son roman *La Zone du Dehors* inspiré des thèses de Deleuze, décrit fort bien la geôle intérieure et confortable, plus exactement la chambre capitonnée qu'elles nous proposent :

« Que Je ne soit pas un autre. Que jamais il ne le devienne. Voilà la stratégie de fond d'un gouvernement moderne.

L'assignation à personnalité. Chacun sait qu'elle commence au sortir du ventre de notre mère. Avec l'acte de naissance. Qu'elle découle du prénom et du nom. Qu'elle s'inscrit dans le dossier psychologique. Signe le livret scolaire. S'étire sur le parcours professionnel [...]. Épingler chacun à sa personnalité. À sa biographie archivée. À son identité claire et classée. [...] Confisquer le rapport à soi dans l'épaisseur d'un dossier jamais clos. Vous dire qui vous avez été. comment vous êtes. et qui vous devrez être. Non pas mutiler. Non pas opprimer ou réprimer l'individu

³⁹² François FLAHAULT, *Be yourself !*, op. cit., p. 84.

comme on le crie si naïvement : le fabriquer. Le produire de toutes pièces et pièce à pièce. Même pas *ex nihilo* : à partir de vous-mêmes, de vos goûts, désirs et plaisirs ! Copie qu'on forme. Tout simplement.

Se libérer, ne croyez surtout pas que c'est être soi-même. C'est s'inventer comme autre que soi. [...] Déchirez la gangue qui scande "vous êtes ceci", "vous êtes cela", "vous êtes..." Ne soyez rien : devenez sans cesse. L'intériorité est un piège. L'individu ? Une camisole. Soyez toujours pour vous-mêmes votre dehors, le dehors de toute chose. »³⁹³

Outre la force indéniable du style et du propos, ce passage éclaire l'identification de l'identité à l'intériorité propre aux sociétés de contrôle. Elle indique aussi la difficulté et le mystère d'être soi. Au-delà de vaines querelles sémantiques, je vais tenter d'éclairer la question fondamentale qu'une distinction entre *identité* et *intériorité* recouvre pour tout une tradition spirituelle. Après avoir vu les approches qui défendent l'être-soi par soi-même et l'être-soi par l'autre, ainsi que les apories auxquelles elles conduisent, il est temps de considérer une troisième voie, moins fréquente, selon laquelle le regard de l'autre nous *révèle* à nous-mêmes, plutôt qu'il nous constitue. L'accès à soi passe ainsi nécessairement par l'autre, mais son regard ne fait pas de nous la simple projection de ses désirs.

Il existe en réalité deux pôles constitutifs de la personne, consacrés par le *moi* et le « fonds » du sujet, autrement dit le *soi*. Ces deux pôles intérieurs dessinent un chemin de l'un à l'autre. Le regard que l'autre pose sur nous, loin de nous *constituer*, nous *révèle* à nous-même. Sans être constitutif, sans menacer aucunement notre intégrité s'il est respectueux, il demeure néanmoins *incontournable* sur le chemin de Qui nous sommes. Bien qu'« inné », notre « être-soi » n'est pas donné d'avance : il nous attend, mais c'est nous qui pouvons fort bien être le grand absent de ce rendez-vous mystérieux où le *moi* cède le pas devant le *soi* qui le dépasse de toutes parts, tout en demeurant ce « plus nous-même que nous-même »³⁹⁴. Et si l'autre ne nous construit pas (sans quoi en quoi nous démarquerions-nous de lui, si ce n'est par les contingences d'un parcours de vie que nous ne choisissons pas toujours ?), il détient le pouvoir de nous révéler, à quoi est attaché le pouvoir contraire de nous laisser étrangers de Qui nous sommes. Ses manipulations peuvent – sauf miracle toujours possible – aller jusqu'à nous objectifier et nous réduire à nos propres yeux, voire nous remplir de sa forme. Comme le remarque Vincent de Gaulejac dans un contexte plus spécifique, « L'individu a besoin d'exister comme un sujet. Lorsque cette possibilité lui est déniée, il produit des symptômes qui traduisent son mal-être »³⁹⁵. Nous nous révélons

³⁹³ Alain DAMASIO, *La Zone du Dehors*, Gallimard, coll. folio SF, Paris 2007, pp. 17-18.

³⁹⁴ Allusion au « *Deus intimior intimo meo* » d'Augustin d'Hippone, que l'on peut traduire par « Dieu est plus intime à moi-même que moi-même à moi-même » (Augustin d'Hippone, *Confessions*, livre III, ch. 6, § 11) ; il n'est toutefois pas défendu ici que cet intime soit Dieu, il pourrait davantage ressembler à l'*Âtman*, « pure conscience d'être » ou « pur "je suis" », qui a fortement inspiré Carl Gustav Jung pour sa vision du *soi*. Pour être complet, l'existence du *soi* n'exclut pas nécessairement celle de Dieu, et semble même l'appeler. Dans le domaine de la création, j'évoquerai également ce *soi* ; voir ci-dessous, partie 06 (« Les motivations de la création »), chap. « psychologie du plagiaire », pp. 709 ss.

³⁹⁵ Vincent de GAULEJAC, *La société malade de la gestion – Idéologie gestionnaire, pouvoir managérial et harcèlement social*, Seuil, coll. Points Économie, Paris 2009 [2005], préface, pp. 13-14.

ainsi terriblement fragiles tant que nous n'avons pas accédé à ce « centre intérieur », à ce *fonds* de nous-même, à cette intégrité qui fait l'assurance tranquille quoique parfois laborieuse de l'homme libre. C'est ce qui rend compte du caractère incontournable et structurant – quoique non constitutif – de la reconnaissance de soi-même à travers l'autre. Cela fonde en même temps et notre fragilité et notre responsabilité face à l'autre qui attend notre propre regard sur lui pour découvrir Qui il est. Si le regard de l'autre ne constituait pas une forme de « passage obligé », d'étape nécessaire, faillir à ce rendez-vous ne pourrait nous juger. Et c'est dans la mesure où nous avons eu nous-mêmes accès à ce regard de l'autre sur nous que nous pouvons à notre tour le poser pleinement sur celui qui croise notre chemin, et que cette rencontre constitue dans le même temps une forme d'*assignation*, pour reprendre le terme d'Emmanuel Levinas. C'est une dynamique d'héritage, de type « passe au suivant » plus que de réciprocité. Il en est de même pour toutes les formes culturelles dont nous vivons, et c'est pourquoi il est essentiel, lorsque nous nous retrouvons contraints d'évaluer ce que nous donnons, de rester vigilants à ne pas oublier ce que nous avons nous-mêmes reçu.

L'accès au *soi* sous le regard de l'autre constitue donc la première étape essentielle de toute vie humaine authentique. Mais cette étape n'est que la première, là où les platoniciens y voient le but ultime de toute vie humaine. C'est même avec la fin de cette étape que commence la « vraie vie », celle qui justifie notre parcours sur Terre. Car le *fonds* de l'homme n'a rien d'un cul-de-sac : il se révèle *sans fond* et enracine à la fois la sujété comme source surprenante ouvrant sur l'infini des possibles et celui de l'univers.

Le fonds sans fond – L'autonomie du sujet (le puits)

Le fonds de l'homme apparaît souvent dans l'imaginaire collectif comme un bastion, car la plupart d'entre nous l'imaginent fermé sur lui-même. Mais pour qui veut croire à l'autonomie et à la sujété de l'homme, ce fonds est sans fond car il se vit comme une source intérieure. Nombreuses sont du reste les traditions spirituelles qui nous en parlent comme d'une source, à commencer par le christianisme. Mais si l'on se penche sur les apports de la source, cette eau toujours vive nous met en contact avec l'univers tout entier et fonde notre transcendance. C'est ainsi que se vérifie l'intuition non seulement qu'atteindre le monde revient à s'atteindre *soi*, mais que s'atteindre *soi* ouvre en retour sur l'essence du monde. C'est cette approche d'un univers où tout à la fois chacun se révèle *accès au Tout* comme source de son propre devenir et *relié au Tout* en tant que partie *reconnue dans son individualité*. Ces deux orientations de la personne fondent l'unité complexe d'une réalité où le *soi* correspond à sa dimension à la fois la plus intime et la plus universelle. Le *soi* nous relie ainsi à la « nappe phréatique de l'âme », que la transdisciplinarité nomme le Tiers Caché, en lequel tout les êtres s'appellent et se rejoignent *dans leur différence*. Certaines traditions ne se figurent-elles pas l'accès à la source universelle à laquelle ouvre le *soi* par la descente au fond d'un puits, image symbolique et évocatrice s'il en est ? Thomas d'Aquin, à la question de ses frères lui demandant de définir la nature de leur mission, ne leur a-t-il

pas répondu : « *contemplare et contemplata aliis tradere* » (que l'on pourrait traduire de manière imagée par : « puiser au fond du puits et le transmettre aux autres »)³⁹⁶ ? C'est sans doute ainsi qu'il faut comprendre le dernier message oral que Christiane Singer a adressé aux participants de Terre du Ciel à l'extrême fin de sa traversée d'un cancer qui fut douloureux. En voici peut-être le cœur, qui illustre de manière spécialement fine à quoi peut ressembler ce que découvre celui ou celle qui a atteint le fond de ce puits :

« Je croyais jusqu'alors que l'amour était reliance, qu'il nous reliait les uns aux autres. Mais cela va beaucoup plus loin ! Nous n'avons pas même à être reliés : nous sommes à l'intérieur les uns des autres. C'est cela le mystère. C'est cela le plus grand vertige. »³⁹⁷

L'art est, avec la contemplation, l'un des canaux privilégiés de cet accès au monde. C'est ainsi que Charles Asselineau note dans son article sur Baudelaire : « L'âme du poète est nécessairement une âme collective »³⁹⁸. Toute démarche créative, et toute création artistique en particulier, touche un grand nombre de personnes ; ce n'est pas qu'elle s'exprime par généralités. Tout au contraire, l'art nous parle à chacun notre propre langage. Il nous atteint de l'intérieur, et nous rejoint au plus intime de notre espace. Ainsi en est-il à chaque fois que nous nous laissons traverser par la vie.

D'autres témoignages de penseurs et d'artistes attestent de cette relation au monde nourrie de l'intérieur de *soi*³⁹⁹.

Avec le *soi* ouvert sur l'infini, la personne se trouve inscrite non pas comme un *étant* figé juxtaposé à d'autres *étants*, mais comme un être de relations, y compris dans ce qui l'unit à sa dimension la plus intime. Nous sommes à l'opposé des images de bastion promues par la pensée platonicienne, tout en témoignant d'un ancrage intérieur qui fait de la personne une cocréatrice de la surprenance du monde, une source du *Tout* nourrissant la relation. L'ancrage ainsi compris, loin de s'opposer à l'idée d'un devenir de la personne, le nourrit au contraire et s'ouvre, à travers la personne, sur une *construction de soi* – ou *du soi* – par les expériences qu'elle traverse.

³⁹⁶ Anecdote que je dois à Jean-François Malherbe.

³⁹⁷ Julos BEAUCARNE, *Dernier message de Christiane Singer* [a], 04.04.2007, <http://julosland.skynetblogs.be/archive/2007/04/26/dernier-message-de-christiane-singer.html>.

³⁹⁸ Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, La Découverte, Paris 2, p. 141.

³⁹⁹ En voici deux parmi tant d'autres : « Les philosophes se percevaient comme des "progressants", des individus qui faisaient un pas après l'autre vers la sagesse. Or, selon moi, cette sagesse est déjà là, au fond du fond. Elle me précède au cœur de mon cœur. [...] Il ne s'agit pas de construire un personnage, ni de chercher la joie, la sérénité ailleurs, mais de plonger en soi, de *rejoindre le fond du fond* pour y recueillir la joie, la paix et le souverain bien. » (Alexandre JOLLIEN, *Petit traité de l'abandon – Pensées pour accueillir la vie telle qu'elle se propose*, Seuil, Paris 2012, introduction, pp. 12-13 ; c'est moi qui souligne) ; « Je réalise que si je n'utilise pas ce qui m'est offert pour me construire je n'arriverai à rien. Je le découvre maintenant... Cela vient de me sauter aux yeux... Le sens de l'existence... *Tout est en nous*. » (Alain GRAND, *Journal 1992-1995*, P. et J. Grand, Le Mont-sur-Lausanne 2001, réflexion du 26 décembre 1993 ; c'est moi qui souligne).

Transcendance de la personne

C'est le *soi* et la source universelle sur laquelle il ouvre qui fondent le caractère transcendant de la personne, et donc de la créativité humaine. S'il est toutefois délicat d'en parler directement, trois aspects en attestent dans nos vies, qui sont plus accessibles au discours : la question de l'obéissance à la loi, la notion de résilience et de la protection de la vie privée.

La désobéissance civile

Prise au sens large, la désobéissance s'assimile au refus de se satisfaire de la « réalité » telle qu'elle nous est donnée ou exposée, en tant que système fermé sur lui-même. Ce refus s'inscrit dans la succession d'étapes précédant l'intégration constructive d'un deuil, popularisé par Elizabeth Kubler-Ross (dénî, révolte, abattement, acceptation, évolution). Elle illustre l'attitude opposée à la soumission aux lois et aux ordres, et suppose qu'une seule personne puisse être porteur d'une vérité qui échappe à tous les autres, selon une conception de la vérité qui ne la livre pas à l'opinion du plus grand nombre.

La résilience

Un autre signe de la transcendance de la personne se voit dans la résilience, cette faculté de certaines d'entre elles à dépasser l'expérience douloureuse qu'elles traversent et qui en aurait détruit d'autres ; cette faculté tend à montrer qu'une personne n'est pas déterminée par son histoire⁴⁰⁰. La résilience se propose comme l'indice concret de la liberté.

Les enjeux de la protection de la vie privée

La nécessité de la défense de la vie privée – notamment sur l'Internet – face aux arguments sécuritaires selon lesquels celui qui n'a rien à cacher n'a rien à craindre des contrôles dont il fait l'objet dévoile elle aussi un pan du caractère irréductible de la personne et la nécessité de la protéger du groupe ou de l'acteur social le plus fort⁴⁰¹. Le combat mené actuellement en faveur de la protection de la vie privée entend défendre les mêmes valeurs que celui des Lumières en faveur de la propriété privée et de la propriété intellectuelle : la défense de l'individu et l'ancrage matériel de sa liberté personnelle face aux velléités de tyrannie du pouvoir politique. Or ce combat ne se

⁴⁰⁰ Stefan VANISTENDAEL, Jacques LECOMTE, *Le bonheur est toujours possible. Construire la résilience*, Bayard, coll. Psychologie, Paris 2000.

⁴⁰¹ C'est ainsi que Daniel J. Solove, professeur de droit américain, rappelle le déséquilibre inhérent au contrôle de nos vies par les instances en place sous prétexte de « transparence » : « deux entités qui n'ont pas le même poids s'opposent ici, celui qui collecte (l'employeur, le commerçant, le banquier, en fait la partie la plus forte) et celui sur qui on collecte les données (l'employé, le consommateur, en fait la partie la plus faible), où celui qui est le plus fort sur le plan économique et juridique entend gérer des conflits d'intérêts pour le plus faible – c'est-à-dire nous – et prendre des décisions à sa place, sur la base des informations dont il dispose – qui peuvent être erronées – et dont nous ne soupçonnons pas toujours l'existence. » (Hubert GUILLAUD, *La valeur sociale de la vie privée*, 21.10.2009, dans InternetActu.net, n°241 (23 octobre 2009), <http://www.internetactu.net/2009/10/21/la-valeur-sociale-de-la-vie-privee>).

justifie que si l'on reconnaît à l'individualité une place prépondérante face à certains intérêts prétendument collectifs.

□ « *Si vous faites quelque chose...* »

Comme Ludwig Andreas von Feuerbach, Friedrich Nietzsche ou Jean-Paul Sartre proclamèrent en leur temps la « mort de Dieu », d'aucuns nous annoncent la mort de la vie privée. En 2009, le PDG de Google, le célèbre moteur de recherche, et ex-PDG de Novell lâcha une phrase qui fit froid dans le dos de certains et sembla aux autres frappée au coin du bon sens : « Si vous faites quelque chose que personne ne doit savoir, peut-être serait-il préférable de commencer par ne pas le faire ». Éric Schmidt ne faisait là que reprendre un proverbe traditionnel d'origine chinoise, d'où l'impression sans doute de sagesse qui en émane. Les observateurs avertis ne manquèrent toutefois pas de relever qu'Éric Schmidt l'appliquait aux recherches effectuées sur l'Internet, et que cela changeait tout. Mark Zuckerberg, le fondateur de Facebook, croit bon de mettre en exergue la facilité avec laquelle les internautes dévoilent des pans entiers de leur vie privée sur les réseaux sociaux tels que Facebook et Twitter pour présenter « la fin de la vie privée » comme un fait accompli⁴⁰². Ce faisant, ces personnages renforcent sur un autre front la position de ceux qui voient dans les changements sociaux en cours l'évidente justification d'une revue à la baisse des exigences légales en matière de protection de la vie privée, au nom d'un pragmatisme de bon ton. Douter que ces deux fronts – social et juridique – ne soient pas concertés relèverait d'une extrême naïveté.

□ *Critique de l'amoindrissement de la sphère privée*

Quoi qu'il en soit, la déclaration d'Éric Schmidt repose essentiellement sur la confusion que beaucoup entretiennent entre le caché et l'illégal. Or ces deux notions ne sont pas identiques, tant s'en faut : il n'est pas vrai d'affirmer que la seule raison qui puisse exister de cacher ses faits et gestes soit leur caractère illégal. Ce n'est par ailleurs pas parce que je ne commets rien d'illégal que l'autre est en droit d'envahir ma sphère privée et d'y porter son regard. Deux questions méritent d'être toujours posées dans ce cadre :

- Au nom de quoi serait-il en droit de le faire ?
- Et pour quoi faire ?

Pour Jean-Marc Manach, le problème ne se situe pas tant dans la question de la collecte de l'information nous concernant que dans le contrôle, autrement dit dans l'usage qui en est fait⁴⁰³ :

- Avec quel regard ou valeurs l'autre va-t-il juger nos actes ?

⁴⁰² Marschall KIRKPATRICK, *Facebook's Zuckerberg Says The Age of Privacy is Over* [a], 09.01.2009, http://www.readwriteweb.com/archives/facebook_zuckerberg_says_the_age_of_privacy_is_ov.php

⁴⁰³ Jean-Marc MANACH, *La vie privée peut tuer*, dans InternetActu.net : « le problème, ce n'est pas la vie privée. C'est le contrôle. » Le terme de « vie privée » est ici mal choisi, et celui de « collecte de données personnelles » s'avèrerait plus pertinent.

- Selon quels faits ? Il n'est pas acceptable d'être jugé sur un complexe de faits dont nous ignorons le pourtour exact. Or diminuer la protection de la sphère privée, c'est permettre à des tiers d'avoir accès à des données nous concernant dont nous ignorons parfois qu'ils y ont eu accès...
- Et pourrions-nous alors nous faire entendre ? Il est bien plus probable, si l'on prend pour exemple la dérive dénoncée par Kafka dans *Le Procès*, que nous soyons alors jugés par quelqu'un dont nous ignorons jusqu'à l'identité, *a fortiori* les valeurs, et qui se permettra de nous juger en notre absence, estimant que notre droit d'être entendu aura largement été respecté à travers les informations collectées sur notre intimité⁴⁰⁴.

Une image peut permettre de mieux situer les enjeux liés à la vie privée. C'est le « secret du roi » : le secret confié par un roi à l'un de ses sujets ne donne pas pour autant licence à ce dernier de le divulguer à qui il veut. Le roi reste maître de son secret et de sa diffusion. Et si le roi décide de diffuser une nouvelle à tous, sans distinction, cela reste son choix et sa liberté. On peut ainsi voir en tout être humain le gardien de sa sphère intime. Chacun doit rester libre de communiquer à qui il entend les détails qui en relèvent. Et s'il décide de les divulguer une partie d'entre eux par un canal aussi ouvert que celui d'un réseau social, ce choix n'a ni à l'obliger à rendre transparents l'ensemble de ses aspects, ni, surtout, ne doit contraindre ses contemporains à faire de même pour ce qui les concerne. Jean-Marc Manach de conclure : « la transparence devrait rester un droit, une possibilité, pas une obligation, encore moins une contrainte »⁴⁰⁵.

Danah Boyd, sociologue, étudie la façon dont les gens utilisent les réseaux sociaux, qu'il s'agisse de Myspace, Facebook ou Twitter. Pour elle, il est évident que le droit à la vie privée – la *privacy* anglo-saxonne – n'est pas mort. Le fait d'exposer des détails de sa vie privée ne signifie pas que l'on renonce à exercer une certaine maîtrise sur l'information que l'on a rendue publique. De fait, les personnes qu'elle a interrogées « n'ont pas abandonné l'idée de contrôler la publicité de leur information »⁴⁰⁶ ; c'est souvent par ignorance des règles d'accessibilité que les utilisateurs révèlent certains aspects de leur vie privée au grand public ; la plupart du temps, ils désirent se montrer à leurs pairs, tout en restant cachés de ceux qui exercent ou pourraient exercer un ascendant sur eux (parents, enseignants, recruteurs, employeurs, autorités...). Une chose est de dévoiler un fait divers de sa vie privée à un cercle restreint de connaissances, autre chose est de le rendre accessible à tous. Or, Danah Boyd a remarqué que sur les dizaines d'utilisateurs ordinaires qu'elle a interrogé, pas un

⁴⁰⁴ L'idée d'associer Kafka à la problématique de la protection de la sphère privée ne vient pas de moi, mais il m'est impossible d'en retrouver l'initiateur, et donc de le citer.

⁴⁰⁵ Jean-Marc MANACH, *La vie privée, un problème de vieux cons ?* [a], 12.03.2009, dans InternetActu.net, n°221 (13 mars 2009), <http://www.internetactu.net/2009/03/12/la-vie-privee-un-probleme-de-vieux-cons>

⁴⁰⁶ Jean-Samuel BEUSCART, *Pour Danah Boyd, la « privacy » n'est pas morte* [a], 15.03.2010, <http://babelweb.blogs.liberation.fr/austin/2010/03/pour-danah-boyd-la-privacy-nest-pas-morte>.

d'entre eux n'avait une idée exacte des paramètres de fonctionnement de la « *privacy* » sur Facebook. Son avis rejoint l'avis d'autres experts, qui considèrent que les mineurs se méfient sans doute trop de leurs parents et pas assez d'Internet. Les configurations par défaut d'un compte personnel sur un réseau social influencent considérablement les usages, sans qu'il soit possible de prétendre qu'elles révèlent la volonté de leurs titulaires.

Mais la fragilisation de la sphère privée cache surtout un rapport de pouvoir. C'est le mérite de Daniel J. Solove, professeur de droit américain, que de l'avoir montré. Hubert Guillaud cite cet avis d'un expert en sécurité, Bruce Schneier, interrogé en 2006 : « La notion de vie privée nous protège de ceux qui ont le pouvoir, même si nous ne faisons rien de mal lorsque nous sommes surveillés. [...] La vie privée est un besoin humain fondamental. [...] Si nous sommes observés en toute occasion, [...] nous perdons notre individualité ». Hubert Guillaud de conclure : « L'enjeu de la vie privée, c'est la tension démocratique entre le fort et le faible »⁴⁰⁷.

Pour Jean-Marc Manach, l'enjeu de la défense de la vie privée est donc rien moins que « le respect de l'autre, et de soi-même »⁴⁰⁸. De fait, la vie privée s'avère être « la première des libertés », comme il le fait si justement remarquer⁴⁰⁹. Voir la vie privée comme la première des libertés, c'est reconnaître l'homme comme un être libre ; c'est considérer qu'il ne peut pas être exclusivement défini par les rapports qu'il entretient avec les autres. Or cette définition d'une humanité comme formée d'individus exclusivement définis par les relations qu'ils entretiennent avec les autres est précisément ce qui justifie en dernier recours la position de ceux qui prêchent pour un renoncement à l'illusion que serait la vie privée. C'est le mérite de Bill Thompson que de dévoiler ce rapport : « Si nous croyons en l'individu, si nous croyons que nous nous définissons essentiellement par les réponses que nous recevons de notre environnement et des gens qui nous entourent, alors l'intimité est une illusion qui n'est pas nécessaire »⁴¹⁰.

Conclusion intermédiaire

Si le but du droit d'auteur est bien la protection de l'auteur, alors il semble important de se pencher davantage sur l'auteur en tant que personne, et, plus précisément, en tant que *sujet*, afin de mieux saisir les véritables enjeux de la création. « Créer, c'est entrer en contact avec soi-même » : la création se présente en effet comme un canal privilégié dans le processus d'individualisation de l'être humain, autrement dit de découverte progressive et itérative de son « être-sujet ». La créativité s'apparente aussi à une

⁴⁰⁷ Hubert GUILLAUD, *La valeur sociale de la vie privée* [a], op. cit.

⁴⁰⁸ Jean-Marc MANACH, *La vie privée, un problème de vieux cons ?* [a], op. cit.

⁴⁰⁹ *Ibid.*

⁴¹⁰ Hubert GUILLAUD, *Pourquoi devrions-nous bien accueillir la fin de la vie privée ?* [a], 27.02.2009, <http://fing.tumblr.com/post/81982246/lift09-pourquoi-devrions-nous-bien-accueillir-la-fin>.

forme de « désobéissance », au sens le plus large du terme. Il y a comme un mouvement d'aller-retour : le refus de percevoir le monde tel qu'on nous le montre nous fait découvrir une autre dimension du réel, qui nous libère tout en nourrissant notre créativité, et cette liberté nous donne en retour le recul et l'indépendance d'esprit nécessaires qui nourrit notre intégrité. Voilà donc posée la créativité comme un effet de la « présence à soi » de l'auteur, ou, à tout le moins, comme une voie vers la « présence à soi ».

C'est un retour à une dimension humaine du droit d'auteur qui doit donc être proposée. La recherche d'une mesure humaine correspond au but du mouvement de la décroissance dans le domaine économique, si bien que la décroissance peut être un modèle possible pour la propriété intellectuelle, particulièrement dans le domaine du droit d'auteur, censé se tourner vers l'auteur. L'importance de la notion de personne doit fonder cette recherche d'un modèle qui parte de l'échelle humaine, dont les limites – notamment la finitude – seraient enfin acceptées et intégrées. Dès lors, on peut se demander si le caractère inadéquat des réflexes législatifs actuels en matière de droits d'auteur, qui consistent à renforcer systématiquement le régime de protection, ne vient pas du fait qu'ils s'inscrivent dans la vision économique classique d'une « croissance » indéfinie.

Partie 04

Dimensions socio-économiques du droit d'auteur

(mises en perspective technique, économique et sociale)

Présentation

Le débat sur l'économie et la technique revêt une importance capitale pour notre sujet : les changements de l'équilibre patiemment trouvé entre les acteurs de la création que sont l'auteur, le public, l'ayant droit économique⁴¹¹, sans oublier l'œuvre d'art elle-même, ont presque toujours été justifiés par des arguments de type économique, bien souvent à la suite de l'apparition d'une technique modifiant la génération des œuvres, leur fixation, leur accès, leur reproduction ou leur diffusion. L'accélération de l'obsolescence, et donc la recrudescence de ces remises en question, nous obligent à reconsidérer les fondements mêmes de ces équilibres qui se sont établis au fil de l'Histoire – toujours précaires, souvent insatisfaisants pour les auteurs et parfois même contraires à la logique juridique avouée.

Le développement de l'industrie des loisirs lui a permis de jouer un rôle prépondérant dans la tournure que prend à l'heure actuelle le droit d'auteur, toujours plus étendu et plus répressif, et de mettre en exergue la dimension économique de la connaissance et des « œuvres de l'esprit », en jouant bien souvent d'ambiguïtés sémantiques. C'est la « révolution multimédia » qui mit le feu aux poudres et permit aux majorats d'entamer un cycle de révision du droit de la propriété intellectuelle allant dans le sens de leurs intérêts : la première loi à être renforcée dans ce sens fut le *Copyright Act* américain en 1976⁴¹². Quant à l'internationalisation de la propriété intellectuelle et de la lutte contre les contrefaçons, elle semble aller de pair avec la mondialisation du marché prônée par les néolibéraux. Par ailleurs, le système capitaliste a de fort longue date entretenu des relations très étroites avec la science et la technique, si bien que ces trois domaines vont de nos jours souvent de pair.

Il s'agira dans la présente partie (1) de nous interroger sur les caractéristiques fondamentales du capitalisme ; cette analyse doit beaucoup à la thèse extrêmement documentée et raisonnée d'Ellen Meiksins Wood, *L'Origine du capitalisme*. (2) L'examen de ces fondamentaux permettra de montrer en quoi la mainmise sur l'ensemble des « œuvres de l'esprit » répond pour le système capitaliste à une question de survie. (3) Il sera temps alors de nous pencher sur les rapports de l'économie capitaliste à l'éthique et de comprendre les valeurs qui sont les siennes, afin de mieux saisir les conséquences à en attendre en matière de droit d'auteur et de création. (4) Un rapide exposé des « chiffres » du droit d'auteur, des bénéfices qu'il engendre et des changements que les majorats des loisirs ont apporté à ce marché complètera ce

⁴¹¹ L'ayant-droit économique peut prendre diverses formes, notamment : le commanditaire et l'investisseur ; le détenteur des moyens de production de l'œuvre, dont le plus classique reste l'imprimeur/éditeur pour les œuvres littéraires et le producteur pour les œuvres audiovisuelles ; le distributeur ; le gestionnaire des droits de propriété intellectuelle.

⁴¹² Philippe QUEAU, *À qui appartiennent les connaissances ? La nécessaire définition d'un bien public mondial*, 01.01.2000, http://www.freescape.eu.org/biblio/article.php3?id_article=57

tableau et permettra de se faire une idée plus concrète des enjeux. (5) Les débats qui précèdent nous permettront alors d'aborder la critique fondamentale qui peut être faite à l'analyse économique du droit, si influente sur les évolutions actuelles de la propriété intellectuelle. (6) Enfin, l'évocation du progrès technique permettra de montrer en quoi l'art, plus encore que l'outil dont il parfait l'influence, a, littéralement, *créé* l'homme.

Il sera alors possible de vérifier cette analyse par une rétrospective historique du droit d'auteur.

Origine et caractéristiques du capitalisme

L'origine du capitalisme

L'enjeu de la question des origines

Quiconque souhaite envisager la marge qui s'offre à l'humanité pour inventer un système économique et social différent du système actuel doit semble-t-il d'abord se confronter à l'idéologie libérale pour laquelle, quand bien même le capitalisme ne serait pas parfait, il s'avèrerait le fruit indépassable d'une évolution entamée depuis la nuit des temps, et pour ainsi dire conaturelle à l'homme. C'est aussi ce que voudrait nous faire accroire le fameux slogan politique « TINA » (« *There Is No Alternative* »), couramment attribué à Margaret Thatcher et combattu avec force par Noam Chomsky, en vertu duquel le capitalisme et la mondialisation qu'il engendre sont des phénomènes nécessaires – donc bénéfiques – et que par conséquent tout pays qui prendrait une voie différente courrait à l'échec. Il s'agit là, pour reprendre les termes de Daniel Mermet, d'une véritable « pédagogie de l'impuissance »⁴¹³.

La question des origines du capitalisme, sous un aspect austère à connotation historique, cache donc un enjeu central : le capitalisme est-il LE système économique le plus évolué que nous puissions imaginer, le pur produit de l'évolution rationnelle des systèmes économiques imparfaits qui l'ont précédé ? Formulé en d'autres termes, le capitalisme est-il conaturel à l'homme, à l'instar de l'activité économique elle-même ? Son rejet s'assimile-t-il nécessairement au rejet de toute activité économique ? Si tel n'est pas le cas, quelles sont donc les caractéristiques de ce système ? Existe-t-il une alternative à sa logique ?

⁴¹³ Noam CHOMSKY, *Le lavage de cerveaux en liberté – Plus efficace encore que les dictatures* [a], entretien recueilli par Daniel Mermet, dans *Le Monde diplomatique*, août 2007 ; <http://chomsky.fr/entretiens/20070805.html>.

S'il s'avère que le capitalisme a un point de départ précis dans l'histoire et s'est développé en fonction de circonstances qui auraient pu être autres ou qui résultent d'un choix politique, alors il existe d'autres systèmes économiques possibles, qui pourraient même s'avérer meilleurs que lui. Et s'il a un début, il est extrêmement probable qu'il aura aussi une fin :

« il convient de remettre sérieusement en question une tendance qui consiste à présenter le capitalisme comme un phénomène naturel, puis à masquer le caractère particulier de ce régime social qui, comme les autres, eut un commencement et aura vraisemblablement une fin. »⁴¹⁴

S'il s'avère que le rejet du capitalisme n'implique pas celui de toute activité économique, ni même de toute économie de marché, il sera nécessaire d'entamer une réflexion critique de fond portant sur la démarche même menée par l'économie du droit et la vision de l'économie qu'elle entend défendre. L'exposé des caractéristiques du capitalisme s'ouvrira enfin sur leurs conséquences sociales – la fameuse « société de consommation » dans laquelle s'inscrit en plein notre « société des loisirs ».

La tentation d'une « naturalisation » du capitalisme

L'idéologie libérale « naturalise » le capitalisme et le présente comme le fruit d'une lente mais inéluctable évolution remontant aux débuts de la civilisation. Il aurait ainsi été annoncé par les premiers inventaires en Mésopotamie, les lettres de change de l'ordre templier, l'essor des villes au Moyen Âge, les progrès de la comptabilité, la création des premières banques et l'invention des premières formes de sociétés anonymes dans l'Italie renaissante, les échanges marchands au-delà des mers, la création de la bourse de Bruges au XIV^e siècle⁴¹⁵ et d'Amsterdam au XVIII^e siècle⁴¹⁶ ; pour Max Weber, il aurait même trouvé un terreau propice dans le protestantisme⁴¹⁷, sous une forme interne et privée constituée des « principes fondateurs qui gouvernent nos pensées et nos actions individuelles et collectives », laquelle aurait préparé l'avènement de sa forme moderne et rationnelle⁴¹⁸. Pour d'autres, le capitalisme serait le fruit du rationalisme des Lumières et de leur idée du progrès, là où Karl Marx lui-même y voyait une étape indispensable de toute révolution prolétarienne ou socialiste authentique⁴¹⁹. En un mot comme en cent, le capitalisme, porteur des valeurs démocratiques, se confondrait avec la civilisation mais aussi avec la modernité dont il marquerait la venue, les bourgeois étant assimilés aux agents naturels de sa rationalité économique⁴²⁰. De même que le slogan TINA, « naturaliser » le capitalisme a ainsi

⁴¹⁴ Ellen MEIKSINS WOOD, *L'Origine du capitalisme*, op. cit., p. 117.

⁴¹⁵ Benoît DUGUAY, *Spéculation : les origines du capitalisme et de la bourse* [a], 07.02.2010, <http://benoit-consommation.blogspot.com/2010/02/speculation-les-origines-du-capitalisme.html>.

⁴¹⁶ Voir notamment Fernand BRAUDEL, *La Dynamique du capitalisme*, Flammarion, coll. Champs, Paris 1988.

⁴¹⁷ Max WEBER, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Gallimard, Paris 2003 [1904-1905].

⁴¹⁸ Françoise MAZUIR, *Le Processus de rationalisation chez Max Weber* [a], dans *Sociétés*, n°86 (4^{ème} trim-2004), pp. 119-124 (a) ; http://www.cairn.info/load_pdf.php?ID_ARTICLE=SOC_086_0119, p. 119.

⁴¹⁹ Julien FREUND, *L'Éthique économique et les religions mondiales selon Max Weber* [a], dans *Archives des sciences sociales des religions*, Année 1968, vol. 26, n°1 (janvier/mars), pp. 3-25, pp. 4-5.

⁴²⁰ Ellen MEIKSINS WOOD, *L'Origine du capitalisme*, op. cit., p. 73.

pour effet de gommer sa singularité et d'en empêcher l'analyse cohérente, mais surtout de réduire nos attentes envers l'avenir⁴²¹. Dans un autre ordre d'idées, les thèses traditionnelles voudraient que le capitalisme, à travers son libre marché, nous présente, de manière ouverte, le plus grand choix possible et représente ainsi « une occasion à saisir, là où elle se présente et chaque fois qu'elle s'offre à nous ». La notion même de marché est ainsi identifiée à celles d'*offre* et de *choix*⁴²². Toutes ces approches expliquent l'avènement graduel du capitalisme en fonction de la disparition progressive de ses obstacles historiques, lui permettant ainsi de se manifester de manière *naturelle*.

Une origine agraire... et contingente

Ellen Meiksins Wood, dans sa remarquable étude intitulée *L'Origine du capitalisme*⁴²³, après avoir démontré de manière fort étayée que la « naturalisation » du capitalisme est infirmée par l'Histoire, s'interroge sur les vraies origines historiques de ce système économique. À la suite de l'historien Robert Brenner⁴²⁴ et partant de l'hypothèse de Marx, elle montre en quoi le capitalisme, né d'un faisceau de circonstances dans l'Angleterre agraire du XVI^e siècle, aurait fort bien pu ne jamais voir le jour et doit être soigneusement distingué d'autres formes d'économies – y compris d'économies de marché – ayant prévalu au cours de l'Histoire. Ellen Meiksins Wood n'est du reste pas seule à montrer en quoi ce système fut contingent : dans un récent ouvrage, Joyce Appleby, bien qu'elle situe les débuts du système en Hollande et non en Angleterre et qu'elle l'attribue à une « révolution mentale », à une cause davantage culturelle que sociocritique, soutient elle aussi que le capitalisme, cet « accident » de l'Histoire, aurait pu ne jamais advenir⁴²⁵. En quoi l'Angleterre agraire du XVI^e siècle réunit-elle les conditions improbables et nécessaires à l'éclosion du capitalisme ? Et quelles sont les caractéristiques de ce système et des rapports sociaux qu'il mit en place ? C'est à ces deux questions que répond la thèse d'Ellen Meiksins Wood, les lignes qui suivent se contentant de résumer très brièvement les caractéristiques principales – ou « fondamentaux » – du capitalisme, qui sont beaucoup plus frappants lorsqu'on les rapporte au contexte historique qui les a vu naître⁴²⁶.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 12.

⁴²² *Ibid.*, p. 9.

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ Robert BRENNER, *Agrarian Class Structure and Economic Development in Pre-Industrial Europe* [a], dans *Past & Present*, n°70 (février 1976), pp. 30-75 ; article repris avec les réponses qu'il a suscité dans Trevor H. ASHTON, C. H. E. PHILPIN (sous la dir. de –), *Agrarian Class Structure and Economic Development in Pre-Industrial Europe*, Cambridge University Press, Cambridge 1985.

⁴²⁵ Joyce APPLEBY, *The Relentless Revolution. A History of Capitalism*, W. W. Norton, New York 2010, cité par Adam GOPNIK, *Le véritable legs d'Adam Smith* [a], dans *Books*, n°21 (avril 2011), dossier « Le Capitalisme n'est pas ce que vous croyez », pp. 25-31 (version originale parue dans *The New Yorker*, 18.10.2010), p. 26.

⁴²⁶ Pour les détails et preuves historiques, il est renvoyé à la thèse d'Ellen Meiksins Wood (Ellen MEIKSINS WOOD, *L'Origine du capitalisme*, op. cit.), résumée en Annexe 5 du présent travail (« Notes de lectures »).

Les « fondamentaux » du capitalisme

L'histoire des origines du capitalisme permet de découvrir ses traits exclusifs – autrement dit ses « fondamentaux » – souvent confondus avec les mécanismes plus vastes propres à l'ensemble de l'économie. Il semble essentiel de les rassembler ici, et de les distinguer soigneusement de ses caractéristiques secondaires, simples conséquences logiques des premières, qui renforcent le système bien qu'on puisse les retrouver ailleurs. Cette séparation permet de voir les vrais dangers qu'induit le capitalisme, sans complaisance mais sans diabolisation extensive ; elle permet aussi de comprendre la nature des causes réelles de ces caractéristiques secondaires. Ainsi l'exploitation de l'ouvrier en usine n'a-t-elle pas pour seule cause la tendance générale de l'homme à objectifier son prochain, faute d'avoir pu s'accepter lui-même pour ce qu'il est, mais s'ancre aussi dans les mécanismes de base du capitalisme.

Un mot encore sur le caractère « illimité » de la dynamique propre à plusieurs fondamentaux du capitalisme : à lui seul, il prouve sa nature proprement inhumaine. Ce système échappe en effet à toute dimension humaine, et nous contraint à nous soumettre à sa logique propre, qui n'est pas soumise à nos besoins concrets, par nature limités. Sa dimension logique a cependant des conséquences très concrètes, dans le domaine écologique notamment, les ressources étant idéologiquement considérées par ce système économique comme *illimitées*, elles aussi, une façon comme une autre de traduire leur absence de valeur. Barry Commoner, dans *L'Encerclement*, montrait en 1971 déjà le rôle joué par la recherche de la maximisation du profit et des multinationales dans la dégradation de la planète, avant même l'accroissement démographique, dans la mesure où elle conduisait à une mauvaise utilisation des progrès techniques issus de la recherche scientifique⁴²⁷ ; Aurélien Bernier montre la pertinence de la pensée de cet auteur aujourd'hui négligé⁴²⁸. La destruction des ressources de la planète comme marque irréfutable de la faillite du libéralisme a du reste inspiré en 1962 déjà à Norbert Wiener, le père de la cybernétique, ces termes évocateurs :

« Mille ans d'un genre de vie analogue à celui de l'Europe médiévale ou même à celui du dix-huitième siècle n'eussent pas épuisé nos ressources aussi complètement qu'un siècle de nos propres procédés libéraux. »⁴²⁹

Il n'est dès lors pas étonnant que le capitalisme n'ait rempli aucune de ses promesses, et il ne le fera pas davantage à l'avenir : il poursuit ses propres buts liés au profit et non à l'utilité – faisant mine de confondre le second avec le premier –, et si l'amélioration de la productivité du travail peut conduire certains optimistes à prétendre en un « progrès », celui-ci est la plupart du temps fictif en regard de nos besoins réels d'êtres

⁴²⁷ Barry COMMONER, *L'Encerclement – Problèmes de survie en milieu terrestre*, Stock, Paris 1972 [1971].

⁴²⁸ Aurélien BERNIER, *Comment la mondialisation a tué l'économie – Les politiques contemporaines piégées par le libre échange*, Mille et une nuits, Paris 2012.

⁴²⁹ Norbert WIENER, *Cybernétique et société – de l'usage humain des êtres humains*, 10/18, Paris 1971 (édition synoptique des versions de 1954 et de 1962) [1948], p. 121.

humains : à l'image du hamster dans sa roue, dont l'entraînement lui permet de courir toujours plus vite, une simple mise en contexte nous montre la vanité de son effort en termes de déplacement effectif.

Contrainte par le marché

Le premier caractère du capitalisme est sans conteste le caractère *contraignant* de son marché, souvent occulté par les économistes par le phénomène d'accumulation : cette confusion a pour effet de « noyer » cette particularité peu avouable sous des dehors plus « acceptables »⁴³⁰. Très souvent présenté comme un marché permettant d'offrir sa production et de saisir des occasions, ou comme un lieu où exercer ses choix, le marché capitaliste est en réalité un réseau de contraintes, forçant tous les acteurs sociaux – y compris les investisseurs – à dépendre de lui, que ce soit pour obtenir le financement des moyens de production, pour assurer ses conditions de reproduction sociale ou même pour subvenir à ses besoins de première nécessité⁴³¹. Le capitalisme peut se définir comme le système qui exerce l'essentiel des contraintes sociales à travers le marché particulier qui est le sien. À ce titre, il s'agit davantage d'un système *du* marché plutôt que d'un système *de* marchés⁴³². Les impératifs du marché se sont appliqués en priorité aux marchés de première nécessité ; on peut même dire que le capitalisme est né le jour où ils se sont imposés à toute la production alimentaire⁴³³. Le système vise ainsi à générer des profits par la satisfaction des besoins des petits consommateurs, conséquence de la prolétarianisation qu'il génère et de sa course à la productivité, davantage que par celle des besoins de rares consommateurs fortunés, comme c'était pourtant le cas de toutes les sociétés pré-capitalistes⁴³⁴. Le marché ne peut exercer sa contrainte qu'à la condition de généraliser l'échange comme condition de survie ; cela revient à déposséder la majorité des acteurs de leurs propres moyens de subsistance, les empêchant de vivre de manière autonome et de penser l'échange comme moyen *subsidaire* de subvenir à leurs besoins :

« Historiquement, l'échange est resté un phénomène marginal aussi longtemps que les gens disposaient de moyens propres, ou en commun, pour parvenir à la satisfaction de leurs besoins. C'est seulement la séparation violente entre l'homme et ses moyens de subsistance qui rendit possible le capitalisme et généralisa le principe de l'échange. »⁴³⁵

Cette contrainte de recourir au marché pour survivre sera renforcée en Angleterre par deux phénomènes. Condition du marché capitaliste, le premier n'est autre que l'émergence d'un marché national unifié renforçant l'imbrication entre offre et

⁴³⁰ Pour ne prendre qu'un exemple, l'école française de la régulation, lorsqu'elle inclut la logique extensive du marché capitaliste dans son processus d'accumulation illimitée, semble commettre une telle confusion.

⁴³¹ Ellen MEIKSINS WOOD, *L'Origine du capitalisme*, op. cit., p. 206 ; pp. 216-218.

⁴³² *Ibid.*, p. 33.

⁴³³ *Ibid.*, p. 128.

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 131.

⁴³⁵ Christian HÖNER, *Qu'est-ce que la valeur ? De l'essence du capitalisme. Une introduction* [a], 14.10.2010, <http://palim-psao.overblog.fr/article-35929096.html>, p. 3.

demande ainsi que la mise en concurrence des acteurs⁴³⁶. Le second apparaît dès le XVIII^e siècle – soit bien avant Taylor – en conséquence du marché capitaliste : il s'agit du partage des tâches, opéré sous la forme du *putting-out system*⁴³⁷, puis la mise en place des manufactures, et enfin la création des premières fabriques. Le partage des tâches ferme en effet aux travailleurs l'accès à un marché ouvert et leur fait perdre tout contrôle sur le produit dont ils ne fabriquent eux-mêmes qu'une partie, au profit de l'employeur⁴³⁸. Cette organisation parcellisée du travail, qui est opérée de nos jours également dans les activités de service, disperse l'individu au lieu de le recentrer sur la durée propre à la réalisation d'une œuvre ; dans *Pour une nouvelle critique de l'économie politique*, Bernard Stiegler dénonce la « prolétarianisation » des cadres, qui se voient ainsi privés de leur savoir sur leur propre logique et par leur propre logique. En affirmant que Platon serait le premier théoricien du travail partagé, Philippe Simonnot omet de reconnaître la différence fondamentale qu'il y a à préconiser, comme le fait Platon, la spécialisation des métiers en fonction des talents personnels de chacun⁴³⁹ – laquelle ne peut que renforcer leur savoir-faire et la reconnaissance de leur utilité au sein de la société, autrement dit leur *spécificité de sujets*, et l'organisation moderne du travail conduisant à décomposer les tâches de chaque intervenant au point de rendre au contraire ce dernier *interchangeable*, proprement démuné de tout savoir-faire véritable et approfondi, et donc d'autant plus vulnérable face à son employeur. Philippe Simonnot confond dans la foulée souci d'améliorer la *qualité* du travail avec celle, proprement capitaliste, de sa *productivité*.

□ *Un rapport de forces particulier*

La contrainte exercée par le marché capitaliste induit un *rapport de forces* économique particulier. Dominique Temple constate, encore au milieu du XX^e siècle, que

« les rapports entre pêcheurs, consommateurs et courtiers nous sont apparus effectivement comme des rapports de force lorsqu'ils dépendent d'un marché qui se joue sur une autre scène : la criée et la vente à l'échelon national. Il existe néanmoins des relations *de gré à gré* qui les modifient. Mais ces relations sont-elles des rapports de forces entre rangs et statuts établis ? »⁴⁴⁰

Dominique Temple répondra à cette question par la négative : c'est pour lui *la pratique de la réciprocité* qui génère les liens particuliers d'amitié observés séparément par lui-même et par Paul Jorion dans le cadre du marché breton de la pêche à la sardine entre

⁴³⁶ Ellen MEIKSINS WOOD, *L'Origine du capitalisme*, op. cit., pp. 210-211.

⁴³⁷ Voir ci-dessous, à propos de l'amélioration indéfinie de la productivité du travail, pp. 168 ss.

⁴³⁸ Cédric DURAND, *Le Capitalisme est-il indépassable ?*, Textuel, Paris 2009, p. 31.

⁴³⁹ PLATON, La République, dans *Œuvres de Platon*, vol. 9, trad. Victor Cousin, Paris 1833 ; <http://remacle.org/bloodwolf/philosophes/platon/cousin/rep1.htm>, 370b-371a, cité par Philippe SIMONNOT, *L'Erreur économique*, op. cit., pp. 166-167.

⁴⁴⁰ Dominique TEMPLE, *Réciprocité ou rapport de forces – Réponse à Paul Jorion* [a], 20.02.2011, <http://dominique.temple.free.fr/reciprocite.php?article500>, p. 2 ; c'est l'auteur qui souligne.

1910 et 1960⁴⁴¹, et non le contraire. Cette remarque est capitale et montre à quel point la contrainte exercée par le marché capitaliste peut exercer une profonde modification du tissu social tendant, dans ce domaine, à l'atomisation des acteurs et à la recherche de leurs intérêts individuels immédiats⁴⁴².

La perception du marché comme une *rencontre* de l'offre et de la demande défend l'idée du « produit comme une réponse à un besoin »⁴⁴³, les producteurs n'ayant pas d'autre moyen d'influencer la demande que par une production concurrentielle et de qualité, relayée par une information pertinente. Or la situation concrète diffère considérablement de cette vision idyllique et montre là aussi l'exercice d'un rapport de forces. Les profits étant, pour le capitalisme, générés par la maximisation de la productivité du travail, il est logique que sur son marché *l'offre oriente et détermine la demande*. Il ne s'agit pas d'entendre ce phénomène au sens où l'exprime la Loi de Jean-Baptiste Say (1803), pour laquelle « l'offre crée la demande » à travers la réinjection dans le système économique, sous forme de demande, des profits générés par la réalisation de la production, donc de l'offre⁴⁴⁴.

Il s'agit au contraire de prendre la mesure de trois considérations autrement moins naïves :

- l'amélioration sans fin de la productivité du travail, renforcée par l'anticipation de la concurrence, se développe pour elle-même, indépendamment du niveau de la demande ;
- ses conséquences nécessaires, à savoir la *fabrication* de la demande par la manipulation des besoins du « consommateur », au sens où Edward Bernays, dans son ouvrage *Propaganda*, l'entend, et sur lequel je reviendrai⁴⁴⁵ ;
- le fait que cette fabrication se trouve facilitée par un équilibre tendant à la concurrence monopoliste et non à l'atomisation des producteurs.

□ *Une logique d'extension*

La nécessité *absolue* d'obliger tous les acteurs à passer par son marché, plus encore que sa volonté de maximisation du profit et d'accumulation indéfinie, contraint le

⁴⁴¹ Voir Paul JORION, *L'Économie comme science de l'interaction humaine vue sous l'angle du prix*, 03.04.2012, <http://www.pauljorion.com/blog/?p=35573>, p. 162, cité par Dominique TEMPLE, *Réciprocité ou rapport de forces* [a], op. cit., p.2.

⁴⁴² La reconnaissance d'une atomisation sociale par le marché capitaliste n'est pas incompatible avec la critique du modèle de la concurrence parfaite, dont l'une des conditions – illusoire – est l'atomicité des acteurs ; dans ce modèle en effet la notion d'acteurs n'inclut pas seulement les personnes physiques mais également les personnes morales, et l'influence de celles-ci sur le marché conduit, à l'équilibre, non pas à la concurrence parfaite mais à une concurrence monopoliste.

⁴⁴³ Michel VOLLE, *Prédation et prédateurs*, op. cit., p. 148.

⁴⁴⁴ Cédric DURAND, *Le Capitalisme est-il indépassable ?*, op. cit., p. 62 ; Philippe SIMONNOT, *L'Erreur économique*, op. cit., p. 144, note 1.

⁴⁴⁵ Voir ci-dessous, chap. « Manipulation et "Marketing", ou la fabrication du besoin », pp. 176 ss.

capitalisme à l'étendre sans cesse, en fonction d'une logique *extensive*⁴⁴⁶ qui se développe selon deux axes différents : quant à son étendue géographique – lorsque le capitalisme s'étend à des régions qui n'étaient pas acquises à son système, et quant aux domaines qu'il englobe, assurant « une pénétration toujours plus profonde de l'activité humaine et biologique ». La marchandisation de la connaissance, à l'origine des métamorphoses actuelles de la propriété intellectuelle, s'inscrit dans ce second type d'extension⁴⁴⁷. Pour que le marché soit réellement coercitif, il doit en effet couvrir *tous* les domaines auxquels la société humaine attribue une importance quelconque, alors que sa dynamique d'accumulation des profits le conduit à créer sans cesse de nouveaux besoins, afin d'étendre encore le périmètre mercantile.

Anselm Jappe ne dit pas autre chose concernant le caractère inexorable de l'extension du marché capitaliste et son double axe de développement, tout en l'attribuant à la chute continue de la masse de profit que la notion capitaliste de la valeur⁴⁴⁸ entraîne :

« La société marchande est par nature illimitée, elle doit toujours croître, toujours trouver d'autres secteurs d'expansion pour contrecarrer la chute de la masse de profit [...]. C'est une société qui ne peut être stable à la manière des sociétés qui l'ont précédée, c'est une société qui doit s'agrandir extensivement et intensivement. Tout au long du XX^e siècle, elle a fait passer dans la sphère marchande des activités qui ne l'étaient pas. »⁴⁴⁹

Lorsqu'il expose ce phénomène d'extension sous l'angle marxien⁴⁵⁰ des rapports de production, le géographe David Harvey met en lumière deux phénomènes que sont l'*accumulation par l'exploitation du travail*, qui voit les tenants du capital profiter du surtravail de l'employé, et l'*accumulation par expropriation*, qui rassemble les procédés, d'inspiration néolibérale, par lesquels les mêmes fortunes confisquent les actifs publics dans le cadre de privatisations, suppriment les droits sociaux de la population sous prétexte d'économies publiques ou socialisent leurs pertes lors des crises financières⁴⁵¹ ; ce phénomène de socialisation des pertes privées et de

⁴⁴⁶ La logique *intensive* de l'accumulation capitaliste, telle que développée par l'école française de la régulation, relève, elle, de la poursuite de l'amélioration de la productivité.

⁴⁴⁷ Robert BOYER, *Théorie de la régulation*, La Découverte, Paris 2004, pp.53-61, cité Cédric DURAND, *Le Capitalisme est-il indépassable ?*, op. cit., p. 41.

⁴⁴⁸ Voir ci-dessous, chap. « Production concurrentielle », pp. 160 ss.

⁴⁴⁹ OVERBLOG.FR, *Discussion avec Anselm Jappe autour de son livre "Les Aventures de la marchandise. Pour une nouvelle critique de la valeur"*, (ci-après : *Discussion avec Anselm Jappe*), compte-rendu de l'entretien du 23.11.2004 qui eut lieu à la Maison des Sciences Économiques, Paris, devant un parterre d'économistes, http://sd-1.archive-host.com/membres/p/4519779941507678/Discussion_avec_Anسلم_Jappe_novembre_2004.pdf, p. 20.

⁴⁵⁰ À la suite de Jean-François Malherbe, il me semble préférable d'utiliser ce terme afin d'éviter de confondre l'analyse critique que Marx a fait du capitalisme – qui reste plus que jamais d'actualité – et l'idéologie façonnée principalement sous l'égide de Lénine et de Staline, qui ont dévoyé sa pensée avec la fortune que l'on sait : « il est démontré depuis près de trente ans que ce que l'on appelle communément le "marxisme" est un ensemble de contresens commis à propos de la pensée de Marx » (Jean-François MALHERBE, *La Démocratie au risque de l'usure*, op. cit., p. 36, note 8).

⁴⁵¹ David HARVEY, *Géographie de la domination*, Les Prairies ordinaires, Paris 2008, cité par Cédric DURAND, *Le Capitalisme est-il indépassable ?*, op. cit., pp. 41-42.

privatisation des bénéfices, contrairement à ce que prétend Philippe Simonnot⁴⁵², ne se limite hélas pas à la France : chiffré en dizaines de milliards de dollars, il apparut au grand jour en 2008 dans de nombreux autres pays, dont la Suisse⁴⁵³ et les États-Unis à l'occasion de la crise dite des « *subprime* ». Alvin Toffler, que l'on peut difficilement accuser de tentations marxiennes, dénonçait en 1990 déjà dans *Les Nouveaux Pouvoirs* cette répartition scandaleuse des risques et des profits mise en place par le capitalisme transnational⁴⁵⁴. Par les attaques qu'elles portent au domaine public, les récentes extensions du périmètre de protection du droit d'auteur relèvent du phénomène d'*accumulation par expropriation*.

L'extension du marché au domaine de la propriété intellectuelle coïncide avec la création de ce que Karl Polanyi dénoncera sous le terme de « marchandises fictives ». Dans son principal ouvrage, *La Grande Transformation*, cet auteur montre que le développement du capitalisme n'est pas dû au seul progrès technique, mais également à des mutations sociales. Parmi elles, c'est à ses yeux l'apparition du marché libre, autrement dit autorégulé, qui a permis un renversement fondamental et qualitatif par rapport aux sociétés traditionnelles : alors qu'auparavant les valeurs sociales, portées par la culture, la religion, la politique et les structures familiales enchâssaient l'économie et lui dictaient ses règles, l'autonomisation du marché et son extension du fait de l'intégration des « marchandises fictives » que sont la terre, le travail humain et la monnaie, opèrent le « désencastrement » de l'économie et de la technique⁴⁵⁵ ; ce sont elles désormais qui régulent l'ensemble des rapports sociaux. Dès lors, les domaines de la production et de la distribution des biens échappent au contrôle de la population et de la politique⁴⁵⁶, alors que l'économie prétend de son côté pouvoir s'affranchir de toute référence extérieure, en particulier de tout jugement éthique. J'y reviendrai⁴⁵⁷.

⁴⁵² Philippe SIMONNOT, *L'Erreur économique*, op. cit., p. 147.

⁴⁵³ Il s'agit notamment de la reprise des dettes d'UBS par la Confédération helvétique dans le cadre de la crise américaine des « subprimes ». Le Conseil fédéral et la Banque nationale suisse ont renfloué en octobre 2008 par des fonds publics la dette privée d'UBS à hauteur de 60 milliards de dollars américains selon les sources officielles de l'époque (68 milliards de dollars pour le syndicat UNIA), soit une fois et un quart la somme nécessaire pour éradiquer de manière durable la faim sur la planète (cf. l'Hebdo, n°21 (20 mai 2009), p. 16)... La théorie de la redistribution des richesses, en soi extrêmement discutable, a été une fois de plus invoquée pour justifier cette décision qui endettera la Suisse pour de très nombreuses années. Cette reprise des risques était d'autant plus choquante que les pertes du principal établissement bancaire suisse provenaient essentiellement de placements inconsidérés dus à l'avidité et l'irresponsabilité de ses cadres, le système de bonus pratiqué encourageant indiscutablement les profits à court terme. L'établissement bancaire, après un *mea culpa* de façade, n'a semble-t-il toujours pas changé en profondeur sa pratique à ce jour.

⁴⁵⁴ Alvin et Heidi TOFFLER, *Les Nouveaux Pouvoirs – Savoir, richesse et violence à la veille du XXI^e siècle*, Fayard, Paris 1991 [1990].

⁴⁵⁵ Geneviève AZAM, *La séparation féminin / masculin et l'imaginaire d'une expansion illimitée* (ci-après : *La séparation féminin / masculin*) [a], dans Le Passant Ordinaire n°50 (octobre-décembre 2004) ; <http://www.passant-ordinaire.com/revue/50-699.asp>, p. 2.

⁴⁵⁶ Ellen MEIKSINS WOOD, *L'Origine du capitalisme*, op. cit., pp. 35-36.

⁴⁵⁷ Voir ci-dessous, chapitre « Utopies d'une économie auto-référente », pp. 198 ss.

L'extension des domaines couverts par le marché capitaliste passe donc par la création des « marchandises fictives » que sont la terre, le travail et la monnaie : ces trois éléments qui sont la « substance de la société » ont été transformés en marchandises circulant sur le marché alors qu'ils n'avaient pas nature à l'être, dans la mesure où une marchandise se définit comme quelque chose qui est avant tout produit pour être vendu. Que nous contestions ou non le caractère choquant de ces mutations, il nous faut accepter l'idée qu'aucun de ces trois éléments n'a été créé *en vue* d'être vendu ; de plus, le fait qu'ils aient des effets réels ne les empêche pas d'être des fictions⁴⁵⁸. Dans sa *Conférence d'Albuquerque* donnée en février 2000 à l'occasion du vingtième anniversaire du Centre de documentation intercontinental⁴⁵⁹, Noam Chomsky brosse à grands traits le tableau socio-économique de son pays aux débuts de la révolution économique, soit aux alentours de 1850. C'est pour lui l'occasion de montrer à quel point le développement du salariat a pu choquer les contemporains quant à son principe même :

« il existait une presse ouvrière indépendante très active dirigée par des jeunes femmes, ou, en ville, par des artisans. Ils stigmatisaient la "dégradation et la soumission" induites par le système industriel naissant, qui obligeait les gens à se louer pour survivre. Il est aussi nécessaire que, peut-être, difficile, d'imaginer que le travail salarié n'était alors pas loin d'être considéré comme une véritable forme d'esclavage, non seulement par les travailleurs des fabriques, mais par une grande partie de l'opinion commune – voir Abraham Lincoln, le Parti Républicain, ou même certains éditoriaux du *New York Times* (qu'ils préféreraient peut-être oublier aujourd'hui). Les travailleurs s'opposaient au retour dans le système industriel de ce qu'ils appelaient des "principes monarchiques", et arguaient que ceux qui travaillaient dans les manufactures devraient en être les propriétaires – l'essence même du républicanisme. »⁴⁶⁰

Cette sensation des contemporains en dit assez long sur la nature fondamentalement avilissante du salariat et sur la véritable transformation qu'il opère du salarié en simple *marchandise* : louer son temps, c'est en un sens se vendre soi-même. Maurice Zundel, en grand sage qu'il était, n'affirmait-il pas : « le temps, c'est vous » ?⁴⁶¹ L'expression actuelle de « *body-leasing* » adoptée par les Anglo-saxons ou celle des conseillers en placement nous invitant à « nous vendre » mieux est particulièrement significative de la subordination essentielle que ce type d'accord entraîne.

□ *L'argent comme instrument de pouvoir*

Alvin et Heidi Toffler confirment à leur manière la contrainte exercée par le marché lorsqu'ils relèvent que « c'est l'industrialisation qui a fait de l'argent l'outil primordial du pouvoir » ; dans la mesure où les époux Toffler ignorent à peu près tout de l'existence du capitalisme agraire, on peut interpréter leur remarque comme

⁴⁵⁸ Geneviève AZAM, *La Connaissance, une marchandise fictive* [a], dans La Revue du MAUSS, n°29 (1^{er} semestre 2007), Avec Karl Polanyi, *contre la société du tout-marchand*, pp. 110-126 ; p. 112.

⁴⁵⁹ *Interhemispheric Resource Center*

⁴⁶⁰ Noam CHOMSKY, *Sur le contrôle de nos vies*, conférence prononcée à Albuquerque (Nouveau Mexique) le 26 février 2000, Allia, Paris 2007, p. 16.

⁴⁶¹ Phrase rapportée par Marc Donzé lors d'une de ses conférences.

s'appliquant non à l'industrialisation mais au marché capitaliste lui-même, dont l'argent trace le périmètre des échanges. La nature du capitalisme le conduit à transformer un simple *médium* en outil de pouvoir d'une qualité supérieure à la violence parce que « beaucoup plus souple et adaptable », autrement dit : beaucoup plus sournois. La violence physique ne permet en effet que de punir, alors que, dans un système où la population en dépend de manière accrue pour assurer sa survie et où, suite au développement des services, il achète à peu près tout ce que l'on peut imaginer, jusqu'aux loisirs les plus extravagants, l'argent permet non seulement de punir mais aussi de récompenser en permettant à ceux que l'on enrichit de pouvoir combler la plupart de leurs désirs – et ce sans même avoir à connaître ces derniers⁴⁶². La contrainte sur la société civile par le marché capitaliste est du reste jugée si forte par Alvin et Heidi Toffler que les auteurs parlent de « sous-traitance » de la violence en mains de l'État par les milieux économiques⁴⁶³, pas seulement en raison du fait qu'ils auraient acheté les partis politiques, mais en raison du contrôle social de première main que le marché permet :

« Si l'argent n'a pu devenir plus tôt le moyen principal du contrôle social, c'est tout simplement parce que la plus grande part de l'humanité restait en dehors de l'économie monétaire. Avant l'ère industrielle, les paysans produisaient eux-mêmes l'essentiel de leur nourriture, construisaient leur habitation et confectionnaient leurs vêtements. Mais dès que les usines remplacèrent les fermes, les gens cessèrent de se nourrir eux-mêmes et n'eurent plus pour survivre d'autre espoir que l'argent. La dépendance entière à l'égard du système monétaire, par opposition à l'autosubsistance ancienne, transforma toutes les relations de pouvoir. »⁴⁶⁴

Adam Smith révèle des aspects remarquablement modernes de sa pensée lorsqu'il traite du pouvoir que l'argent apporte à celui qui en possède à travers le temps qu'il lui permet d'économiser en louant celui de ses contemporains :

« Un homme est riche ou pauvre, suivant les moyens qu'il a de se procurer les choses nécessaires, commodités ou agréables de la vie. Mais la division une fois établie dans toutes les branches du travail, il n'y a qu'une partie extrêmement petite de toutes ces choses qu'un homme puisse obtenir directement par son travail; c'est du travail d'autrui qu'il lui faut attendre la plus grande partie de toutes ces jouissances; ainsi, il sera riche ou pauvre, selon la quantité de travail qu'il pourra commander ou qu'il sera en état d'acheter »⁴⁶⁵.

Cette transformation de l'argent en instrument de pouvoir social va dans le même sens que celle dénoncée par Karl Polanyi ; elle sera rappelée lorsqu'il s'agira de comprendre les mécanismes de manipulation qui faussent le « libre » marché, ainsi que le pouvoir exercé par les détenteurs de richesses sur ceux qui se trouvent par la force

⁴⁶² Alvin et Heidi TOFFLER, *Les Nouveaux Pouvoirs*, op. cit., pp. 64-65 ; pp. 581-582 ; l'argent compris comme *medium* fait en effet que celui qui détient l'argent n'a pas besoin de connaître la destination des sommes qu'il verse aux tiers pour qu'ils puissent financer leurs projets.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 61.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 65 ; à la suite d'Ellen Meiksins Wood, il est aisé de rétablir la véritable cause de ce pouvoir du marché sur la société civile ; reste ici la reconnaissance de la force contraignante de ce pouvoir.

⁴⁶⁵ Adam SMITH, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des Nations*, Economica, Paris 2000 [1776] ; http://classiques.uqac.ca/classiques/Smith_adam/richeesse_des_nations_extraits/richeesse_nations_extraits.doc, livre I, chap. V, § 1.

des choses contraints de leur offrir leurs services pour assurer leur survie ; cette contrainte s'oppose à l'idée qu'un contrat qui n'est pas signé sous la menace de la torture est nécessairement libre et donc *juste* pour ses parties, théorie souvent invoquée pour légitimer la prétention du marché à l'autorégulation⁴⁶⁶. On se demandera en outre si la monnaie déjà, par son seul rôle de médium des échanges, ne vient pas interférer dans les rapports sociaux fondés avant tout sur la solidarité unissant les membres d'une communauté. La transformation de l'argent en marchandise, puis en instrument de pouvoir accomplirait cette tendance à la nucléarisation de la société, en définitive à son explosion. À l'inverse, Corina Iosif conclut son étude de la communauté aroumaine de Costanța en montrant comment elle s'est maintenue autour d'autres dynamiques que celles propres aux transactions capitalistes – la solidarité en particulier – tout en exerçant une influence extérieure insoupçonnée des économistes sur les échanges financiers mondiaux, si l'on considère les refinancements internes s'exerçant au sein des entreprises familiales asiatiques⁴⁶⁷.

□ *L'information et les œuvres comme instruments de pouvoir*

À ces trois « quasi-marchandises » que sont la terre, le travail et la monnaie, il nous faut actuellement en ajouter deux autres, soit l'information, dont le changement de nature entraîne celui du droit d'auteur, et le vivant, avec les brevets sur le vivant⁴⁶⁸. L'information participe tout d'abord de l'efficacité des deux premières formes de pouvoir que sont la force brute et la richesse : par l'intelligence artificielle embarquée dans les armes actuelles pour la première, par la gestion informatique et l'Internet pour la seconde. Devenu stratégique pour les entreprises et dans la mesure où le *savoir* opère une véritable « transmutation du pouvoir », le capitalisme se devait dès lors de l'intégrer à son marché, autrement dit de le transformer en marchandise sous la forme des simples *données* sur lesquelles il s'appuie, voire en tant qu'*information*. Pour Alvin Toffler, de tous les pouvoirs, le savoir serait le plus adaptable et le plus efficace de tous, permettant non seulement de punir et de récompenser, mais également de convaincre, de transformer un ennemi en allié et surtout de « reconnaître et contourner dès l'abord les mauvaises situations, évitant par-là le gaspillage de la force et de la richesse ».

Assimilant le *savoir* à une forme de *manipulation*, Alvin et Heidi Toffler remarquent :

« Le pouvoir de qualité supérieure n'est pas seulement capable de porter des coups, d'assurer le succès en forçant les autres à faire ce qu'on veut qu'ils fassent. Il possède des capacités beaucoup plus élevées : son efficacité consiste à obtenir un résultat en utilisant une quantité de pouvoir

⁴⁶⁶ Voir ci-dessous, chap. « Manipulation et Marketing », pp. 176 ss.

⁴⁶⁷ Corina IOSIF, *L'Entreprise de la parenté – Réseaux d'échanges entre les Aroumains de Costanța*, Fundației Pentru Studii Europene, Cluj-Napoca 2009, pp. 236 ss.

⁴⁶⁸ Geneviève AZAM, *Pour une pensée de la limite – L'exemple de la privatisation du vivant* [a], communication faite au III^e Colloque international de la recherche féministe francophone, « Ruptures, résistances et utopies », Toulouse, 17-22 septembre 2002, dans *Revue du MAUSS* n°21 (1^{er} semestre 2003), pp. 301-309.

minimale. Le savoir peut souvent amener l'autre à *aimer* vos objectifs et votre action, il peut même le persuader que c'est lui qui les a proposés. »⁴⁶⁹

Les industries « culturelles » – appelées aussi « industries du loisir », terme qui leur convient beaucoup mieux –, dont le chiffre d'affaires dépend exclusivement de l'exploitation marchande d'œuvres de toutes sortes protégées par le droit d'auteur, ont également fortement appuyé la mutation de la propriété intellectuelle afin de parfaire l'assimilation des *œuvres* en marchandises.

□ *Un instrument de redistribution sociale*

Les libéraux prétendent parfois s'inquiéter davantage des moyens de production, reprochant aux sensibilités « de gauche » de ne songer qu'à partager des richesses qu'ils n'auraient pas contribué à produire. Rien n'est plus faux hélas. Par la contrainte du marché, le capitalisme s'assure d'un formidable outil de concentration des richesses aux mains de ceux qui détiennent le marché, à savoir les puissances financières et les détenteurs des moyens de production ; il ne se soucie guère d'organiser, en tant que système, la production, si ce n'est par le biais d'une mise sous contrainte des acteurs. Cette contrainte, c'est l'organisation d'un environnement de concurrence – s'exerçant plus particulièrement sur les producteurs – qui l'assure, et qui va à son tour non seulement forcer ces derniers à mettre en concurrence leurs employés, mais à abuser leurs clients.

Production concurrentielle

La seconde caractéristique du capitalisme tient aux contraintes liées à une production concurrentielle. À la différence même des marchands hollandais du XVIII^e qui allèrent jusqu'à développer des techniques permettant d'accroître la productivité, le marchand capitaliste s'intéresse dès le début davantage à la production des produits qu'à leur circulation⁴⁷⁰ ; c'est ce qui explique que la Hollande a, contrairement à l'Angleterre, « manqué » la transition vers le capitalisme industriel : tout simplement parce qu'elle n'était pas capitaliste, et que sa structure sociale ne l'y a pas poussé. La concurrence n'a pas toujours été considérée comme un moteur de progrès, tant s'en faut : dans les économies pré capitalistes, les marchés étaient délibérément réglementés et le commerce local jalousement protégé, car la concurrence était perçue comme un facteur de désorganisation ; les marchés fonctionnaient davantage sur le modèle de la complémentarité que de la concurrence⁴⁷¹.

□ *Une concurrence entre producteurs*

Avec le capitalisme, la production qui est considérée comme source essentielle de profit, et c'est dans ce domaine que s'exerce la plus vive concurrence. La production concurrentielle, accentuée par l'intégration de toutes les activités en un seul marché,

⁴⁶⁹ Alvin et Heidi TOFFLER, *Les Nouveaux Pouvoirs*, op. cit., p. 34 ; c'est l'auteur qui souligne.

⁴⁷⁰ Ellen MEIKSINS WOOD, *L'Origine du capitalisme*, op. cit., pp. 139-141.

⁴⁷¹ *Ibid.*, pp. 34-35.

pousse à son tour à un accroissement constant de la productivité du travail⁴⁷² ; cette description du système correspond historiquement, on l'a vu, à la nécessité où les fermiers producteurs ont été placés par les propriétaires terriens de surclasser constamment les offres de leurs concurrents lors de mises aux enchères pour pouvoir accéder à l'incontournable « moyen de production » de leur activité que devenait ainsi la terre⁴⁷³. On retrouve aujourd'hui cet aspect fondateur du système dans le rapport unissant actionnaires et entreprises, en particulier sur le marché boursier. La volatilité des cotations boursières et l'exigence de rendement de l'ordre de treize à quinze pour cent annuels des placements spéculatifs – la fameuse « croissance à deux chiffres » – nourrissent l'implacable mise en concurrence des entreprises pour accéder aux « moyens de financement »⁴⁷⁴ et les place dans les mêmes conditions que les fermiers anglais du XVI^e siècle. Cette pression s'applique à la plupart des entreprises, qu'elles soient ou non cotées en bourse : l'unité contraignante du marché capitaliste les place en concurrence face aux investisseurs, et les profits exorbitants inscrits dans une perspective à court terme que ces derniers en attendent génèrent un déséquilibre constant au sein du système.

La mise en concurrence des producteurs s'exerce de fait à deux niveaux : tout d'abord pour l'accession aux moyens de production, face aux détenteurs du capital, qu'ils en soient les propriétaires directs (en tant que propriétaires des infrastructures mises à disposition) ou indirects (en tant que détenteurs des ressources financières) ; ensuite entre eux, face à la demande. Cette pression constante de la concurrence rejait sur les personnes travaillant pour les producteurs, autrement dit sur les salariés, qui, en tant que consommateurs finaux, composent à leur tour la demande aux côtés des producteurs, lorsque ces derniers acquièrent leurs moyens concrets de production. Comme on le voit, les seuls acteurs à ne pas subir directement de pression de la part du système sont les détenteurs du capital, et ceux sur lesquels cette pression s'exerce au premier chef sont les producteurs ; mais ce sont les salariés qui la subissent avec le plus de virulence, vu leur position de faiblesse par rapport aux deux premiers types d'acteurs ; si l'on retrouve ces mêmes salariés en position de force lorsqu'ils endossent le rôle de consommateurs, cette force reste dans bien des cas toute théorique, le modèle de la concurrence parfaite se révélant un leurre, sans compter que les avantages qu'ils retirent de l'apparente abondance du marché reste discutable sur bien des points. Il s'agit là bien sûr d'une analyse simplificatrice de la situation. Ainsi les fonds de pension, qui représentent indirectement, sous une forme collective, les intérêts des

⁴⁷² *Ibid.*, p. 120.

⁴⁷³ La terre est réduite à un moyen de production dès lors que ceux qui la travaillent n'en sont pas immédiatement propriétaires, par transmission de leurs ancêtres, qui en fait à la fois les gérants et les fils. On entrevoit ici le caractère éminemment réducteur de l'approche économique, qui n'est gênant que par la prétention des économistes à décrire le monde tel qu'il est plutôt que sous l'angle des seuls échanges économiques. Seul le capitalisme considère la terre comme un moyen de production ; c'est pour une part ce que Karl Polanyi soulignera en la plaçant parmi les « marchandises fictives ».

⁴⁷⁴ De fait, à l'heure actuelle, compte tenu des rendements exorbitants qui sont exigés d'elles et de la volatilité des acquisitions en bourse, ce sont plutôt les entreprises qui financent les actionnaires, et non l'inverse.

salariés, constituent-ils des acteurs clefs de la pression financière exercée sur les marchés boursiers à l'encontre des entreprises – et donc à l'encontre des conditions de travail des salariés eux-mêmes.

Les deux niveaux de mise en concurrence subis par les producteurs se retrouvent dans la capacité d'anticipation qui est exigée d'eux, et qui renforce la pression qu'ils subissent. D'une part, la production se voit contrainte d'anticiper sans cesse les besoins en consommation, générant un déséquilibre systémique entre production et consommation ; ce déséquilibre récurrent figure du reste parmi les traits caractéristiques du capitalisme⁴⁷⁵. D'autre part, pour pouvoir proposer la plus haute mise lors des enchères et accéder aux moyens de production, les producteurs doivent anticiper par une estimation nécessairement hardie le profit qu'ils espèrent en tirer, charge à eux de tout faire par la suite pour augmenter le rendement passé, notamment en améliorant sans cesse leur organisation et leurs techniques de production. L'estimation trop timorée ou trop optimiste les conduira inexorablement à la faillite, le propriétaire des moyens de production leur en refusant l'accès ou exigeant son dû indépendamment de la production. Le crédit, auquel les entreprises sont de nos jours contraintes de recourir à l'excès, traduit la même réalité : « le crédit signifie dépenser à l'avance ce que l'on pense gagner plus tard »⁴⁷⁶. Le principe commercial dominant du capitalisme est donc la génération d'une plus-value tirée de la production, grâce à la mise en compétition des acteurs. Il se distingue en cela d'économies poursuivant un profit sur l'aliénation par l'achat à bon marché de produits revendus cher⁴⁷⁷, en particulier par des pratiques d'arbitrage entre marchés relativement isolés les uns des autres, mais qui ne sont en principe plus possibles dans le contexte de marché unique propre au capitalisme. Il est essentiel de comprendre que le développement d'un marché concurrentiel d'ampleur nationale, puis internationale, est l'effet du capitalisme et de sa société de marché et non le contraire. La mise en place d'un tel marché suppose en effet des changements profonds dans les méthodes d'exploitation, ainsi qu'une nette séparation du pouvoir politique et coercitif de l'État d'avec le pouvoir d'exploitation économique – détenu en l'occurrence par les propriétaires fonciers.

□ *Vers une concurrence monopolistique*

La concurrence tendue à la limite de la rupture qui s'exerce sur la production conduit les fabricants à nécessairement viser une position de monopoleur – de fait ou de droit – sur le marché, voire à s'inscrire dans le cadre d'une concurrence monopoliste, plus rentable encore pour les acteurs qui l'exercent : il n'y a pas de meilleure maximisation du profit que pour celui qui, ayant éliminé les acteurs capables de menacer sa position,

⁴⁷⁵ Ellen MEIKSINS WOOD, *L'Origine du capitalisme*, op. cit., p. 220.

⁴⁷⁶ OVERBLOG.FR, *Discussion avec Anselm Jappe*, op. cit., p. 22.

⁴⁷⁷ Ellen MEIKSINS WOOD, *L'Origine du capitalisme*, op. cit., p. 123.

donne néanmoins à tous l'illusion d'une concurrence acharnée⁴⁷⁸. Philippe Simonnot, dans sa critique de la théorie de la « concurrence parfaite », affirme ce qu'actuellement tout un chacun peut constater par lui-même : « l'objectif de tout producteur, de tout acteur de l'économie, c'est bien de tendre vers une situation de monopole »⁴⁷⁹. Pour les plus compétitifs d'entre eux, leur parcours – de leur entrée sur le marché à leur accession à la position d'acteur dominant – les voit curieusement osciller d'une position à l'autre, de manière en apparence paradoxale mais que la défense de leurs propres intérêts du moment explique tout à fait : farouches défenseurs de la concurrence lorsqu'ils nourrissent l'espoir de grandir, on les voit dès qu'ils acquièrent une position dominante s'inscrire contre le maintien d'une concurrence qu'ils jugent avec raison « artificielle ». Le capitalisme, dont les producteurs visent ultimement une position de monopoleur du fait de la concurrence productiviste qui caractérise le système, poursuit en définitive l'éradication de toute véritable concurrence. L'équilibre du système semble du reste tendre vers la concurrence monopoliste, puisque la tendance est à la diminution toujours plus forte du nombre d'entreprises qui contrôlent le marché mondial. Le capitalisme mondial est en effet dans les chiffres bien loin d'être une compétition aussi ouverte qu'on le croit d'ordinaire⁴⁸⁰.

De nos jours, la propriété intellectuelle participe précisément de cette stratégie monopoliste. Les avantages de la concurrence, qui sont censés profiter au consommateur, sont devenus parfaitement illusoire dès que les principaux acteurs, en particulier par la mondialisation du marché et les progrès de l'informatique, ont acquis les moyens d'étendre leur réseau sur la planète entière et de racheter ou d'éliminer leurs principaux concurrents.

Faut-il voir à la suite de Michel Volle dans la concurrence monopoliste un retour à la prédation féodale ou l'assimiler comme il le fait à une forme de corruption⁴⁸¹ ? Michel

⁴⁷⁸ Michel VOLLE, *Le suicide d'une entreprise* [a], 09.10.2009, <http://michelvolle.blogspot.com/2009/10/Le-suicide-dune-entreprise.html> ; Michel VOLLE, *Prédation et prédateurs*, op. cit.

⁴⁷⁹ Philippe SIMONNOT, *L'Erreur économique*, op. cit., p. 236.

⁴⁸⁰ S'appuyant sur la base de données Orbis 2007 contenant de nombreux renseignements sur quelque 37 millions de sociétés, une toute récente étude menée par Stefania Vitali, James B. Glattfelder et Stefano Battiston de l'École Polytechnique fédérale de Zurich (EPFZ), après avoir sélectionné parmi elles 43'060 entreprises transnationales telles que les définit l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), a mis en évidence, grâce aux 600'500 liens directs ou indirects entre ces firmes – notamment au travers de leurs actionnaires principaux –, un réseau très dense contrôlé par seulement 147 transnationales, très imbriquées entre elles, au sein duquel la banque Barclays semble jouer un rôle particulièrement actif. On ne s'étonnera pas davantage de voir apparaître UBS dans le groupe de tête de ces sociétés, à la neuvième place. Des études précédentes avaient déjà laissé deviner la grande concentration de pouvoir à l'échelle mondiale, mais, étant la première à tenir compte des liens indirects de propriété entre elles, elle permet de mieux évaluer le pouvoir effectif des actionnaires minoritaires (VITALI Stefania, GLATTFELDER James B., BATTISTON Stefano (EPFZ), *The Network of Global Corporate Control*, 19.09.2011; <http://fr.scribd.com/doc/68663351/Stefania-Vitali-James-B-Glattfelder-Stefano-Battiston-The-Network-of-Global-Corporate-Control> [r]; résumé du rapport : Philippe RODRICK, *Moins de 150 entreprises contrôlent la planète*, dans Tribune de Genève, 24.10.2011, <http://archives.tdg.ch/actu/economie/150-entreprises-controlent-planete-2011-10-24>).

⁴⁸¹ Michel VOLLE, *Prédation et prédateurs*, op. cit.

Volle définit la prédation comme « une relation où l'une des deux parties est en mesure d'imposer à l'autre une transaction sans contrepartie. »⁴⁸² En ce sens, il ne fait aucun doute que la concurrence monopolistique, par la position dominante qu'elle accorde, permet d'imposer sa volonté aux autres acteurs économiques. Il ne fait pas davantage de doute que la pression exercée par la concurrence au sein du marché capitaliste encourage la corruption comme elle attise un comportement à la fois individualiste et fraudeur des acteurs économiques. Il semble toutefois difficile, une fois identifiées les véritables caractéristiques du système, de voir dans cette concurrence monopoliste un retour à la féodalité, d'autant plus que cette dernière s'oppose au capitalisme par bien des points essentiels. L'analyse de Michel Volle repose sur une approche « naturalisante » du capitalisme, doublée de l'illusion qu'il serait possible de revenir à un « capitalisme d'avant ». Contrairement à ce que prétend Michel Volle⁴⁸³, le capitalisme ne poursuit aucunement l'échange équilibré, mais bien la maximisation du profit, dont la logique s'oppose à terme à toute idée d'échange équilibré. Sans doute cette position est-elle due au fait que l'auteur, lorsqu'il indique que l'économie contemporaine ne confronte plus ouvriers et détenteurs du capital mais entrepreneurs et prédateurs⁴⁸⁴, ne voit pas que ces deux luttes s'additionnent au lieu de se succéder – la classe des salariés remplaçant celle, plus restreinte, des ouvriers –, et qu'elles constituent toutes deux les conséquences progressives des mêmes caractéristiques fondamentales du capitalisme. Il est assez naïf de penser que les détenteurs du capital sont devenus plus aimables envers les ouvriers, et que nous connaissons à l'heure actuelle « l'économie la plus paisible et la plus prospère que l'humanité ait jamais connue »⁴⁸⁵, d'autant plus que l'auteur admet que « ce sont désormais les entreprises qui subventionnent les actionnaires et non l'inverse »⁴⁸⁶, et que « la pression des fonds de placement a incité les entreprises à comprimer les salaires outre mesure, la délocalisation a déplacé le travail vers les zones à bas salaires. Ces deux phénomènes ont privé les salariés du fruit du gain de productivité »⁴⁸⁷. Si, par ailleurs, il s'avère « plus facile de s'emparer de produits qui existent que de produire »⁴⁸⁸, il ne faut y voir que la poursuite d'une même logique, plus fondamentale que celle de la production, qui est celle de la maximisation du profit. La production, elle, n'est pas pour autant négligée par le système, puisqu'elle continue d'exercer sa pression sur les salariés à travers la recherche de l'amélioration illimitée de la productivité, tout en restant subordonnée à la maximisation du profit et à l'accumulation illimitée du capital.

⁴⁸² *Ibid.*, p. 9.

⁴⁸³ *Ibid.*, p. 23 ; p. 113.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, pp. 23-24.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 23.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 55.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 57.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, p. 21.

Ainsi la concurrence monopoliste n'a semble-t-il rien d'un « accident » du capitalisme, mais s'avère correspondre à son équilibre systémique, fort éloigné du modèle de concurrence parfaite qui sert encore pourtant bien souvent de référence pour le décrire et le défendre. La concurrence monopoliste n'est pas non plus assimilable à un « retour à la féodalité » : la féodalité permettait la prédation comme moyen extra-économique d'appropriation, alors que l'appropriation prédatrice actuelle s'effectue par des moyens essentiellement économiques, si bien que cette prédation d'un nouveau type n'a de commun avec la féodalité que sa violence – partagée au demeurant par toutes les époques de l'Histoire. La concurrence des producteurs entre eux se conclut à l'avantage des producteurs, aux dépens des consommateurs finaux.

□ *Une concurrence entre salariés*

Dans le système capitaliste, ce ne sont pas tant les producteurs qui sont en concurrence face à leurs clients, mais les salariés face à leurs employeurs, eux-mêmes soumis aux exigences de leurs investisseurs, comme le montre la première version – agraire – du système. Lorsque Philippe Simonnot s'oppose à cette vision des choses au nom de « l'absurdité d'un monopole patronal de l'embauche »⁴⁸⁹, sa remarque ne résiste pas à la critique. Certes, le discours sur les rapports économiques ne peut reléguer l'individu au second plan, les lois économiques portant comme nous l'avons vu sur des choix, ceux-ci étant nécessairement le fait d'individus concrets ; c'est du reste ce qui nous permet d'affirmer que l'économie n'est pas une science⁴⁹⁰. La réflexion économique sur les rapports de classe doit donc rester critique, mais elle n'en demeure pas moins instructive pour comprendre la dynamique du système. Cela ne veut pas dire non plus que les découpages entre classes sociales opérés par Karl Marx ou ses explications concernant l'exploitation des travailleurs par le patronat soient nécessairement pertinents : « bourgeois », voire « employeur », ne sont pas synonymes de « capitaliste »⁴⁹¹, et la pression sur les salaires ne peut décemment pas s'expliquer par une concertation de type cartellaire entre employeurs⁴⁹². Il n'en demeure pas moins que prétendre que la séparation entre entrepreneurs et salariés tient au seul goût du risque des seconds est non seulement discutable, mais quelque peu cynique.

Sans s'inscrire en faveur de la *loi d'Airain* promulguée par Ferdinand Lassalle, laquelle veut que le salaire offert par le marché du travail se limite, à l'équilibre, au salaire de subsistance, notre expérience nous montre toute la difficulté qu'éprouve une part de plus en plus importante de la société à ne pas s'endetter pour survivre, *a fortiori* à financer ses études, faire des économies ou obtenir un prêt pour s'installer à son compte. Si la démonstration logique de Philippe Simonnot⁴⁹³ montre qu'il est

⁴⁸⁹ Philippe SIMONNOT, *L'Erreur économique*, op. cit., p. 209.

⁴⁹⁰ Voir ci-dessus, partie 02 (« De l'épistémologie du droit à la méthodologie transdisciplinaire »), chapitre « Science et rationalité : l'exemple de l'économie », pp. 51 ss.

⁴⁹¹ Ellen MEIKSINS WOOD, *L'Origine du capitalisme*, op. cit., pp. 287 ss.

⁴⁹² Voir notamment Philippe SIMONNOT, *L'Erreur économique*, op. cit., p. 208.

⁴⁹³ *Ibid.*, pp. 210-211

erroné d'affirmer comme l'a fait Karl Marx que la plus-value tirée par l'employeur du travail de ses employés correspond au produit du taux d'exploitation – toujours le même chez Karl Marx puisque dû au rapport de classes – et de la charge salariale, elle ne prouve pas pour autant l'absence de toute exploitation. La société capitaliste poursuit bien l'avantage de quelques-uns aux dépens de tous les autres. Il n'est en effet pas nécessaire pour qu'il y ait *exploitation* que l'intégralité du produit de la croissance profite aux seuls détenteurs du capital : il suffit que ces derniers en perçoivent la part essentielle. Or tel semble bien être le cas, non seulement en raison des comparaisons chiffrées entre accroissement des rendements boursiers et accroissement des salaires d'une part, ou entre salaires les plus élevés et salaires les plus bas d'autre part, mais aussi en raison des caractéristiques même du système. Hubert Guillaud, dans l'un de ses « papiers », rend compte du colloque qui eut lieu du 11 au 13 novembre 2011 à la Maison des jeunes et de la culture de Grenoble (France), organisé autour de l'ouvrage collectif dirigé par Pierre Rosanvallon, *Refaire société*⁴⁹⁴. Pierre Rosanvallon y rappelait, comme exemple de décomposition sociale, la progression inquiétante de l'écart moyen de rémunération entre les plus petits salariés et leur PDG : ce rapport est passé de 1 à 40 au début du XX^e siècle à 1 à 400 de nos jours. Et d'ajouter qu'en France, « les 1% plus aisés accaparent 24% du patrimoine »⁴⁹⁵. Noam Chomsky relève qu'entre 1970 et 2000 les revenus de la majorité de la population américaine ont stagné ou décliné, alors que les heures de travail ont considérablement augmenté : ce pays étant « exceptionnellement riche », il voit dans ce déclin et dans la montée de la pauvreté le nécessaire résultat d'une politique sociale et non les conséquences d'un manque de moyens⁴⁹⁶. Il n'y a en outre pas lieu d'inventer une « théorie du complot patronal »⁴⁹⁷ pour justifier cette inégalité : les caractéristiques du système capitaliste – notamment la contrainte du marché unique et la production concurrentielle, laquelle entraîne une mise en concurrence des salariés entre eux fortement renforcée par la mondialisation – en rendent compte aisément.

⁴⁹⁴ Pierre ROSANVALLON (sous la dir. de –), *Refaire société*, Seuil / La République des Idées, Paris 2011.

⁴⁹⁵ Hubert GUILLAUD, *Que nous faut-il pour « Refaire société » ?*, dans InternetActu.net, n°312 (17 novembre 2011), <http://www.internetactu.net/2011/11/14/que-nous-faut-il-pour-refaire-société>, p. 1.

⁴⁹⁶ Noam CHOMSKY, David BARSAMIAN, *De la Propagande*, entretiens, Fayard, Paris 2001, p. 111.

⁴⁹⁷ On mentionnera tout de même l'existence du très confidentiel Groupe de Bildeberg, qui réunit chaque année à huis clos depuis 1954 le « gratin » politique, militaire, industriel et financier du monde occidental. Le Groupe de Bildeberg, dont les réunions ne font l'objet d'aucun compte rendu, demeure « un centre majeur de coordination de l'élite financière internationale » (Noam CHOMSKY, Denis ROBERT, Weronica ZARACHOWICZ, *Deux heures de lucidité*, op. cit., p. 52, note 1).

❑ *Le système de valeurs propre à la concurrence*

La mise en concurrence relève d'un système de valeurs bien particulier, qu'on oppose souvent à la solidarité. Elle rogne l'espace de décision collectif et politique cher à Jürgen Habermas au profit de l'individualisme, et participe de la sorte activement à l'encastrement de la société civile par le marché :

« Le néolibéralisme est un mode de gouvernement des hommes par la concurrence qui conduit les individus à adopter un comportement calculateur et intéressé. Des dispositifs d'incitation et de contrôle sont mis en place dans les entreprises comme dans les administrations publiques afin de maximiser à tous les niveaux la performance individuelle. [...] Le néolibéralisme a ainsi largement réussi à "construire" – plutôt que de "laisser faire" comme le voulait le vieux libéralisme – le champ de la concurrence en favorisant l'épanouissement de comportements opportunistes motivés par une rationalité étroitement individuelle. [...] Face à l'impératif de la performance individuelle chacun doit se débrouiller tout seul, voire contre les autres. Pour se conformer aux objectifs prescrits par la hiérarchie et affronter l'épreuve de l'évaluation, l'idée de la triche ou de la fuite peut germer et presque naturellement s'imposer. La tentation est d'autant plus forte qu'il n'existe plus d'espace collectif pour faire remonter les problèmes et amortir la souffrance liée à la mise en danger permanente de chacun. »⁴⁹⁸

La concurrence, nous le devinons, effrite la conscience collective au profit d'une somme d'individualités livrées à elles-mêmes dont l'idéologie libérale nous assure qu'elle travaille – à son insu – pour le plus grand bien commun : il est difficile de croire à cet exercice de l'esprit. Du reste, la mise en rapport des définitions courante et économique de la concurrence pointe bien le malaise : d'un côté la concurrence nous est présentée comme une compétition, comme une *rivalité* entre acteurs poursuivant le même objectif, où la réussite des uns passe par l'échec des autres ; de l'autre, par une mystification que l'on ne semble plus même remettre en cause et qui fait fi de la rhétorique martiale du monde des affaires⁴⁹⁹, cette lutte ouverte se transforme en « une forme d'organisation sociale des relations où domine un *souci d'égalité* des positions dans la relation économique entre celui qui offre (vendeur) et celui qui demande (acheteur) »⁵⁰⁰, autrement dit en un espace d'échange *paisible* où chacun reste libre de ses actions et se voit garantir par tous cette liberté...

Sans limite, la concurrence semble n'avoir en définitive pas d'autre fin qu'elle-même et nous renvoie à la question de l'autojustification de l'activité économique. Mais la critique la plus radicale que l'on puisse lui faire est sans doute celle du sens : Philippe Thureau-Dangin n'en dit-il pas qu'elle est « le moteur d'une histoire dépourvue de sens »⁵⁰¹ ? La concurrence reporte ses promesses dans un futur toujours fuyant ou ne les accorde jamais que pour un temps, devenant source d'angoisse ; elle soumet celui qui entre dans son jeu aux résultats obtenus par ses adversaires et fait de chacun l'ennemi de tous les autres. Ainsi la plupart des études récentes observent que la

⁴⁹⁸ Cédric DURAND, *Le Capitalisme est-il indépassable ?*, op. cit., pp. 93-94.

⁴⁹⁹ « la guerre économique », « tuer – ou étouffer – la concurrence », « occuper un marché »...

⁵⁰⁰ entre autre sources : La Toupie, <http://www.toupie.org/Dictionnaire/Concurrence.htm>, consulté le 24.11.2011 ; c'est moi qui souligne.

⁵⁰¹ Philippe THUREAU-DANGIN, *La Concurrence et la mort*, Syros, Paris 1995, p. 45.

concurrence a changé de nature ces dernières années : alors qu'elle opposait autrefois les entreprises entre elles, le salarié actuel a pour pire ennemi ses collègues de bureau⁵⁰².

Entrer dans la compétition, c'est avant tout accepter la comparaison sur un plan nécessairement réducteur, de type quantitatif, où personne n'est unique ; c'est accepter de ne pas être soi, c'est en fin de compte renoncer à sa qualité de *sujet*. À l'inverse, celui qui cherche à s'accomplir entre dans une dynamique où il ne peut tout simplement plus être en compétition avec qui que ce soit, y compris lui-même. Sujet se découvrant unique, il n'a plus guère de modèle ; les réponses formulées d'avance ne le concernent plus, et la place qui lui revient, personne ne pourra l'occuper en son nom. Ainsi en est-il de la véritable originalité. Or l'*originalité* n'est-elle pas la caractéristique essentielle exigée par le législateur pour qu'une œuvre puisse être protégée par le droit ? Ne constitue-t-elle pas l'essentiel du processus créatif ? Le domaine des œuvres de l'esprit semble donc, plus que toute autre activité humaine, étranger de l'esprit compétitif. Prétendre le protéger pour ce qu'il est nécessite donc de sortir résolument du modèle capitaliste actuel.

Amélioration constante de la productivité du travail

La recherche – elle aussi *illimitée* – de l'amélioration de la productivité du travail, une des caractéristiques les plus emblématiques du capitalisme et sans doute la plus dynamique de toutes, est parfaitement illustrée par l'injonction : « faire davantage avec moins ». C'est elle qui pousse le capitalisme à améliorer les techniques et à soumettre leur progrès à sa rationalité instrumentale, et non le contraire. Nous sommes toutefois si imprégnés de la logique de ce système économique que nous avons peine à concevoir qu'une telle orientation du progrès technique non seulement n'aille pas de soi mais n'ait jamais vu le jour avant lui. Car l'utilisation de la technique – *a fortiori* de la science – dans le but de maximiser la productivité du travail ne va pas de soi.

Avant l'avènement du capitalisme, nous l'avons vu, la technique progresse par à-coups, sous l'effet d'une contrainte du milieu due à une surexploitation des ressources accessibles, dans le but de franchir une « ligne de partage ». Il semble que c'est le capitalisme qui, assignant à la technique une autre raison d'être, l'a plongée dans l'état « pathologique » que déplore Jacques Neirynck⁵⁰³. C'est en effet avec le capitalisme qu'est né le souci de l'*improvement*, ou *amélioration*, un terme qui ajouta au sens de « rendre meilleur », de « changer en mieux », celui de « dépenses relatives à un bien en vue de lui procurer une plus-value et de réaliser un profit », l'*improver* désignant à l'origine celui dont l'activité améliore la rentabilité et la productivité d'une terre ; cette polysémie illustre à quel point le capitalisme assimile le Bien au profit⁵⁰⁴.

⁵⁰² Luc BOLTANSKI, Ève CHIAPELLO, *Le Nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard, coll. NRF Essais, Paris 1999.

⁵⁰³ Jacques NEIRYNCK, *La grande illusion de la technique – Manifeste pour un développement durable*, Jouvence, coll. Poches Jouvence, Saint-Julien-en-Genevois (France) 2006, p. 96.

⁵⁰⁴ Ellen MEIKSINS WOOD, *L'Origine du capitalisme*, op. cit., pp. 168-170.

Le caractère spécifique du progrès technique sous le régime capitaliste est d'autant plus patent que la recherche de la productivité est d'abord passée par une volonté appuyée de contrôle des exécutants, qui explique la création des premières manufactures, puis des premières usines, avant d'entraîner à son tour les améliorations techniques que les nouvelles conditions de surveillance rendaient soudain possible, engageant alors un jeu de va-et-vient sans fin de mesures techniques et organisationnelles⁵⁰⁵. Or la vision classique voudrait au contraire que ce soit l'apparition des machines qui ait justifié l'érection des usines et le rassemblement de la population ouvrière afin de les faire fonctionner.

Sous la poussée des exigences d'une amélioration de la productivité du travail, même l'avènement des TIC semble avoir également renforcé la dégradation des conditions de travail au sein des entreprises. Alors que l'on prédisait que leur essor redéfinirait la répartition des rôles entre l'homme et la machine, attribuant au premier les tâches les plus complexes – que l'on annonçait variées et autonomisantes, l'extension de l'automation laissant aux secondes l'exécution complète des processus répétitifs –, la nouvelle division des tâches semble avoir eu l'effet inverse : les salariés, dont on exige sans cesse une productivité accrue, sont davantage asservis à leur tâche. Cédric Durand résume ainsi la situation :

« Un salarié réalisant un travail fastidieux mais simple sur un poste de travail taylorien garde l'esprit libre une fois la phase d'apprentissage passée. Dans le cadre du néostakhanovisme, les salariés mis en responsabilité sont en revanche sommés de s'impliquer totalement : la polyvalence des tâches et un plus grand degré d'intellectualisation impliquent un surcroît de charge cognitive du travail, c'est-à-dire une absorption encore plus substantielle de l'individu dans le procès de travail. Il en résulte une augmentation du stress dont les conséquences sanitaires et humaines sont considérables et le coût économique majeur, puisqu'il a été évalué pour la France à 3% du PIB. »⁵⁰⁶

La logique d'asservissement de l'homme à la machine s'est ainsi transmise aux rapports que l'homme entretient avec l'ordinateur dans le cadre professionnel : la gestion « juste à temps » des flux que les systèmes d'information permettent renforce la pénibilité psychique, mais aussi physique du travail, entraînant une recrudescence des accidents professionnels. Par la mise en place de procédures et d'objectifs, où l'on remplace l'obéissance aux injonctions d'un chef par l'obligation de réagir sans fin aux flux qui lui parviennent, on enserré le salarié par des liens d'autant plus retors que l'intéressé – instrumentalisation suprême – a été impliqué dans la rédaction des directives qui l'astreignent. La mise en place d'indicateurs de performance individuels complète ce paysage inhumain, où la performance de chacun est mesurée et mise en concurrence avec celle des collègues.

D'un outil de communication et de collaboration on a fait un instrument de contrôle aux mains des tenants du pouvoir. Là encore, la technique n'est pas à condamner comme telle, mais l'orientation de ses progrès demeure indiscutablement tributaire de

⁵⁰⁵ Voir ci-dessous, chap. « Les Incidences du capitalisme sur le progrès technique », pp. 180 ss.

⁵⁰⁶ Cédric DURAND, *Le Capitalisme est-il indépassable ?*, op. cit., p. 80.

ce que l'on a voulu en faire :

« Ce ne sont pas les TIC en tant que telles qui provoquent des vagues de suicides, mais bien les stratégies de domination du capital qui les instrumentalisent afin de mener à bien des réorganisations favorables au profit. Symétriquement, l'évolution des techniques de production n'est pas neutre. »⁵⁰⁷

Une « Chaîne invisible » est ainsi venue prendre le relais de la « main invisible » d'Adam Smith⁵⁰⁸.

Maximisation des profits et accumulation illimitée

Pour Ellen Meiksins Wood, la recherche de la maximisation des profits et l'obligation d'accumuler sans fin font partie des trois impératifs capitalistes, aux côtés de l'obligation d'accroître la productivité du travail⁵⁰⁹. Ils doivent être très soigneusement distingués de la simple recherche des profits, qui, elle, n'est pas propre au capitalisme. La maximisation des profits se distingue d'autant plus de la simple recherche du profit qu'elle se présente ici comme une conséquence de la mise en concurrence et de l'amélioration de la productivité et non comme leur cause. Contrairement à la simple recherche du profit, la *maximisation* des profits n'est pas le propre de toute démarche économique : les représentants de nombreuses sociétés humaines se sont contentés de poursuivre les conditions de leur reproduction sociale, limitant leurs efforts à ce but et cessant de travailler lorsque les réserves amassées sont jugées suffisantes pour assurer un avenir immédiat.

Aux yeux de Geneviève Azam, « le libéralisme économique est fondé sur l'idée d'une "nature" humaine en proie à des besoins illimités et à son corollaire : l'accumulation illimitée de richesses »⁵¹⁰. Rosa Luxembourg craignait « qu'une fois admise l'accumulation illimitée du capital, on [ait] aussi prouvé la vitalité illimitée du capital »⁵¹¹. Or l'accumulation capitaliste n'est pas tant illimitée que démesurée, dans le sens où elle n'a plus l'homme pour mesure et s'avère auto-référente, suivant une logique qui lui est propre et dans le déni de la réalité. C'est en cela que le capitalisme est mortifère et que Hans Jonas le critique de manière virulente, en ce qu'il ne vise pas l'amélioration de la condition humaine. La nécessité de transgression où le capitalisme se trouve provient de la nécessité où la mise en concurrence des acteurs les place de fonder la valeur sur des attentes, les obligeant à entrer dans une logique déconnectée de la réalité où le principal besoin pris en compte est l'accès aux moyens incontournables de production, et non celui imposé par la survie concrète ou découlant d'une volonté d'épanouissement de l'être. La tendance de l'homme à nier sa condition, dont la finitude fait indiscutablement partie, a fait le reste et a sans doute participé pour

⁵⁰⁷ Ibid., pp. 81-82.

⁵⁰⁸ Allusion faite à Jean-Pierre DURAND, *La Chaîne invisible – Travailler aujourd'hui : flux tendu et servitude volontaire*, Seuil, coll. Économie humaine, Paris 2005.

⁵⁰⁹ Ellen MEIKSINS WOOD, *L'Origine du capitalisme*, op. cit., p. 230.

⁵¹⁰ Geneviève AZAM, *La Connaissance, une marchandise fictive* [a], op. cit., p. 301.

⁵¹¹ Bernard MARIS, *Anti-manuel d'économie*, op. cit., vol. 2, p. 59

beaucoup à cette sorte de fièvre aux relents de toute-puissance qui a animé les premiers entrepreneurs confrontés à la nécessité d'améliorer sans fin la productivité du travail. C'est dès lors avec raison que Geneviève Azam nous invite à penser la limite, tant cette question semble centrale dans la compréhension du capitalisme.

Conséquences des « fondamentaux » et caractéristiques secondaires

Le capitalisme ne s'arrête pas à ses caractéristiques exclusives. Dans sa logique de maximisation du profit et d'appropriation économique qui est la sienne, il détourne à ses propres fins un ensemble de mécanismes qui, sans lui être vraiment propres, le renforcent.

Séparation entre pouvoir d'appropriation et pouvoir coercitif

□ *Une sous-traitance de la violence*

Dans un contexte capitaliste, où l'accès au marché devient incontournable même pour subvenir à ses besoins les plus vitaux, la violence extra-économique n'est plus nécessaire pour obtenir le surtravail de l'exploité, remplacée qu'elle est par la contrainte du marché : l'ouvrier agricole n'ayant d'autre moyen que de vendre sa force de travail contre un salaire, les capitalistes peuvent s'approprier la plus-value de son travail sans avoir recours à la force militaire, politique ou judiciaire⁵¹².

On en vient ainsi à une dernière caractéristique du système : la claire séparation entre pouvoir d'appropriation, de nature purement économique, et pouvoir coercitif⁵¹³. Cette analyse est confirmée par celle qu'Alvin et Heidi Toffler développent dans leur livre *Les Nouveaux Pouvoirs*, qui explicite les mécanismes de ce qu'ils appellent la « sous-traitance de la violence » du monde économique aux États. Les entreprises, expliquent-ils, ont acheté les services de l'État – qu'il s'agisse de l'armée, de l'appareil judiciaire et même du législateur – qui continue de détenir le monopole de la violence. Ce faisant, le capitalisme s'assure une *qualité* de pouvoir très supérieure à celle de la seule force, cette dernière ne permettant que de punir⁵¹⁴. Les milieux capitalistes ont découvert en l'argent un meilleur moyen de contrôle direct des individus en ce qu'il peut servir à récompenser et pas seulement à punir. On ne s'en étonnera guère, puisque l'argent tire l'essentiel de son pouvoir actuel du caractère contraignant du marché, ainsi que du développement actuel du nombre de services auxquels il permet d'accéder⁵¹⁵.

⁵¹² Ellen MEIKSINS WOOD, *L'Origine du capitalisme*, op. cit., p. 153.

⁵¹³ *Ibid.*, p. 270

⁵¹⁴ Alvin et Heidi TOFFLER, *Les Nouveaux Pouvoirs*, op. cit., pp. 33-34.

⁵¹⁵ *Ibid.*, pp. 61 et 64, 69 et 582.

□ *Séparation entre producteurs et consommateurs*

La nette séparation entre pouvoir d'appropriation purement économique et pouvoir coercitif place au sein des seuls rapports économiques le principal rapport de force social entre exploiters et exploités. Elle contribue donc très logiquement à une profonde dichotomie entre producteurs et consommateurs, que Bernard Stiegler a commentée à de nombreuses reprises, et qui contredit de manière radicale l'image du marché comme « occasion à saisir » ou comme lieu de *libre* rencontre entre offre et demande que défendent les thèses libérales. L'opposition établie par la société consumériste entre producteurs et consommateurs, par la dissociation qu'elle opère entre rôles autrefois nécessairement complémentaires, s'est avérée délétère pour tous. Elle entraîne une dépossession des compétences du producteur direct qu'est le salarié – que Bernard Stiegler désigne comme une perte de *savoir-faire* et une perte de savoir technique –, à laquelle s'ajoute une dépossession du consommateur du sens même de son existence – que le philosophe qualifie de perte de *savoir-vivre*⁵¹⁶.

La perte de savoir-faire du producteur direct par excellence qu'est l'ouvrier est connue : on retiendra parmi ses causes principales l'action conjuguée, dans la course à l'amélioration de la productivité du travail, d'un technicisme à outrance prenant en charge le rythme et la logique des processus et d'une organisation des équipes œuvrant, à travers la « taylorisation », à une séparation des tâches qui leur enlève tout sens. L'activité de l'ouvrier se trouve ainsi réduite à un ensemble de gestes mécaniques, rythmé par la cadence des machines dont il devient l'extension. De manière plus générale, d'acteur reconnu pour les compétences qu'il met dans son geste, l'ouvrier devient simple employé, c'est-à-dire quelqu'un qui ne fournit plus que du temps⁵¹⁷.

La perte de savoir-vivre est plus larvée. Lorsque l'industrie alimentaire, au prétexte de *simplifier* la vie des ménages, leur propose des plats cuisinés prêts à l'emporter, elle ne fait pas autre chose que de leur enlever leur savoir-faire culinaire, leur culture de la table. Elle offre ainsi un remède à un problème qu'elle a elle-même suscité, en obligeant, par une politique constante de diminution des charges salariales, la femme comme l'homme à vendre leur temps de travail pour réunir le montant suffisant à leur survie – et à la réalisation des désirs factices qu'elle leur fabrique. La vie des individus devient ainsi orientée autour de la simplification des gestes quotidiens, pour consacrer le temps ainsi économisé à « s'acheter une vie », pour reprendre l'expression de Zygmunt Bauman⁵¹⁸, autrement dit à acquérir les éléments de leur image, ou pour se reposer passivement de la fatigue d'un travail impersonnel et usant, dans une dynamique qui entraîne une véritable perte de sens de l'existence fort bien résumée par

⁵¹⁶ Bernard STIEGLER, *Amateur d'art ou consommateur* [p], enregistrement d'une conférence donnée dans le cadre des rencontres Public/Auteur organisées par Libre Accès avec Richard Stallman, <http://www.arsindustrialis.org/amateur-d-art-ou-consommateur>.

⁵¹⁷ *Ibid.*

⁵¹⁸ Zygmunt BAUMAN, *S'acheter une vie*, Le Rouergue/Jacqueline Cambon, Paris 2008.

l'expression « perdre sa vie à la gagner ». Il ne s'agit pas ici de condamner celui qui préfère se « simplifier la vie » en n'achetant plus que des plats cuisinés par l'industrie alimentaire, mais de voir ce qu'il perd et en quoi il est conditionné à le faire par le système même qui l'appauvrit de toutes parts de lui-même.

Cette dichotomie entre producteurs et consommateurs s'inscrit également comme un obstacle à la création par appropriation. Cette dernière voit dans le public les créateurs potentiels de demain, dont l'inspiration se nourrit des œuvres existantes, et non de simples consommateurs contraints à la passivité béate assénée par l'industrie des loisirs.

□ *Conséquences sur l'Internet et sur le modèle du copyright*

Certes, d'aucuns prétendent que l'avènement de l'Internet viendrait contrecarrer cette séparation entre producteurs et consommateurs, faisant de chaque internaute un consommateur et un diffuseur de contenu⁵¹⁹. Cette fusion des rôles, que l'on retrouve au cœur de l'approche des logiciels libres où les contributeurs se retrouvent à la fois producteurs et utilisateurs de logiciels⁵²⁰, n'apporte de plus grande liberté aux acteurs que s'ils sont collectivement maîtres du contenu qu'ils élaborent, ce qui n'est de loin pas toujours le cas sur l'Internet. L'Internet, qui est le nouveau lieu où l'on voit s'affronter la rationalité des Lumières à celle du capitalisme, peut même devenir source d'un asservissement particulièrement pernicieux, propre aux sociétés de contrôle. Pour Julio H. Cole, la dynamique qui nous a fait passer d'une société disciplinaire à une société de contrôle⁵²¹ est la même qui nous a fait passer d'un modèle technique de production ou de consommation localisées (l'imprimerie, la salle de cinéma), où le contrôle de la reproduction et de la diffusion est aisé et correspond au système de *copyright*, à un modèle de fusion des rôles (les internautes sont à la fois consommateurs et diffuseurs de contenu) et de délocalisation de la reproduction/diffusion, lequel rend à ses yeux inapplicable le système du *copyright* fondé sur le contrôle des copies⁵²². Cette fusion des rôles dans un but de réappropriation s'appuie également sur un abaissement des frontières existant entre vie privée et vie professionnelle, qui désapproprie les intéressés de leur temps propre.

On voit bien par-là que l'Internet ne s'oppose pas nécessairement à une gestion collective d'un contenu propriété d'un seul, et donc à la désappropriation du *savoir-faire* et du *savoir-être* des producteurs directs. Or cette situation correspond bien à la

⁵¹⁹ Steven LEVY, Brad STONE, *The New Wisdom of the Web*, dans Newsweek, 03.04.2006 ; <http://www.newsweek.com/id/45976>. Il s'agit de l'article qui a suscité la réponse de Karl Dubost (Karl DUBOST, *Esclavage 2.0 : Eux, nous et moi* [a], 29.03.2006, <http://www.la-grange.net/2006/03/29.html#web20>).

⁵²⁰ Voir ci-dessous, chap. « Les logiciels libres et l'économie du partage », pp. 244 ss.

⁵²¹ Gilles DELEUZE, *Post-scriptum sur les sociétés de contrôle*, dans *Pourparlers*, Les Éditions de Minuit, Paris 1990, pp. 240-247 ; l'Autre Journal, n°1 (mai 1990).

⁵²² Julio H. COLE, *Étendre les copyrights : une idée contestable* [a], novembre 2000, <http://www.euro92.com/edi/biblio/cole.htm>.

réappropriation de ses codes logiciels par AT&T contre laquelle s'est précisément insurgé un Richard Stallman, qui a donné en réaction naissance au mouvement des logiciels libres⁵²³.

□ *Conséquences sur la théorie des contrats*

Si le prix est l'expression d'un rapport de forces, il introduit également une notion de contrainte au sein des rapports contractuels qui le valident juridiquement. À travers l'échange, tout prix scelle en effet un contrat, fût-il conclu par voie orale ou par actes concluants. Malgré les théories qui prétendent que tout contrat est, par définition, conclu librement, sous l'effet de la rencontre des volontés réciproques et concordantes des parties, notre expérience quotidienne, comme pour le marché-rencontre-de-l'offre-et-de-la-demande, nous renvoie à une réalité bien différente. Certains contrats sont en effet conclus soit en vertu d'une obligation légale qui livre le client à son fournisseur, ne lui laissant qu'un choix fictif entre plusieurs prestataires alignant leurs offres sur celles de leurs concurrents, soit en vertu d'un besoin qu'il ne lui est guère possible d'éluder. Celui qui accepte un prix très élevé pour acquérir une nourriture devenue rare sera à l'évidence mu par des contraintes physiologiques, et non par une décision libre. De manière générale, le marché capitaliste propose à la rigueur à ses acteurs des alternatives, mais n'ouvre guère de choix ouverts.

Ainsi n'est-il pas possible de convenir avec Philippe Simonnot que tout contrat de travail est conclu librement⁵²⁴, vu la nécessité où le capitalisme nous met de devoir passer par le marché du travail pour assurer notre simple survie. Prétendre le contraire, c'est, là encore, faire preuve d'un manque affligeant d'expérience, d'un aveuglement théorique ou d'un cynisme à toute épreuve. On en dira tout autant de l'acceptation de certains contrats liés au droit d'auteur, si l'on admet que, pour le public comme pour l'auteur, l'accès aux œuvres culturelles – et non de simple divertissement – est indispensable à l'approfondissement de leur personnalité, et qu'ils recouvrent donc une grande importance. Qu'il s'agisse de contrats de cession acceptés par l'auteur en faveur d'un éditeur ou d'un investisseur, ou d'un contrat de licence conclu par l'utilisateur, ils sont rarement conclus librement. Cette idée d'une conclusion *a priori* libre des contrats contrevient du reste à une autre thèse de Philippe Simonnot, qui voit dans la théorie des contrats – ne sont « parfaits » et ne lient les parties que ceux qui reflètent leur accord éclairé et concordant – un surcroît du modèle de la concurrence parfaite⁵²⁵. Dès lors qu'il récuse ce dernier, il admet qu'il n'y a pas plus de contrats « éclairés » qu'il ne peut y avoir d'information transparente ; cette inégalité des parties face à l'information fonde la possibilité pour l'une de manipuler l'autre – autrement dit

⁵²³ Voir plus loin, chap. « Les logiciels libres et l'économie du partage », pp. 244 ss.

⁵²⁴ Philippe SIMONNOT, *L'Erreur économique*, op. cit., p. 199.

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 249.

d'infléchir sa décision à son insu⁵²⁶, ce qui laisse peu d'espoir sur la liberté qui la fonde.

On comprend mieux la position de Philippe Simonnot si l'on considère que le rapprochement qu'il établit entre théorie des contrats et modèle de la concurrence parfaite repose sur une défense classique et surtout « libérale » de la liberté d'entreprise, laquelle influence sa vision de la liberté individuelle qui la fonde et lui fait associer liberté et ignorance. L'économiste reprend cette thèse de Friedrich von Hayek :

« la justification de la liberté individuelle se fonde principalement sur le constat de notre inévitable ignorance concernant nos objectifs, ainsi que notre bien-être »⁵²⁷.

La liberté individuelle se retrouve ainsi fondée sur l'imperfection et le coût de l'information dont disposent les acteurs ; en d'autres termes, elle est justifiée par les impératifs d'« efficacité » du marché. En plus d'être fort réductrice, il s'agit d'une approche très curieuse en ce qu'elle désolidarise la liberté humaine des rapports que chacun entretient avec les autres, sans le justifier aucunement. L'information, tout au plus, augmente la *pertinence* des décisions prises, mais on n'a jamais vu qu'elle crée les *conditions* d'un choix. Philippe Simonnot s'éloigne ainsi du reste de ses propres thèses, qui tendaient à montrer l'impossibilité pour la « science » économique à être prédictive, dès lors qu'elle porte sur le libre choix des acteurs, la liberté étant alors fondée nécessairement sur un principe positif, car la simple ignorance conduit souvent à des comportements prévisibles. Il y a une grande différence à fonder la liberté individuelle sur un défaut d'information, et à en rendre compte comme je l'ai fait par la nature même d'une personnalité dont notre conscience superficielle ignore souvent les ressorts, voire l'existence.

En réalité, la théorie des contrats, associée au droit de la consommation et à la lutte contre la concurrence déloyale, relève davantage d'un refus de la tromperie émanant des vendeurs que d'un effort visant à instaurer une information transparente, même si les deux objectifs sont complémentaires. Cette volonté de justice va à l'encontre de la concurrence monopoliste à laquelle tend le marché ; elle se justifie par un effort de rééquilibrage en faveur de la partie réputée la plus faible, limité du reste aux cas d'abus les plus criants. La théorie des contrats devient alors sous cet angle un désaveu flagrant du modèle de la concurrence parfaite qui prétend au contraire qu'un tel équilibre advient de lui-même, presque « mécaniquement », par le seul jeu des acteurs livrés à eux-mêmes, avatar du caractère auto référent de l'économie. D'où la possibilité offerte par le droit contractuel d'opérer une correction du système économique, lorsque l'étude des pratiques contractuelles remonte un déséquilibre flagrant des parties dans un domaine où il est essentiel de ne pas laisser la tendance monopolistique du marché prendre le dessus.

⁵²⁶ Voir ci-dessous, chap. « Manipulation et marketing », pp. 176 ss.

⁵²⁷ Friedrich A. von HAYECK, *Constitution de la liberté*, Litec, Paris 1994 [1960], cité par Philippe SIMONNOT, *L'Erreur économique*, op. cit., pp. 248-249.

❑ *Mise en perspective de la valeur : capitalisme et réciprocité*

Dans le domaine de l'art, c'est semble-t-il le statut même de l'auteur qu'il nous faut repenser, et la question de la *juste* rémunération de sa prestation trouvera sa réponse. Comment respecter « l'œuvre » de figurants dont l'image fabriquée de toutes pièces par les majorats ne sert que des buts mercantiles ? C'est pour une part la question fondamentale qui est posée par la société civile dans son refus de payer un droit d'entrée exorbitant pour l'accès aux œuvres et que le monde politico-économique s'entête à ne pas reconnaître. Nous verrons dans quelle mesure il peut s'avérer salubre pour les auteurs de reprendre à leur profit un droit qui leur échappe depuis longtemps, et, forts de cette nouvelle position, de renoncer en contrepartie à certaines prérogatives qui lui sont actuellement accordées par le droit d'auteur – parce qu'inaptes à encourager l'activité créatrice. Cette rétrocession à leur public leur permettrait d'entamer avec lui une véritable *relation de réciprocité* – c'est-à-dire distincte d'un simple échange – instituant la *valeur* de leur statut et de leur œuvre en considération de l'apport de leur activité à la communauté⁵²⁸.

Manipulation et marketing

La manipulation économique pose notamment la question de la fabrication des besoins par l'offre, essentielle pour le modèle capitaliste et parallèle à la « fabrication du consentement » dénoncée par Noam Chomsky et Edward Herman⁵²⁹. Son histoire même le démontre : elle ne fut pas l'invention du régime nazi, mais bel et bien de l'industrie américaine, dans les années 1920. La manipulation se trouve aussi au cœur du passage assez récent du pouvoir coercitif au pouvoir par incitation, avec la mise en place des *sociétés de contrôle* dénoncée par Gilles Deleuze⁵³⁰. Il vaut la peine de s'arrêter un instant sur cette technique, et, en particulier, de se demander, à travers la définition qu'on en accepte, si elle peut ou non avoir une justification éthique.

❑ *Les origines*

Un psychologue américain, Michael Bond Harris, a remarqué dès 1972 qu'en demandant l'heure à un tiers dans la rue avant de le solliciter d'une pièce de monnaie pour téléphoner, but véritable de la démarche, on augmentait par quatre ses chances d'obtenir l'obole convoitée⁵³¹. Certains y voient le début de l'étude de la manipulation par la psychologie sociale.

Mais l'origine des techniques de manipulation remonte de fait aux années 1920 et doit être cherchée du côté des relations publiques, conçues dès leur origine comme contre-pouvoir de nature anti-démocratique.

⁵²⁸ Voir notamment Dominique TEMPLE, *Réciprocité ou rapport de forces ?* [a], op. cit., p. 5.

⁵²⁹ Noam CHOMSKY, Edward HERMAN, *La Fabrication du consentement. De la propagande médiatique en démocratie*, Agone, Marseille 2008 [1988].

⁵³⁰ Gilles DELEUZE, *Post-scriptum sur les sociétés de contrôle*, op. cit.

⁵³¹ Michael Bond HARRIS, *The effects of performing one altruistic act on the likelihood of performing another* [a], dans *Journal of Social Psychology*, n°88 (1972), pp. 65-73.

Le capitalisme, qui prétend à l'existence d'un marché à même de réglementer l'ensemble des aspects sociaux, a toujours vu d'un mauvais œil les démocraties, fondées sur l'idéal des Lumières, et donc issues d'une tendance opposée de la modernité. Dans la mesure où la démocratie entend donner la parole à chacun et pourrait, par le système des votations et du parlement représentatif, réguler le marché selon des critères purement politiques, il n'est pas étonnant que ceux que le capitalisme favorise n'aient guère eu envie de laisser les producteurs directs qui, en démocratie, constituent la majorité des électeurs, reprendre le pouvoir qui leur avait été retiré dans l'Angleterre du XVI^e siècle. Ce mépris capitaliste pour le peuple qu'il exploite et dont il redoute les mouvements collectifs n'a rien d'une vue de l'esprit ; il suffit de rappeler la mémoire de William Vanderbilt, l'un des arrogants *barons voleurs* (« *The Robber Barons* ») américains, et son « maudit soit le peuple ! » pour s'en convaincre⁵³².

Edward Louis Bernays, le neveu de Freud, décida d'appliquer à l'étude du comportement des foules les recherches de son oncle sur la *libido* et le rôle joué par l'inconscient dans la *psyché* humaine. Voyant dans la foule un agglomérat informe gouverné par les pulsions du « ça » à qui il convient de donner une forme – la sienne, de préférence – Bernays préconise pour cela de capter l'attention et de susciter les fantasmes collectifs. Animé par ce qui ressemble furieusement à une volonté de toute-puissance, il décida dès 1913 de mettre dans un premier temps son outil au service des causes impopulaires. C'est ainsi qu'on le voit défendre à sa manière une audacieuse pièce de théâtre d'Eugène Brieux, *Damaged Goods*⁵³³, dont il veut prévenir les critiques conservatrices, puis qu'il intègre la *Commission Creel* afin de rendre populaire la décision d'entrer en guerre prise le 6 avril 1917 par le gouvernement américain. Edward Louis Bernays entend prouver qu'il peut orienter les préjugés de la foule pour lui faire faire les « bons » choix, au risque ouvert de menacer les fondements mêmes de la démocratie participative⁵³⁴.

Une fois ses techniques rôdées et devenu crédible auprès des milieux économiques, il alla les leur proposer contre forte rémunération, en préconisant de capter l'attention et de susciter les fantasmes au bénéfice du consumérisme ou des projets impopulaires, que ce soit à travers la publicité ou « la pratique systématique et à large échelle de l'interprétation et de la présentation partisans des faits »⁵³⁵. Très vite, les entreprises et les milieux libéraux américains, dans leur volonté de diriger les sociétés contemporaines, virent tout le parti qu'ils pourraient tirer de son approche, qui allait leur permettre de manipuler les foules tout en s'évitant une prise de pouvoir manifeste. Par la manipulation, les milieux économiques acquéraient de fait une des formes de la

⁵³² « The public be damned ! », cité par Normand Baillargeon dans Edward Louis BERNAYS, *Propaganda – Comment manipuler l'opinion en démocratie*, La Découverte, Paris 2007 [1928], préface, p. 6).

⁵³³ Normand Baillargeon (Edward Louis BERNAYS, *Propaganda*, op. cit., préface, p. 4).

⁵³⁴ Catherine PORTEVIN, *Bernard Stiegler : « Il y a beaucoup d'inventions qui ne produisent aucune innovation »*, entretien avec Bernard Stiegler, dans *Télérama* n°3099 (juin 2009).

⁵³⁵ Normand Baillargeon, dans Edward Louis BERNAYS, *Propaganda*, op. cit., préface, p. 2.

source de pouvoir de la plus haute *qualité*, celle dérivant du savoir, étant précisé que le savoir n'est manipulation que lorsqu'il s'envisage en tant que pouvoir, ce qu'il n'est pas nécessairement⁵³⁶.

Edward Bernays ne fut pas le seul à prôner une désinformation volontaire de la société civile afin d'obtenir d'elle ce que l'on voulait. On doit ainsi à Walter Lippmann l'expression de « fabrication du consentement ». Cet essayiste américain, doutant de la capacité de « l'homme ordinaire » à faire des choix raisonnables, défendit dès les années 1920 la nécessité pour les élites intellectuelles d'« assainir » l'information avant qu'elle ne parvienne aux « masses ». Noam Chomsky en a fait le titre d'un de ses livres, écrit en collaboration avec Edward Herman, où il montre la manière dont l'industrie de l'information manipule et censure consciemment l'information pour permettre à ses propriétaires de mieux diriger les foules et contrer le jeu démocratique⁵³⁷.

Les règles énoncées par Edward Bernays régissent encore actuellement l'industrie des loisirs : c'est la télévision qui va rendre possible à grande échelle la captation de l'attention et l'utilisation des fantasmes qu'il préconisait au bénéfice du consumérisme⁵³⁸. Le propos essentiel du *marketing* est de pousser les masses à une consommation effrénée en jouant sur les désirs des individus plutôt que sur leurs besoins – quoiqu'il en soit limités – afin de les pousser vers des objets qui leur sont objectivement inutiles mais que les consignes versatiles de la mode chargent d'une portée symbolique à l'attention des tiers, à laquelle participe la quête du prestige⁵³⁹. Jean Baudrillard a par exemple montré comment les individus, mystifiés, croient atteindre la félicité en s'entourant des objets du bonheur exposés par la publicité, dans un mécanisme qui n'est pas sans rappeler les pratiques de la magie sympathique⁵⁴⁰. On remarque en passant que ce discours critique les *besoins* entendus dans leur sens existentiel, précisément en raison de leurs limites. Il s'agit bien d'un programme qui a parfaitement perçu l'importance du critère de besoin dans les économies pré-capitalistes et sa capacité à juguler les appétits sans mesure de la quête capitaliste du profit ; du coup, c'est consciemment qu'il s'oppose à tout ce qui nous permettrait d'être *ancrés* à notre nature profonde et de limiter par nous-mêmes ses projets, en développant nos propres références.

⁵³⁶ Alvin et Heidi TOFFLER, *Les Nouveaux Pouvoirs*, op. cit., pp. 34-36.

⁵³⁷ Noam CHOMSKY, Edward HERMAN, *La Fabrication du consentement*, op. cit.

⁵³⁸ Bernard STIEGLER, *Amateur d'art ou consommateur* [p], op. cit., et surtout Catherine PORTEVIN, *Bernard Stiegler : « Il y a beaucoup d'inventions qui ne produisent aucune innovation »*, op. cit.

⁵³⁹ Jean BAUDRILLARD, *Le Système des objets*, Gallimard, Paris 1968.

⁵⁴⁰ Jean-François PAILLARD, « *L'Antidote au mondial est du côté du singulier* » [a], entretien avec Jean Baudrillard, dans *Philosophie Magazine*, n°18 (avril 2008), pp. 48-53, p. 51 ; repris par Jacques Neiryneck (Jacques NEIRYNCK, *La grande illusion de la technique*, op. cit., pp. 45-46, chap. « Le Cargo Cult »).

Paul Mazure, l'associé d'Edward Bernays, résumait ainsi la démarche :

« L'Amérique doit passer d'une culture du besoin à une culture du désir. [...] Les gens doivent être formés à désirer, à vouloir de nouvelles choses, avant même que les anciennes n'aient été complètement consommées »⁵⁴¹

L'« obsolescence sociale » conduite par les modes s'ajoute aux acquisitions pulsionnelles – autrement dit névrotiques – pour accélérer le rythme de leur remplacement. Elle passe par une capture de l'attention de tous les instants, conduisant à un endoctrinement mercantile ne laissant rien au hasard. Ce programme a été illustré on ne peut mieux par la déclaration que fit en 2004 Patrick Le Lay, alors président-directeur général de la chaîne de télévision française nationale TF1, à propos du « temps de cerveau disponible »⁵⁴².

Pour les chaînes de télévision, les films apparaîtraient ainsi comme des prétextes non seulement pour soutenir l'attention des téléspectateurs entre deux publicités rémunératrices, mais pour préparer leur esprit à la réception du message publicitaire. Films et publicités sont ainsi programmés de façon à aborder les mêmes thèmes, pour éviter un décalage qui pourrait nuire à cette « préparation mentale ». De plus, les messages publicitaires étant mieux mémorisés en état de tension, les films, par leur violence accrue, facilitent leur souvenir. La télévision, qui, la première, a rendu ce type de manipulation possible, a été depuis imitée par la plupart des industries du loisir, et notamment celle du cinéma et de la musique. Elle ne se contente pas de « prendre en charge » le temps des spectateurs, autrement dit de les déposséder de leur temps (« distraire » n'est-il pas synonyme de « dérober » ?) ; lorsqu'elle se propose de prendre en charge « l'éducation » des enfants, la télévision détourne à son profit « le processus d'identification primaire par lequel les enfants héritent de leurs parents leur capacité à devenir ce qu'ils sont », dévitalisant les rapports familiaux traditionnels et pouvant aller jusqu'à « liquider la *psyché* elle-même »⁵⁴³. Les enfants prennent ainsi référence des émissions télévisées qu'on leur sert en lieu et place du mode de vie et de pensée de leurs parents, devenant à la lettre « enfants de la télé » et « fils de pub »⁵⁴⁴. Je reviendrai par la suite sur les enjeux majeurs liés à ces industries⁵⁴⁵.

□ Définition de la manipulation

Manipuler autrui, c'est l'amener, à son insu et en utilisant des moyens détournés, à lui faire faire ce que l'on veut, alors qu'il aurait préféré spontanément s'en dispenser. C'est une forme de violence et de contrainte⁵⁴⁶, mais qui s'exerce à l'insu de l'intéressé

⁵⁴¹ Al GORE, *La Raison assiégée*, Seuil, Paris 2007, p. 103, cité par ARS INDUSTRIALIS, *Consommation (et marketing)* [a], <http://arsindustrialis.org/consommation>.

⁵⁴² La citation de Patrick Le Lay se trouve ci-dessous, p. 242.

⁵⁴³ Bernard STIEGLER, ARS INDUSTRIALIS, *Réenchanger le monde*, op. cit., pp. 57-58 ; c'est l'auteur qui souligne.

⁵⁴⁴ Référence faite, respectivement, à l'émission de divertissement diffusée depuis septembre 1994 et présentée par Arthur (Jacques Essebag) et au titre d'un livre de Jacques Séguela (Flammarion, Paris 1983).

⁵⁴⁵ Voir ci-dessous, chap. « Les industries "culturelles" », pp. 229 ss.

⁵⁴⁶ *Contra* : Jean-Léon BEAUVOIS, Robert-Vincent JOULE, *Petit traité de manipulation*, op. cit.

et qui ne nécessite pas d'exercer un pouvoir coercitif. Toute la force du procédé tient à l'utilisation de moyens détournés, autrement dit à l'absence de recours à un rapport de force apparent. Tout d'abord parce que celui qui désire exercer son influence sur autrui dispose rarement d'une position lui permettant de contraindre sa victime, mais aussi – et c'est sans doute le point essentiel – parce que la victime de la manipulation pense avoir agi librement sur la base de ses idées ou de ses valeurs⁵⁴⁷.

Le but poursuivi par la manœuvre importe peu : constitue donc déjà une forme de manipulation le fait de pousser à son insu quelqu'un à agir, fût-ce « pour son bien ». Se comporter de la sorte, n'est-ce pas en effet prétendre connaître où est le bien d'autrui mieux que lui-même, et surtout *pour* lui-même ? Ne s'agit-il pas alors d'une forme de Toute-Puissance ? Peu importe aussi que la victime soit « consentante » ou qu'elle se satisfasse de l'acquisition à laquelle la manipulation dont elle a été victime voulait l'amener. Toute manipulation est condamnable parce qu'elle considère l'autre comme un simple objet, comme un moyen d'atteindre ses propres fins. Elle renforce la position de celui dont les fins sont égotiques et non pas empathiques ; le but poursuivi est donc en soi contraire aux intérêts bien compris de la victime, renforçant une partie de sa personnalité qui n'est assurément pas sa part la plus sacrée ou la plus unique. Elle diminue de ce fait la valeur de la personne, parce qu'elle l'incite à se perdre dans des « étages » de sa personnalité qui ne sont pas les plus souverains.

Les incidences du capitalisme sur le progrès technique

Le progrès technique n'est pas seulement contraint par les contraintes de la thermodynamique, mais il peut être orienté par des choix économiques et sociaux⁵⁴⁸.

S'il est vrai qu'un système technique qui remplit parfaitement sa fonction n'a aucune raison de se modifier, et qu'*a contrario* toute modification d'un système technique correspond à la nécessité imposée par le milieu de traverser une « ligne de partage » pour accéder à de nouvelles formes d'énergie⁵⁴⁹, force est de constater avec Jacques Neiryneck que « depuis la fin de la seconde Guerre mondiale, la technique suit un cours qui doit plus à la mode qu'à la satisfaction des besoins »⁵⁵⁰. Nous pouvons de fait avancer que le capitalisme serait la cause de ce changement en ce qu'il éloigne le progrès de son cours propre : depuis l'avènement de la société de consommation, il ne lie plus le progrès au besoin mais fabrique le besoin en fonction d'un progrès qu'il oriente en fonction d'une maximisation du profit qui reste absente des préoccupations des économies non capitalistes.

Stephen Marglin, Pierre Dockès, Bernard Rosier, David Noble ou Barry Commoner ont montré que l'organisation du travail ou l'orientation du progrès technique opérées

⁵⁴⁷ *Ibid.*, pp. 14-16.

⁵⁴⁸ Voir ci-dessus, chap. « Les influences socio-politiques » et chap. « Les influences économiques », pp 374 ss.

⁵⁴⁹ Jacques NEIRYNCK, *La grande illusion de la technique*, op. cit., p. 96.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 276.

par le capitalisme industriel ne relèvent pas du seul déterminisme technique. Ainsi, la révolution industrielle relève sans doute d'un choix de société bien davantage que d'une logique de performance technique ou organisationnelle. Pierre Dockès et Bernard Rosier nous rendent attentifs au fait que « les changements techniques ne représentent pas le progrès technique, mais une des formes contingentes que celui-ci peut prendre pour un état donné des connaissances scientifiques : l'innovation est une production sociale et la nouvelle domination du groupe des entrepreneurs capitalistes fit que ses besoins façonnèrent l'offre de moyens techniques. »⁵⁵¹ Deux exemples permettent d'illustrer leur propos.

Stephen Marglin montre que l'organisation industrielle du travail s'est faite en trois étapes : par l'introduction du *putting-out system*, qui fractionna les tâches d'ouvriers continuant de travailler à domicile, suivie par la *manufacture*, qui rassemble les ouvriers manufacturiers en un seul lieu sous la surveillance appuyée d'un contremaître, puis par la *fabrique*, autrement dit l'usine, qui les réunit autour de machines de plus en plus imposantes et complexes⁵⁵². Le premier système ne répond à l'évidence à aucune exigence d'efficacité technique, puisque les infrastructures et les outils que les ouvriers utilisent demeurent identiques, mais le changement d'organisation du travail qu'il apporte permet aux négociants capitalistes de « régner sur le produit » et de s'approprier le surplus : le partage des tâches fait non seulement comme on l'a vu⁵⁵³ perdre aux ouvriers tout contrôle sur le produit dont ils ne fabriquent désormais qu'une partie, mais il permet un contrôle accru de leur travail et la réduction des détournements de matière première, tout en simplifiant leur activité, ce qui rend les employés plus aisément remplaçables et permet à leurs employeurs de les payer moins cher⁵⁵⁴. Quant à la manufacture, en obligeant les ouvriers – qui sont surtout des ouvrières – à travailler dans un même lieu sous le regard du contremaître, le producteur s'assure du contrôle des modalités d'exécution du travail (procès) et des cadences de production. Il retire à l'ouvrier « le choix relatif que conserve le travailleur à domicile pour arbitrer entre travail et loisir », qu'il taxe de « paresse »⁵⁵⁵. Si l'on convient d'une définition de l'amélioration de la productivité comme ce qui permet l'augmentation d'*outputs* (les produits finis) à nombre d'*inputs* constant (le travail, les matières premières, les infrastructures), on peine à voir en quoi cette nouvelle organisation apporte une amélioration de la productivité par le contrôle des gestes de l'ouvrier à travers procédures et horaires, la fameuse « surveillance des corps » dénoncée par

⁵⁵¹ Pierre DOCKES, Bernard ROSIER, *L'Histoire ambiguë*, Presses Universitaires de France, Paris 1988, pp. 117-166, cité par Cédric DURAND, *Le Capitalisme est-il indépassable ?*, op. cit., p. 33.

⁵⁵² Stephen A. MARGLIN, *À quoi servent les patrons ?*, dans Bruno TINEL, *À quoi servent les patrons ? Marglin et les radicaux américains*, ENS, coll. Feuillet, Lyon 2004 [1974], pp. 97-148, cité par Cédric DURAND, *Le Capitalisme est-il indépassable ?*, op. cit., p. 31-32.

⁵⁵³ Voir ci-dessus, p. 153.

⁵⁵⁴ Cédric DURAND, *Le Capitalisme est-il indépassable ?*, op. cit., pp. 31-33.

⁵⁵⁵ Cédric DURAND, *Le Capitalisme est-il indépassable ?*, op. cit., p. 32.

Michel Foucault⁵⁵⁶. La manufacture permet certes d'obtenir un meilleur rendement, mais par la mise en œuvre d'infrastructures plus lourdes : l'augmentation d'*outputs* correspond ici à une augmentation d'*inputs*. Désormais, les ingénieurs vont pouvoir tabler sur la possibilité de rassembler des ouvriers soumis dans des fabriques de plus en plus importantes, et planifieront les développements techniques de leurs machines autour de ce nouveau paradigme où l'homme peut être conçu comme le servent d'une machine. En résumé, pour Stephen Marglin, « ce ne serait pas tant la technique qui façonnerait la division du travail que la division du travail qui façonnerait la technique »⁵⁵⁷. Appuyant la thèse de Stephen Marglin, il est clair pour Pierre Dockès et Bernard Rosier que ce passage à la fabrique, marqué par une centralisation du système d'énergie mis à contribution, n'est pas le résultat d'un déterminisme technique⁵⁵⁸.

L'article de Stephen Marglin connut un vif succès ; il fut aussi dès sa parution l'objet de nombreuses critiques. L'une des plus judicieuses est formulée par Bruno Tinel : s'il est vrai, comme l'affirme Stephen Marglin, que ce n'est pas la technique qui induit la division du travail mais la division du travail qui entraîne le cours de la technique, on peut s'interroger sur les raisons qui ont poussé des ouvriers indépendants à accepter les conditions des *putter-outers*. C'est oublier que la simplification des tâches apportée par la division du travail permettait de les mettre en concurrence avec le prolétariat généré par le capitalisme agraire et que Londres avait attiré dans ses bas quartiers. Il suffisait aux entrepreneurs capitalistes de maîtriser la chaîne de distribution ou, grâce à l'exploitation à outrance du nouveau prolétariat, de pouvoir proposer des prix inférieurs à ceux des artisans au prix des expropriations passées et d'une totale déshumanisation du travail, pour l'emporter sur un marché de masse désormais composé des consommateurs miséreux que le même système avait fait tomber dans cette condition peu enviable. Quant à Barry Commoner, ce professeur de biologie américain fut l'un des premiers à voir dans la gestion capitaliste de la technique – et non dans la technique elle-même – le principal danger pour la planète que la plupart des écologistes – notamment Paul Ehrlich – semble n'avoir toujours pas su voir⁵⁵⁹.

Stephen Marglin, Pierre Dockès et Bernard Rosier ne sont pas les seuls à soutenir que l'organisation du travail opérée par le capitalisme industriel ne relève pas du seul déterminisme technique, mais d'un choix de société. David Noble, dans *Forces of Production*, en prenant l'exemple des raisons qui ont poussé l'industrie en cours d'automatisation à la fin des années 1940 à opter pour la commande numérique au détriment de la technique du *record/play-back*⁵⁶⁰, montre comment certaines

⁵⁵⁶ Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir : naissance de la prison*, Gallimard, Paris 1975.

⁵⁵⁷ Stephen A. MARGLIN, *À quoi servent les patrons ?*, op. cit.

⁵⁵⁸ Cédric DURAND, *Le Capitalisme est-il indépassable ?*, op. cit., p. 33 ; Pierre DOCKES, Bernard ROSIER, *L'Histoire ambiguë*, op. cit., pp. 117-166.

⁵⁵⁹ Barry COMMONER, *L'Encerclement*, op. cit.

⁵⁶⁰ La technique du *record / play-back* consistait à enregistrer les gestes des ouvriers pour les faire reproduire par les machines, là où la technique numérique enregistre, par programmation, les mouvements désirés sur un support de données, sans recourir à l'ouvrier.

évolutions technologiques sont le fruit d'un choix socio-politique et non l'effet d'un déterminisme technique. La technologie numérique, bien qu'elle fût plus onéreuse à développer, a été privilégiée parce qu'elle répondait aux attentes des techniciens et des gestionnaires : les premiers, parce que leur fascination pour la prédictibilité, la précision, la nouveauté et la complexité des machines leur fait se méfier – Cédric Durand parle même de haine – des intervenants humains, sujets à l'erreur et qu'ils jugent sous cet angle inférieurs aux robots, oubliant que ces derniers ont eux aussi leurs défaillances ; les seconds, par leur souci de renforcer leur pouvoir sur les travailleurs et de réduire d'autant la marge de manœuvre des syndicats ; l'armée se devait quant à elle de favoriser toute évolution technique en tant que telle afin de ne pas courir le risque d'un retard sur « l'ennemi ». L'armée américaine partage en outre avec les techniciens et les gestionnaires les mêmes répugnances à l'égard de l'être humain. Un rapport de 2002 consacré à l'amélioration des performances humaines par la technique dressait l'inventaire des faiblesses de l'homme, avant de recommander la mise en place de systèmes interface homme-machine permettant de se connecter au réseau neuronal :

« De nombreux systèmes militaires ont une performance limitée en raison de l'incapacité du corps humain à supporter de hautes températures, de fortes accélérations, vibrations ou pressions, ou parce que les êtres humains ont besoin d'air, d'eau et de nourriture »⁵⁶¹.

Fait significatif, l'armée étasunienne (fournie notamment par Raytheon et Northrop Grumman) préconise actuellement avec les armées coréenne du sud (fournie par Samsung), israélienne et britannique la mise en service de robots tueurs, c'est-à-dire de machines autonomes sélectionnant leurs cibles sans intervention extérieure, c'est-à-dire capables de décider par elles-mêmes s'il convient d'exécuter les humains à leur portée. Alors que l'association Human Rights Watch s'inquiète à juste titre (« Donner à des machines le pouvoir de décider qui vit et qui meurt porte la technologie trop loin » conclut l'association dans un rapport sur le sujet), l'armée y voit la meilleure manière de pallier les réactions de panique propres aux intervenants humains, mais aussi leurs hésitations éthiques⁵⁶²... Un autre exemple est apporté par le sort qui fut réservé à la cybernétique. La cybernétique a décliné après les années 1950' au profit de l'informatique et des télécommunications, probablement en raison de son caractère critique de la science et de la technique, dans la mesure où elle met en lumière les mécanismes de contrôle, et pas seulement d'information, à l'origine de nos régulations sociales⁵⁶³.

⁵⁶¹ Mihail C. ROCO, William Sims BAINBRIDGE (éd.), *Converging Technologies for Improving Human Performance – Nanotechnology, Biotechnology, Information Technology and cognitive Science*, juin 2002, rapport auprès de la National Science Foundation/DOC, Arlington (Virginie, USA) 2002, p. 291 et p. 15, cité par [B] CERQUI, *La Géolocalisation : un regard anthropologique*, p. 16

⁵⁶² A.T.S. et 20 MINUTES.CH, 28.05.2013, *Les robots tueurs dans le viseur des humanitaires*, <http://www.20min.ch/ro/news/geneve/story/Les-robots-tueurs-dans-le-viseur-des-humanitaires-29947555>.

⁵⁶³ Sébastien VAAS, *L'Enfer du virtuel – La communication naturelle pour sortir de l'isolement technologique*, L'Âge d'Homme, Lausanne 2009.

L'introduction du taylorisme visait elle aussi la soumission des salariés par une surveillance toujours plus étroite de leurs faits et gestes, assortie d'une pression accrue sur leur salaire par la simplification des tâches qu'elle entraîne, et pas seulement une visée technique d'amélioration de la productivité. Les stratégies de pouvoir des acteurs dominants influencent donc de manière fort significative le cours du progrès technique⁵⁶⁴. Cela conforte la constatation historique d'Ellen Meiksins Wood selon laquelle ce ne sont pas les progrès techniques qui ont provoqué l'avènement du capitalisme ou qui ont modifié la nature du marché, mais le capitalisme qui a influé fortement sur les progrès techniques, les entraînant dans sa propre rationalité⁵⁶⁵.

Paul Lannoye montre quant à lui que le choix des technologies portées par le marché se fait bien en faveur de celles qui favorisent la dépendance des acteurs. Pour lui, les filières correspondant au slogan « plus vite, moins loin, moins souvent » lancé par Yves Cochet sont déconsidérées en raison de leur caractère régional favorisant l'autonomisation locale, et donc du fait qu'elles ne s'inscrivent pas dans la logique de « croissance » pensée par les idéologies industrielles dominantes⁵⁶⁶.

Nous pouvons en conclure que la rationalité utilitariste qui habite le capitalisme a asservi la science à la technique ; c'est sa recherche de l'amélioration de la productivité du travail qui pousse le capitalisme au progrès technique, et non une dynamique propre au progrès technique qui permettrait d'améliorer la productivité. Nous avons vu qu'en effet l'homme n'a pas une tendance innée à développer la technique pour accroître sa productivité, et cette tendance irrépressible du capitalisme ne repose pas sur une rationalité universelle à agir de la sorte⁵⁶⁷ : c'est la raison pour laquelle la Chine, dont David Saul Landes nous montre qu'elle a presque tout inventé⁵⁶⁸, n'a pas donné le jour à ce système économique.

Si l'on reprend à présent le débat ayant opposé Hans Jonas à Jean Brun⁵⁶⁹, l'idée que le progrès technique actuel est influencé de manière à la fois *systémique* et *pathologique* par le capitalisme permet de concilier leurs thèses. Alors que Jonas prête à une ontologie trop pauvre de la science moderne l'origine du rapport irrationnel au monde auquel elle conduit, il se pourrait bien plutôt que ce rapport irrationnel soit dû à la recherche capitaliste de l'amélioration sans fin de la productivité du travail par la technique, sachant que le capitalisme, dans sa dynamique, a soumis la science à sa logique comme il tend à y inféoder l'ensemble des liens sociétaux. On peut alors d'une

⁵⁶⁴ David NOBLE, *Forces of Production*, Knopf, New-York 1988, pp. 144-192, cité par Cédric DURAND, *Le Capitalisme est-il indépassable ?*, op. cit., pp. 78-79.

⁵⁶⁵ Ellen MEIKSINS WOOD, *L'Origine du capitalisme*, op. cit., p. 144.

⁵⁶⁶ LANNOYE Paul, *Technologies et société : des technologies pour l'homme ou le marché ?*, Les Dossiers du Groupe de réflexion et d'action pour une politique écologique (GRAPPE) asbl, http://www.bio-info.be/pages/espacedossierpdf/TECHNOLOGIES_et_societe.pdf.

⁵⁶⁷ Ellen MEIKSINS WOOD, *L'Origine du capitalisme*, op. cit., p. 5.

⁵⁶⁸ David Saul LANDES, *Richesse et pauvreté des nations*, Albin Michel, Paris 2000 [1998].

⁵⁶⁹ Voir ci-dessus, pp. 366 s.

part comprendre sous un autre jour la critique de Hans Jonas selon laquelle « la science poserait problème parce qu'elle serait "la traduction pratique d'une rationalité réductrice et incomplète" »⁵⁷⁰, à condition d'attribuer cette « rationalité réductrice » à l'esprit du capitalisme, la tendance objectifiante propre à la science l'ayant sans doute de son côté rendue peu critique face à l'objectification propre à ce système économique. Il est d'autre part possible de rejoindre également Jean Brun lorsqu'il voit le problème de la science plutôt dans son « hyper rationalité », pour peu que l'on admette qu'il existe plusieurs rationalités, dont celle propre au capitalisme. L'« hyper-rationalité » de la science viendrait alors de la prétention du capitalisme, qui avance sous son couvert, à s'imposer comme auto-référent.

Objectification de la Nature et de l'homme

La rationalité instrumentalisante du capitalisme le fait contribuer puissamment à l'objectification de la Nature et de l'homme. Certes, cette tentation poursuit l'homme dès les origines des sociétés sédentaires et surtout urbaines, puisque le tout premier récit que nous ayons conservé, l'*Épopée de Gilgamesh*, s'en fait déjà l'écho : voici un roi en paix dans sa cité qui n'aura pourtant de cesse de raser la forêt qui entoure ses murailles pour conjurer sa propre mortalité. L'homme occidental ne semble, depuis, concevoir ses propres progrès qu'à l'aune des aménagements qu'il impose à son environnement, souvent pour son unique confort et sans le moindre égard pour la vie qui l'entoure.

Le désenchantement du monde n'est-il par ailleurs pas le propre de la modernité ? En ce sens, la plupart des rationalités, du moment qu'elles évacuent toute dimension sacrée du monde et placent l'homme comme *mesure de toutes choses*⁵⁷¹, favorisent l'objectification capitaliste du monde pour transformer l'objet qu'est devenue la Nature en marchandise, renforçant par là sa privatisation et la séparation de la communauté humaine prise comme telle de son environnement, autrement dit du monde qui l'entoure. On notera toutefois que, contrairement à ce qui a trop souvent presse, le rationalisme des Lumières n'a pas empêché ces dernières d'accorder une grande valeur aux tâches manuelles, au point de leur accorder une dignité équivalente aux travaux de l'esprit. Richard Sennett, dans son effort pour promouvoir la culture de l'artisanat, ne s'y est pas trompé, lui qui se réclame des Lumières pour s'opposer à l'approche capitaliste et profondément dépersonnalisante du travail⁵⁷².

⁵⁷⁰ Daniel CEREZUELLE, *Technique et désir chez Jean Brun* [a], dans Pascal CHABOT, Gilbert HOTTOIS (sous la direction de –), *Les Philosophes et la Technique*, actes du Colloque International de Bruxelles organisé sous les auspices de la Fédération Internationale des Sociétés de Philosophie, 2002, Vrin, coll. Pour demain, Paris 2003, pp. 217-230.

⁵⁷¹ L'expression vient de Martin Heidegger, dans *Nietzsche*, Gallimard, Paris 1971, V, pp. 106-109, citée par Robert HARRISON, *Forêts – Essai sur l'imaginaire occidental*, Flammarion, coll. Champs, Paris 1992, p. 363, notes et références relatives au chapitre 12.

⁵⁷² Richard SENNETT, *Ce que sait la main – La culture de l'artisanat*, Albin Michel, Paris 2010 [2008] ; voir ci-dessous, partie 06 (« Les motivations de la création »), chap. « Art et artisanat : l'art est-il une technique ? », pp. 596 ss.

Ceci étant précisé, nous allons voir par quelles voies ce système a pu modifier notre rapport à la Nature et à l'humanité qui nous habite.

□ *Objectification et destruction de la Nature*

L'objectification de la Nature a connu une avancée sans précédent avec l'âge des Lumières, qui, sur ce point, ont œuvré dans le sens des intérêts capitalistes en tentant d'éradiquer le sens du sacré au profit du pouvoir de la raison, posant comme prémisses de leur démarche l'incompatibilité de la raison et du sacré – qu'ils assimilaient de fait aux pouvoirs religieux en place. S'y ajoute une approche des Lumières indéniablement utilitariste à l'égard de la Nature. Je prendrai pour exemple de cette évolution le changement qui s'est opéré à l'égard des forêts. Dans son livre *Forêts*, Robert Harrison défend la thèse qu'« une époque historique livre des révélations essentielles sur son idéologie, ses institutions et ses lois, ou son tempérament culturel, à travers les différentes manières dont elle traite ou considère ses forêts⁵⁷³ ». En référence à l'« âge des hommes » de Gianbattista Vico⁵⁷⁴, il situe ce qu'il appelle « l'âge d'homme » au tournant de la modernité, entre la fin des XIV^e et XVI^e siècles, là où les hommes croient triompher de la nature⁵⁷⁵ et où Descartes parle de les rendre, par le biais de la raison raisonnante, « maîtres et possesseurs de la nature »⁵⁷⁶, une nature réduite à une simple *étendue*. Or l'« âge d'homme », constate Robert Harrison, du fait de son programme, semble s'être davantage distancé de la Nature que les époques qui l'ont précédé :

« À d'autres époques, en d'autres lieux, l'humanité a exterminé des espèces et soumis la nature à ses besoins de manière systématique. Ce qui change avec l'âge d'homme, c'est l'idéologie humaniste qui sous-tend ses ambitions conquérantes. Jamais une idéologie n'avait autant séparé l'humain des espèces animales et considéré la terre entière comme son héritage naturel »⁵⁷⁷, autrement dit comme « sa chose ».

⁵⁷³ Robert HARRISON, *Forêts*, op. cit., p. 178.

⁵⁷⁴ Voir Giambattista VICO, *La Science nouvelle*, Nagel, Paris 1953 [1744].

⁵⁷⁵ Robert HARRISON, *Forêts*, op. cit., pp. 145-146.

⁵⁷⁶ René DESCARTES, *Le Discours de la méthode*, conclusion.

⁵⁷⁷ Robert HARRISON, *Forêts*, op. cit., p. 146.

On sait la relation de causalité que Max Weber a tenté d'introduire entre esprit du protestantisme et essor du capitalisme. Cette vision, souvent simplifiée par les lecteurs de Weber, est néanmoins critiquable dans la mesure où elle situe la naissance du capitalisme dans la Hollande du XVII^e siècle, et non dans l'Angleterre du XVI^e siècle, à la suite d'une modification des rapports de propriété qui ne doit rien à la religion. Mais il reste indéniable que l'esprit rationaliste du calvinisme n'a pu que renforcer le rationalisme de la Renaissance. De fait, l'essor de la rationalité utilitariste, dans laquelle s'inscrit en plein le capitalisme, est dû à la conjonction de plusieurs développements. À ce titre, Max Weber lui-même reconnaissait que cet ordre économique ne devait pas son apparition au seul esprit calviniste, mais que la rationalisation qui la supporte devait autant

« au développement du droit, à la découverte de la comptabilité moderne, à l'évolution de la technique, à la séparation entre le budget du ménage et celui de l'entreprise, aux conceptions nouvelles concernant le travail et la propriété, à l'apparition de la notion de rentabilité à côté de celle de profit »⁵⁷⁸.

En tentant d'éradiquer un savoir-faire ancestral proche et respectueux de la Nature, la modernité, dans son programme d'instauration des valeurs marchandes au cœur de la cité, visait dès la fin du XIV^e siècle le *désenchantement du monde* – pour reprendre la célèbre formule de Max Weber⁵⁷⁹ –, autrement dit œuvrait activement, par l'élimination de la magie comme technique de salut⁵⁸⁰, à l'émergence d'une société où, par un véritable *viol de l'imaginaire*⁵⁸¹, « le sacré, le sensible, les dimensions qualitatives du lien social, l'inscription dans une Nature vivante ne sont plus honorés » et où « le réel est réduit au matériel », qu'il soit d'ordre économique ou physique⁵⁸².

À partir de cet âge, la *forêt mystère* des fées et des « sorcières », la forêt matrice et primordiale va devenir *forêt utile* : si désormais l'homme se soucie de reboiser les terrains qu'il a exploités, ce sera pour assurer la construction de ses navires et non par souci de restaurer une forme d'habitat qu'il aurait saccagé⁵⁸³. Et lorsqu'au XVIII^e siècle Monsieur Le Roy, conservateur des parcs de Versailles, rédige dans l'*Encyclopédie* de Diderot et d'Alembert son article sur la forêt, c'est tout naturellement, dans la droite lignée de cette tradition, qu'il « conçoit la forêt comme un

⁵⁷⁸ Julien FREUND, *L'Éthique économique et les religions mondiales selon Max Weber* [a], op. cit., pp. 9-10.

⁵⁷⁹ À propos de la notion de « désenchantement du monde », voir notamment [B] SÉGUY, Rationalisation, pp. 127-128, qui aborde le terme de *sécularisation* souvent utilisé dans ce contexte par Max Weber.

⁵⁸⁰ Françoise MAZUIR, *Le Processus de rationalisation chez Max Weber* [a], op. cit., p. 120.

⁵⁸¹ Aminata Dramane TRAORE, *Le Viol de l'imaginaire*, Arthème Fayard, Paris 2002 ; Aminata Dramane Traoré fut Ministre de la Culture et du Tourisme du Mali de 1997 à 2000, poste dont elle démissionna afin de retrouver sa liberté de parole.

⁵⁸² Mohammed TALEB, *Itinéraire d'une féminité spirituelle, écologique et rebelle*, dans *La Chair et le Souffle*, Vol. 3, n°1 (2008) « Vers une écospiritualité – Jalons », Bellarmin, Montréal 2008, p. 27.

⁵⁸³ Ainsi, vers la fin du XV^e siècle, Venise s'inquiéta-t-elle – trop tard – de reboiser la forêt qui s'étendait de la lagune vénitienne au pied des Alpes et dont elle s'était servie « aveuglément » pour la construction de ses navires ; la République prit des mesures strictes, mais à seule fin de pouvoir poursuivre la construction de ses navires sur ses terres (Robert HARRISON, *Forêts*, op. cit., pp. 145-146).

matériau, le bois, qui lui-même a été conçu comme valeur d'usage. Celle-ci, à son tour, est reliée au concept de droits, ceux de l'État, des propriétaires privés et de la postérité, sans qu'il soit jamais question des droits de la vie sauvage. »⁵⁸⁴ Nous sommes loin déjà de l'approche de John Manwood, qui, en 1598 encore, donnait « une définition de la forêt dominée précisément par les droits, qu'il trouve naturels, du gibier, garantis par le droit divin du souverain dont ils restent inséparables »⁵⁸⁵.

La modernité entend même dès ses débuts faire disparaître jusqu'au souvenir du monde qu'elle s'acharne à détruire : les forêts, comme les « sorcières » qui y puisent leur antique savoir, sont non seulement les symboles d'un temps originel, mais constituent plus profondément les véhicules de la mémoire, permettant à celui qui les arpente de se ressourcer, de renouer avec ses propres racines dans ce sanctuaire mystérieux et sauvage que l'homme n'a jamais dominé ni géré. C'est cette dimension que Robert Harrison évoque dans sa préface de *Forêts* : « j'ai compris que la forêt, dans son antique présence, correspondait à la mémoire du poète ; et qu'une fois ses vestiges disparus, le poète sombrerait dans l'oubli. »⁵⁸⁶ Il précise plus loin, à propos du travail des frères Grimm : « les forêts ont la faculté psychique d'évoquer les souvenirs du passé, elles sont précisément la métaphore du souvenir même, en quelque sorte baignées de l'aura des origines perdues. »⁵⁸⁷ La forêt est aussi le symbole de « l'unité ancienne de la nature » et de la « parenté des espèces »⁵⁸⁸ : la destruction de la forêt renvoie à la destruction de l'unité primordiale, à la volonté de l'homme de se couper d'avec lui-même et sa nature profonde. Le lien avec le droit d'auteur apparaît pour peu que l'on apparente la tradition et la symbolique à des formes de mémoire de l'expérience collective du monde et que l'on admette l'importance de l'imitation dans le processus créatif : la tradition artistique apparaît ainsi comme une source d'inspiration et de motivation incontournable, qu'il s'agit de maintenir vivante et collective.

De fait, pour Max Weber, le *désenchantement du monde* correspond non seulement à la disparition de la croyance en la magie au profit de la rationalité, mais, de manière plus générale, à l'effacement progressif de la foi en l'action surnaturelle dans le monde ; il marque la perte de « l'altérité sans jugement » qui habite la Nature. Notre environnement se trouve dès lors réduit à une mécanique physique dépourvue de sens propre et d'intention, au point que, pour l'homme moderne, sa propre existence a fini par perdre toute signification, plongé qu'il est dans une complète « vacance du sens »⁵⁸⁹.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, p. 185.

⁵⁸⁵ *Ibid.*, p. 185 ; référence faite à John MANWOOD, *A Treatise and Discourse of the Lawes of the Forrest*, Thomas Wight et Bonham Norton, Londres 1598.

⁵⁸⁶ Robert HARRISON, *Forêts*, op. cit., préface, pp. 11-12.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 229.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 248.

⁵⁸⁹ COLLIOT-THELENE Catherine, *Max Weber et l'Histoire*, Presses universitaires de France, Paris 1990, p. 66.

Le propos capitaliste va toutefois plus loin dans l'objectification de la Nature qu'une simple vision utilitariste ne pourrait le faire, puisqu'il vise à garantir un profit à ceux qui s'approprient le réel : ce but passe par le retrait de tout moyen d'action à la collectivité, ce qui revient, une fois de plus, à constater le caractère contraignant du marché construit de toutes pièces par le système capitaliste. Dans la ligne de l'exemple des forêts, prenons pour exemple celui des produits phytosanitaires, qui présente des aspects fort surprenants... et combien révélateurs. Ainsi la « modernité capitaliste » encourage-t-elle la condamnation en France de ceux qui prônent l'emploi de préparations naturelles traditionnelles dans le domaine phytosanitaire, au prétexte qu'elles ne sont pas homologuées⁵⁹⁰. L'une des facettes de l'opposition à ce procédé législatif scandaleux, savamment tourné à l'unique avantage de l'industrie chimique, est connu sous le nom de « guerre du purin d'ortie »⁵⁹¹.

La marchandisation de la terre et de l'ensemble de ses ressources, autrement dit son appropriation privative et le caractère payant de son accès, ne manquent pas d'exercer des conséquences très lourdes sur notre rapport à la Nature, puisqu'elles entraînent une perte irrémédiable du sens de la gratuité et de la gestion collective des ressources naturelles, et, partant, de la valeur ontologique de ce qui nous entoure. Les deux pertes semblent en effet liées : l'approche capitaliste de la Nature la fonde comme dénuée de toute valeur intrinsèque, avant sa transformation et son appropriation par l'homme. Geneviève Azam souligne ces deux points dans l'un de ses articles :

« la gratuité de la vie représente une des dernières frontières à franchir pour la soumission totale à l'ordre de la marchandise. La manipulation génétique du vivant, prélude à son appropriation, traduit un rapport au monde, à la nature et aux femmes qui ne saurait se réduire à des questions scientifiques-techniques : "La gratuité trace une frontière très suggestive entre le domaine de l'être et celui de l'avoir". [...] Au regard de la rationalité économique, [...] la nature, considérée comme un objet sans valeur, appelle à être brevetée pour accroître les rendements. »⁵⁹²

Geneviève Azam parle par ailleurs d'un « imaginaire économique selon lequel est considéré comme « nature » ce qui n'a pas encore été travaillé, transformé et approprié. À ce titre, la nature est sa valeur. Dans cette vision économique du monde, la semence transformée industriellement devient la seule base de création de

⁵⁹⁰ Voir ci-dessous, à propos du conflit de même nature opposant l'association Kokopelli à Graines Baumaux SAS, pp. 271 s.

⁵⁹¹ Tout commence avec la Directive européenne 2004/24/EC, *Traditional Herbal Medicinal Products Directive* (THMPD) du 30 mars 2004, adoptée par l'Assemblée Nationale française le 27 avril 2007 et applicable en France dès le 31 mars 2011. Elle impose une nouvelle procédure d'agrément extrêmement lourde pour l'homologation des préparations pharmaceutiques à base de plantes, y compris pour les produits déjà sur le marché et d'utilisation millénaire. Ce procédé, économiquement dissuasif pour les petits producteurs de produits phytosanitaires, est de surcroît calqué sur des procédures propres aux médicaments, qui leur sont étrangères. Les produits naturels n'étant pas brevetables, il n'y a aucun intérêt direct pour qui que ce soit à les faire homologuer à ses frais, pour les bénéfices de la collectivité, et l'État n'a pas jugé utile de s'en charger lui-même.

⁵⁹² Jean-Louis SAGOT-DUVAUROUX, *La Frontière de la gratuité*, dans *Le Passant Ordinaire*, n°40-41 (mai 2002 - septembre 2002) [a], cité par Geneviève AZAM, *La Connaissance, une marchandise fictive* [a], op. cit., p. 301.

valeur. »⁵⁹³ Le philosophe et formateur en éducation à l'environnement Mohammed Taleb émet de son côté une critique de l'essence même du système capitaliste, perceptible dès les débuts de son histoire :

« Le véritable contenu du capitalisme, sa raison d'être en quelque sorte, est l'objectivation marchande, la réification, la chosification. Le projet du capitalisme ne consiste pas tant à généraliser l'économie de marché dans la sphère de l'économie qu'à généraliser les lois du marché dans les sphères non marchandes de la vie humaine. La "modernité capitaliste" vise à l'instauration, à l'échelle planétaire, d'une "société de marché" et d'une "Nature-Objet". »⁵⁹⁴

Non contents de la considérer comme « un stock inerte de ressources qui doit "rendre" au maximum »⁵⁹⁵, certains des directeurs généraux des plus grandes firmes de l'agroalimentaire en viennent jusqu'à affirmer que la Nature *usurperait* leurs propres droits de propriété ! C'est ainsi que le directeur général de Cargill aurait déclaré en 1992 : « Nous apportons aux agriculteurs indiens des technologies raffinées qui empêchent, par exemple, les abeilles d'*usurper* le pollen », alors que Monsanto faisait circuler un dépliant affirmant : « Les mauvaises herbes *volent* la lumière du soleil »⁵⁹⁶. Une telle inadéquation avec la réalité et les phénomènes naturels laisse songeur. Elle fait également preuve, en l'espèce, d'une très grande ignorance quant au rôle capital joué par les abeilles pour la pollinisation des plantes et le maintien de la vie sur la planète.

En conclusion, l'objectification du monde semble s'être faite en deux temps : conceptuellement d'abord, par une démarche scientifique orientée en fonction d'une visée utilitariste et de domination des éléments héritée des Lumières, suivie d'une privatisation plus profonde encore que celle de la terre, restreignant toute possibilité de gestion collective des ressources naturelles, et donc toute action politique véritable.

□ *Objectification et destruction de l'humain en l'homme*

Cette objectification de la Nature et de nos rapports au monde n'a pas manqué d'opérer celle de l'homme, là aussi en partie par des processus propres au capitalisme, notamment par une radicalisation de la propriété appliquée à notre rapport au corps. En renforçant au XVI^e siècle la notion de propriété foncière, passant d'un droit personnel équilibré par l'exercice de droits coutumiers communs (droit de vaine pâture par exemple) au droit *exclusif* d'un seul sur une terre, l'Angleterre devait, à travers John Locke, initier une révolution plus radicale encore, en pensant cette exclusivité individuelle comme emblématique de notre rapport au corps. Ironie de l'Histoire des idées : en sacrifiant le collectif à une certaine idée de l'efficacité et de la rentabilité, le personnelisme de John Locke devait aussi ruiner notre rapport à l'intime.

⁵⁹³ Geneviève AZAM, *Pour une pensée de la limite*, op. cit., p. 303.

⁵⁹⁴ Mohammed TALEB, *Itinéraire d'une féminité spirituelle, écologique et rebelle*, op. cit., p. 28.

⁵⁹⁵ Geneviève AZAM, *La Connaissance, une marchandise fictive* [a], op. cit., p. 121.

⁵⁹⁶ Vandana SHIVA, *Le Terrorisme alimentaire*, Fayard, Paris 2001, pp. 31-32, cité par Geneviève AZAM, *Pour une pensée de la limite* [a], op. cit., p. 304 ; c'est moi qui souligne.

Dans son *Essay Concerning Human Understanding*, publié en 1689, John Locke étend la « propriété naturelle » de l'individu sur son corps à la « propriété naturelle » du travailleur sur le fruit de son activité physique. Ainsi le travailleur, propriétaire de son travail, peut-il l'aliéner au profit d'un tiers, son employeur. Il s'agit ici bien davantage que de reconnaître un « droit naturel », autrement dit l'accession à la positivité d'un lien « naturel » reconnu comme tel, ainsi que le fit la Révolution française en 1789. Les *droits naturels* sont présentés par les révolutionnaires français comme inhérents à la nature humaine, et sont donc reconnus à chacun, indépendamment de toute autre considération, si bien que cette notion s'accorde bien à l'universalisme des Lumières. La notion de « droit naturel » peut ainsi éventuellement fonder – encore que de manière indirecte – un droit de propriété de l'individu sur les choses, comme le conçoit la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, dès lors que ce droit lui permet d'exister socialement et de prospérer, autrement dit d'assurer davantage que sa propre survie et de matérialiser de la sorte la dignité qui lui est socialement reconnue en œuvrant à son propre épanouissement et à celui des siens. La propriété, faut-il le rappeler, s'entend chez les Lumières davantage comme une limite imposée au pouvoir despotique en faveur de chaque citoyen qu'une exclusivité que chaque individu exerce contre les autres. De plus, les *droits naturels*, en tant que conaturels à celui qui en bénéficie, sont par définition *incessibles* et c'est leur incessibilité même qui offre à chacun la meilleure garantie d'un respect de ses droits fondamentaux, parce qu'aucun tyran ne peut ni en nier le principe ni les lui retirer.

Examinons donc plus précisément cette notion de « propriété de son corps », curieuse à plus d'un titre, qui vient sans doute à John Locke à travers l'un des piliers des libertés publiques en Angleterre, l'*Habeas Corpus Act* de 1679, dont l'origine remonte au Moyen Âge. Mais alors que l'*Habeas corpus* protège la liberté physique des individus de l'arbitraire et oblige le pouvoir politique à n'incarcérer les justiciables que sur la base d'un jugement équitable, John Locke semble en faire une lecture littérale, au point de l'assimiler à l'affirmation d'une « propriété » de chacun sur son corps. Son approche, qui nourrit encore en grande part l'idéologie libérale contemporaine, se prévaut à tort de la théorie des « droits naturels » développée dans le sillage des Lumières dès lors qu'elle porte sur le rapport au corps. La notion de *propriété* est en effet une pure construction juridique, d'origine culturelle et consensuelle ; à la différence de la possession, qui relève du fait, la propriété consacre un rapport de droit sur une chose qui, pour porter effet, doit être validé par la société civile. Le droit romain, déjà, opère une distinction très claire entre ces deux notions, la possession n'entraînant qu'une simple présomption de la propriété, dans un souci de préservation de l'ordre public. L'application de la notion de « droit naturel » à un rapport ontologique, inné et conscientisé tel que le rapport que nous entretenons à notre propre corps, comme l'exprime la notion de « propriété naturelle », relève ainsi de l'oxymore, et celle de « propriété naturelle sur son corps » consacre un paradoxe des plus puissants.

La notion d'*appartenance* – dans le sens d'« être le propre de quelqu'un » – malgré l'ambiguïté qu'elle recouvre, serait ici de loin préférable à celle de *propriété*, car elle

suppose une distinction de la personne et de son corps – je ne me réduis pas à ma seule survie biologique⁵⁹⁷ – sans entraîner pour autant une dichotomie ontologique entre eux : s'il est bien vrai que « mon » corps m'appartient, je peux encore soutenir sans me contredire que d'une certaine façon je *suis* mon corps, vu le lien immédiat et vital qui me fait l'habiter. C'est du reste la constatation de la phénoménologie : « le corps doit être compris comme la manière d'être présent au monde [et d'habiter le monde] et non comme un objet en soi étalé dans l'espace »⁵⁹⁸, même si le corps possède l'étonnante capacité d'être à la fois un *sujet sentant* et un *objet senti* pour la conscience perceptive qui l'habite⁵⁹⁹. C'est ainsi que la distinction opérée au Moyen Âge entre les deux sens de la notion de *travail*, à savoir peine, pénitence (« *labor* ») et création (« *opus* »)⁶⁰⁰, se retrouve dans la différenciation établie entre *propriété* et *produit*⁶⁰¹, voire *appartenance*⁶⁰². La notion d'appartenance peut recouvrir celle de propriété, mais elle peut aussi désigner un lien de connexité étroite, voire un lien ontologique ou un rapport de responsabilité. Toute la différence est là, rapportée au lien unissant l'individu au fruit de son travail, et surtout, comme nous le verrons, au rapport de l'auteur à son œuvre. Affirmer par contre que je suis *propriétaire* de mon corps implique nécessairement que je m'en dissocie radicalement, qu'il n'est qu'un *moyen* d'existence – fût-il nécessaire. Les Romains, eux, en étaient bien conscients, qui ne reconnaissaient pas juridiquement le fait de se vendre soi-même comme esclave, fût-ce au profit d'un tiers. John Locke adopte une position dualiste qui ne va pas de soi, et qu'il ne justifie pourtant jamais, l'imposant comme une évidence. Il considère la liberté comme origine d'un simple rapport propriétaire à monnayer face aux tiers, là où il s'agit de reconnaître un *état* de l'individu, qui, pouvant être nié dans son exercice concret par les tiers, doit être *garanti* juridiquement par la collectivité.

En procédant de la sorte, John Locke, alors qu'il croit résoudre la question de la justification de la captation marchande du temps humain et de ses œuvres, pose au contraire une énigme de taille, qu'il néglige totalement : si je suis propriétaire de mon corps, qui est ce « je » propriétaire, qui lui reste étranger ? De quelle nature est-il ? Et s'il s'agit de l'« âme », les rapports de propriété ont-ils le moindre sens dans le monde

⁵⁹⁷ voir ci-dessous, chap. « Noyau éthique », l'importance capitale de ce point de vue indépendamment de toute croyance en une survie de la personne au-delà de sa mort physique (Michel TERESTCHENKO, *Un si fragile vernis d'humanité*, op. cit.).

⁵⁹⁸ Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit., p. 112.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 113.

⁶⁰⁰ Jacques LE GOFF, Nicolas TRUONG, *Une histoire du corps au Moyen Âge*, Liana Levi, coll. Piccolo Histoire, Paris 2003, pp. 74-77, p. 80.

⁶⁰¹ Pour Pierre-Joseph Proudhon par exemple, l'œuvre de l'écrivain est un *produit*, celui de son travail et des moyens utilisés pour la production de l'œuvre, pas une *propriété* (Pierre-Joseph PROUDHON, *Les Majorats littéraires – Examen d'un projet de loi ayant pour but de créer, au profit des auteurs, inventeurs et artistes, un monopole perpétuel [1862]*, dans Jan BAETENS, *Le Combat du droit d'auteur : anthologie historique, suivie d'un entretien avec Alain Berenboom*, Les Impressions Nouvelles, Bruxelles 2001 [1970], pp. 141-153, p. 146).

⁶⁰² Ainsi le monde appartient-il au Dieu de la Genèse parce qu'il a été créé par lui, bien plus qu'il n'en est la propriété.

qui est sien ? John Locke tombe ainsi en plein dualisme, il prétend résoudre une équation en ignorant un de ses membres. Le rapport de l'individu à son corps, lorsqu'il se pense dans les termes dichotomiques de « propriété », trahit donc nécessairement une vision objectifiante du corps humain, voire de l'homme. Il procède ainsi du manichéisme le plus trivial et marque un déni de notre condition humaine en refusant d'admettre que le corps est à la fois condition et racine de notre existence, opérant une confusion fondamentale entre l'*être* et l'*avoir*, qui, à son tour, ne manque pas d'entraîner des conséquences sur la question du *faire* et de la liberté. Immanuel Kant relèvera de son côté fort justement que la notion même de « propriété de soi-même » s'oppose à celle de liberté ; elle lui paraît « proprement inconcevable » là où John Locke voyait au contraire entre elles un lien étroit, au point qu'il présente la propriété sur soi-même comme condition de la liberté⁶⁰³. Inversement étrange des valeurs, qui voit l'*avoir* devenir condition de l'*être*, et qui, dans la pratique, remplace l'*être* par le *faire*. Le postulat de « propriété de soi-même » est du reste si fondamental dans la pensée de John Locke qu'il en fait dériver la propriété foncière et mobilière, justifiant ainsi par la possession exclusive de son corps l'attribution au profit de certains des biens donnés à tous par Dieu :

« Bien que la terre et toutes les créatures inférieures appartiennent en commun à tous les hommes, chaque homme est cependant propriétaire de sa propre personne. Aucun autre que lui-même ne possède un droit sur elle, le travail de son corps et l'ouvrage de ses mains lui appartiennent en propre. Il mêle son travail à tout ce qu'il fait sortir de l'état dans lequel la nature l'a laissée, et y joint quelque chose qui est sien. Par là, il en fait sa propriété. Cette chose étant extraite par lui de l'état commun où la nature l'avait mise, son travail lui ajoute quelque chose, qui exclut le droit commun des autres hommes. »⁶⁰⁴

En plus de cette justification de la propriété privée, on retrouve ici sans surprise l'idée d'une Nature dont la valeur ne tient qu'au travail humain qui a pu s'y mêler⁶⁰⁵. La réduction du corps – et donc du travail qu'il accomplit – à une simple marchandise évoque les remarques de Karl Polanyi à propos des « marchandises fictives », les trois biens que le capitalisme a transformé en marchandises contrairement à leur nature profonde, à savoir la terre, le travail et la monnaie. Karl Polanyi, on s'en rappelle, les qualifie de *marchandises fictives* dans la mesure où une marchandise se définit pour lui comme quelque chose qui est avant tout produit pour être vendu, ce qui n'est pas le cas de ces trois éléments⁶⁰⁶. Pour lui en effet l'activité laborieuse ou le temps imparti à sa réalisation se confondent avec le sujet agissant lui-même : « Le travail n'est rien d'autre que ces êtres humains eux-mêmes dont chaque société est faite »⁶⁰⁷

⁶⁰³ Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit., p. 52 ; pp. 55-56.

⁶⁰⁴ John LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, Garnier-Flammarion, coll. Texte intégral, Paris 1992 [1690], §27.

⁶⁰⁵ Voir ci-dessus, chap. « Objectification et destruction de la Nature », pp. 186 ss.

⁶⁰⁶ Voir ci-dessus, p. 156 s.

⁶⁰⁷ Karl POLANYI, *La grande transformation : aux origines politiques et économiques de notre temps*, (ci-après : *La grande transformation*), Gallimard, coll. Bibliothèque des sciences humaines, Paris 1983 [1944], p. 106.

Karl Polanyi adopte ainsi une position similaire à celle du théologien Maurice Zundel, dénotant une approche que par facilité je qualifierai d'*existentielle* : « Ne tuez pas le temps. Le temps, c'est vous »⁶⁰⁸. Marchandiser le temps – le louer ou le vendre – sont des opérations qui n'ont rien de neutre pour la dignité humaine. La location de sa personne pour un salaire est une pratique objectifiante en soi. Elle transforme l'être humain en « moyen de production » qui, comme la Nature, doit « rendre », et fait des salaires une charge comptable qu'il s'agit de diminuer par une pression constante⁶⁰⁹, alors que leur versement devrait constituer l'un des principaux objectifs et la fierté de toute activité économique⁶¹⁰. La mondialisation accentue ce phénomène, puisque l'emploi, proposé de plus en plus hors des frontières nationales, dans des pays émergents ne présentant pas les mêmes structures de consommation que les pays occidentaux, n'offre plus le gage d'une demande future sur son propre marché⁶¹¹. C'est en outre parce que l'être humain est désormais perçu comme un simple relais mécanique dans la chaîne de production – une *chose* pour être clair – que les ingénieurs se permettent de concevoir le système de division du travail de type smithien : séparant les tâches de conception et d'exécution, ils parcellisent les rôles des exécutants au risque de l'absurde et retirent à l'ouvrier toute possibilité d'exprimer son savoir faire pour l'intégrer dans les procédures d'exécution, au sein d'une organisation qui nie ouvertement sa condition humaine⁶¹².

La logique de moyens que le capitalisme adopte l'amène donc à une instrumentalisation de l'homme. Avec la logique de moyens, les moyens ont préséance sur les besoins comme buts de l'action humaine, en ce sens que les besoins ne sont comblés que dans la mesure où les moyens – développés selon une logique qui leur est propre – le permettent, sans qu'aucune réflexion ne préside à la hiérarchisation des moyens ou à leur mise en œuvre en fonction des principaux besoins recensés⁶¹³.

Cette logique capitaliste des moyens a plusieurs sources. La principale d'entre elles est sans conteste le fait que le capitalisme vise le profit par le mode de production et non par l'aliénation, ce qui cesse d'orienter la production en fonction des besoins et ouvre la voie à la fabrication de la demande, autrement dit à sa manipulation. Or la manipulation est essentiellement objectifiante. Jean-François Malherbe, avec sa

⁶⁰⁸ Phrase rapportée par Marc Donzé lors d'une de ses conférences.

⁶⁰⁹ Cédric DURAND, *Le Capitalisme est-il indépassable ?*, op. cit., p. 63.

⁶¹⁰ Il n'est du reste plus guère que dans les couloirs des facultés d'économie que l'on fait encore la différence entre bénéfice économique et bénéfice comptable, le premier, qui n'est pas diminué des salaires versés, n'étant plus utilisé dans la pratique.

⁶¹¹ Michel VOLLE, *Prédation et prédateurs*, op. cit., p. 160.

⁶¹² CORSANI Antonella et al., *Le capitalisme cognitif comme sortie de la crise du capitalisme industriel. Un programme de recherche* [a], Communication au Forum de la régulation, Paris, 11 octobre 2001, webu2.upmf-grenoble.fr/regulation/Forum/Forum_2001/Forumpdf/01_CORSANI_et_alii.pdf, p. 23.

⁶¹³ Maria-Grazia VILONA VERNIORY, Jean-François MALHERBE, *Transmuter la violence en milieu scolaire*, op. cit., lexique, entrée « logique des moyens », p. 163.

matrice de l'autonomie⁶¹⁴, permet à Gilles Voyer de le souligner lorsqu'il commente les interdits qu'elle met en lien avec les principes autonomisants de la personne :

« L'interdit de l'homicide proscrit de considérer autrui comme indigne de vivre ; l'interdit de la manipulation de l'envisager comme un simple objet ; l'interdit du mensonge de l'estimer comme indigne de recevoir la vérité »⁶¹⁵.

La fabrication de la demande passe par le fait de réduire le client à l'état de consommateur. Tous les moyens seront mis en œuvre non pour connaître ses besoins afin de mieux s'y conformer, mais pour conformer ses besoins aux intérêts des producteurs, par le biais d'une orientation et d'une construction de ses désirs. Les publicitaires vont travailler sur une notion d'image de soi faite de pure apparence et sur l'attrait du plaisir, de façon à ce que la captivité aux marques devienne une nécessité aussi prégnante que le besoin psychologique instillé par une drogue. La pérennité du marché des drogues vient, il ne faut pas l'oublier, tant du déséquilibre physiologique qu'elles induisent (le « manque ») que de l'attraction exercée par la recherche du plaisir, laquelle trouve son pendant dans la volonté de fuir la réalité, autrement dit d'échapper à une condition matérielle d'où tout espoir de changement est proscrit : « lorsque l'avenir semble sans issue, on se raccroche au plaisir »⁶¹⁶.

En substituant les relations humaines par des échanges de nature commerciale, et en faisant des marchandises des substituts relationnels, tendance encore accrue par la virtualisation des échanges, le capitalisme opère une objectification de l'homme plus marquée que dans d'autres sociétés, poussant l'être humain à attendre des objets ce qui en réalité ne peut lui venir que de ses semblables. Ainsi que l'exprime Anselm Jappe, le fétichisme de la marchandise « explique simplement pourquoi l'homme abandonne le contrôle des choses à une logique qu'il a lui-même créée, la logique de la marchandise »⁶¹⁷. L'objectification de l'homme atteint toutefois son comble par la capture de l'attention et l'exploitation de ce que Patrick Le Lay nomme le « temps de cerveau disponible »⁶¹⁸ opéré par les industries des loisirs au profit exclusif d'un endoctrinement mercantile. Il s'agit – ni plus ni moins – d'une véritable instrumentalisation de la conscience elle-même :

« Cette distraction de l'attention du consommateur [...] a pour but exclusif de rendre ce temps individuel disponible aux prescriptions de consommation, c'est-à-dire de le priver de son libre arbitre et de substituer à celui-ci un conditionnement constant, systématique et massif – qui ne pourra que s'aggraver comme contrôle des temps et des espaces interstitiels de mobilité avec les

⁶¹⁴ Jean-François MALHERBE, *Le Nomade polyglotte*, op. cit., p. 33 ; Jean-François MALHERBE, *Sujet de vie ou objet de soins ?*, op. cit., p. 58.

⁶¹⁵ Gilles VOYER, *L'Éthique clinique comme critique : la contribution de Malherbe*, dans *Cheminer vers soi – Hommage à Jean-François Malherbe pour son soixantième anniversaire*, Liber, Montréal 2011, pp. 129-136, p. 134.

⁶¹⁶ David T. COURTWRIGHT, *De Passion à Poison – Les drogues et la construction du monde moderne*, Presses de l'Université de Laval, coll. Paradis artificiels, Laval (Canada) 2008, p. 198.

⁶¹⁷ OVERBLOG.FR, *Discussion avec Anselm Jappe*, op. cit., p. 4 ; Anselm JAPPE, *Les Aventures de la marchandise. Pour une nouvelle critique de la valeur*, Denoël, Paris 2003.

⁶¹⁸ Voir ci-dessous, p. 242.

objets communicants et les nanotechnologies si aucune politique des technologies de l'esprit n'est entreprise »⁶¹⁹.

L'objectification de l'homme et la logique de moyens fondent pleinement l'abandon par le capitalisme de toute mesure humaine. Ce ne sont plus les besoins de l'homme qui justifient l'action, mais la poursuite purement logique et sans mesure de la maximisation du profit et de l'amélioration de la productivité du travail, poursuivies pour elles-mêmes. Le capitalisme crée sa propre fiction ; en se rêvant *sans mesure*, il génère à la fois l'utopie d'un progrès illimité et la destruction radicale de la planète. On peut reprocher à la rationalité des Lumières d'avoir éloigné l'homme de la Nature. Mais au moins poursuivait-elle l'ambition de prendre l'homme comme mesure de toute chose. Avec le capitalisme, nous perdons non seulement la Nature, mais l'homme aussi. Or celui qui trouve l'homme et le place au centre de ses préoccupations finira – assez vite – par retrouver la Nature : l'homme ne fait-il pas pleinement partie de l'évolution et de son écosystème ? Nous n'avons pas laissé aux Lumières le temps de le découvrir, niées qu'elles ont été dès le XIX^e siècle par la logique capitaliste. Mais le système qui nie jusqu'à l'homme s'aveugle davantage et va plus loin dans la négation de la réalité.

En conclusion, l'objectification de l'homme par le capitalisme s'est opérée en trois temps : par la radicalisation de la notion de propriété d'abord, entraînant à son tour la modification des rapports que chacun entretient avec son corps ; par la marchandisation du temps humain et des corps ensuite, qui permet à l'employeur d'exploiter le travail de l'employé contre simple salaire ; enfin, par la captation mercantile de l'attention – autrement dit de la conscience. Ces mutations se fondent sur une modification de notre rapport à l'humanité qui nous habite, par un ravalement de l'*être* au profit du *faire*. Bien que la notion de « propriété naturelle » sur son corps s'avère cohérente avec l'approche utilitariste de John Locke – quoiqu'au prix de nombreux paradoxes –, elle n'en demeure pas moins comme on le voit fort étrangère de la pensée et des idéaux des Lumières. De fait, le capitalisme, de ses origines historiques jusque dans ses plus ultimes développements, est sans doute le système économique le plus objectifiant et le plus négateur de la Nature et de la nature humaine que l'humanité ait conçu depuis ses origines.

□ *Un mal-être général*

Effet de cette objectification de l'homme, le capitalisme se signale par le profond mal-être dont souffrent la plupart des êtres humains soumis à son marché. On considère que la Chine compte aujourd'hui 180 millions de dépressifs⁶²⁰. Il ne s'agit pas d'une exception : plus de cinq millions de personnes consomment régulièrement antidépresseurs et psychotropes en France, dont plus de 120'000 enfants et adolescents. Certes, la consommation française est trois fois plus élevée que celle des

⁶¹⁹ Bernard STIEGLER, *ARS INDUSTRIALIS, Réenchanter le monde*, op. cit., p. 57.

⁶²⁰ Marc BORGERS, Thomas JOHNSON, Ivan du ROY, Bernard Stiegler : « *Le marketing détruit tous les outils du savoir* » [a], 20.03.2012, <http://www.bastamag.net/article2202.html>.

autres pays de l'Union Européenne⁶²¹, et elle serait aussi due aux mécanismes capitalistes eux-mêmes, envers lesquels le professeur Édouard Zafirian se montre très critique. Pour lui, en France comme en Europe et partout ailleurs dans le monde avec la complicité de l'OMS

« la médecine clinique psychiatrique est totalement inféodée au modèle nord-américain. La psychopathologie a disparu, et nous débouchons sur une sorte de psychiatrie automatique, avec son catalogue de symptômes répertoriés, informatisables, correspondant chacun à une combinaison médicamenteuse »⁶²².

Objectification de l'homme, là encore – du patient en l'occurrence –, réduit au statut de consommateur standardisé et nié dans son histoire singulière de sujet, que critique également Jean-André Nisole⁶²³. Au-delà de tous ces chiffres, toujours délicats à manier et à interpréter, il demeure qu'un malaise sourd et toujours plus profond semble s'installer au sein de la société civile gérée par le capitalisme. Le temps n'est plus à la consommation joyeuse et insouciante, perçue comme la clef du bonheur pour tous par le marché. On s'étonnera d'apprendre que John Maynard Keynes avait annoncé en 1930 déjà, dans son essai *Perspectives économiques pour nos petits-enfants*, cette dépression nerveuse généralisée en laquelle il voyait non un effet de la crise économique mais d'une crise de l'économie propre à la fin de la rareté⁶²⁴. Mais l'abondance n'est pas la principale cause de cette « dépression nerveuse universelle ». De manière plus pointue, Bernard Stiegler et le groupe Ars Industrialis dénoncent ce malaise par l'analyse des mécanismes mêmes de l'objectification capitaliste. Par sa volonté inflexible de nier ce qu'il ne contrôle pas – autrement dit l'essentiel de l'existence et le sens même de celle-ci – et de nous gaver à la place de désirs factices, le capitalisme instrumentalise notre désir pour nous pousser à des actes d'achat irrationnels et compulsifs :

« Ce qui fait la valeur de la vie (aimer quelqu'un, admirer une oeuvre, défendre une idée...) n'a pas de prix : les objets du désir sont par structure infinis, c'est-à-dire incalculables. En les soumettant au marché, on détruit le désir, qui est réduit à un calcul. Cela produit une société démotivée, qui a perdu toute confiance en elle, où il n'y a plus de relations sociales, et où triomphe le contraire du désir, à savoir la pulsion. »⁶²⁵

⁶²¹ Angela CORRIGAN, *Antidépresseurs : la France championne du monde toutes catégories* (ci-après : *Antidépresseurs*) [a], 26.08.2008, <http://www.continentalnews.fr/actualite/sante,7/antidépresseurs-la-france-championne-du-monde-toutes-categories,2198.html>.

⁶²² Édouard ZAFIRIAN, *Le Prix du bien-être – psychotropes et société*, Odile Jacob, Paris 1996, cité par Angela CORRIGAN, *Antidépresseurs* [a], op. cit.

⁶²³ Jean-André NISOLE, *Psychothérapie des états pathologiques – Considérations cliniques*, Presses de l'Université de Montréal, Montréal 1986.

⁶²⁴ John Maynard KEYNES, *Essais sur la monnaie et l'économie*, Payot, Paris 1990 [1930], dernier chap. : « Perspectives économiques pour nos petits-enfants », cité par Patrick VIVERET, *Pourquoi ça ne va pas plus mal ?*, Arthème Fayard, Paris 2005, pp. 84-86.

⁶²⁵ Catherine PORTEVIN, *Bernard Stiegler : « Il y a beaucoup d'inventions qui ne produisent aucune innovation »*, op. cit.

On retrouve là l'influence d'Edward Louis Bernays, qui, avant Henry Ford, a conceptualisé en économie la figure du consommateur et distingué les notions de besoin et de désir, s'appuyant sur les travaux de son oncle Sigmund Freud. L'attrait pour la marchandise n'est plus développé par un appel à la raison à travers la notion de besoin, mais est fabriqué de toutes pièces par un détournement du désir – Sigmund Freud parlerait d'*énergie libidinale* – du futur consommateur⁶²⁶. Mais toute médaille a son revers : en captant son attention par instrumentalisation du désir en faveur des marchandises, on galvanise certes dans un premier temps la consommation tous azimuts pour des objets inutiles ; toutefois, à force de jouer avec les pulsions des individus, l'offre finit par tuer leur désir : le « capitalisme pulsionnel [...] tend à produire de l'entropie et du dégoût, et à rendre le monde insipide »⁶²⁷.

Utopies d'une économie auto-référente

Marché « auto-régulé » et « désencastrement »

Le marché « auto-régulé » est la conséquence de la théorie de la concurrence parfaite et du caractère contraignant du marché : *s'imposant* à l'ensemble des acteurs, le prix du marché serait « juste » du seul fait qu'il représenterait la situation d'équilibre du système. À son tour, la prétention à l'autorégulation du marché a pour effet de masquer la principale finalité du capitalisme : le biais fondamental apporté par l'arbitrage marchand en matière de distribution des richesses, qui favorise nécessairement les plus fortunés : « L'inégalité entre les protagonistes du marché empêche l'arbitrage marchand d'aboutir à une bonne répartition et d'optimiser la valeur globale en jeu »⁶²⁸. L'idée d'une auto-régulation empêche ainsi toute critique de l'analyse coasienne lorsqu'elle affirme – à tort⁶²⁹ – la supériorité des marchés de titre de propriété pour réduire les coûts de transaction, et donc, par extrapolation, pour assurer la juste répartition des biens par l'argent. La boucle est bouclée.

Cette « auto-régulation » suppose surtout, comme il vient d'être dit, ce que Karl Polanyi appelait le « désencastrement » de l'économie, par lequel le « tout-marchand » phagocyte une société civile dont les rapports sociaux se trouvent médiatisés par le marché, là où les sociétés pré-capitalistes intégraient les rapports économiques, qui ne représentaient qu'une facette de leur équilibre⁶³⁰. Cette inversion trouve son origine dans le changement radical du but de l'activité économique : traditionnellement dévolue à la satisfaction de besoins, elle se met dès l'avènement du capitalisme à poursuivre la maximisation des profits et leur accumulation, qui entraîne la séparation

⁶²⁶ *Ibid.*

⁶²⁷ Bernard STIEGLER, *ARS INDUSTRIALIS, Réenchanter le monde*, op. cit., p. 46.

⁶²⁸ Damien DE CALLATAÏ, *Le Pouvoir de la gratuité – L'échange, le don, la grâce*, l'Harmattan, coll. L'Esprit économique, Paris 2011, p. 22.

⁶²⁹ Voir ci-dessous, p. 323.

⁶³⁰ Ellen MEIKSINS WOOD, *L'Origine du capitalisme*, op. cit., p. 126.

radicale de ses intérêts d'avec ceux de la sphère sociale et politique. Karl Polanyi, puis, à sa suite, Geneviève Azam et le MAUSS ont fort bien décrit cette mutation qui désapproprie la population civile des sphères de la production et de la distribution, autrement dit qui les soustrait au contrôle politique et social des sociétés traditionnelles, au profit d'intérêts privés concurrents poursuivant la maximisation de leur profit.

Origine morale d'une idéologie économique

Cette revendication de l'économie à l'autoréférence part de l'idée assez curieuse, déjà défendue en 1714 par Bernard Mandeville dans sa célèbre *Fable des abeilles*, que « les vices privés font le bien public », autrement dit que le bien commun n'est jamais mieux défendu que lorsqu'on le laisse résulter du jeu croisé des intérêts privés. Dans la mesure où la thèse de l'égoïsme psychologique dont Bernard Mandeville se réclame conditionne encore l'approche de nombre d'économistes actuels, pour qui la question centrale de l'économie reste celle de l'*intérêt personnel* plutôt que celle du *choix*, j'en ai discuté le fond au cours du chapitre consacré à la recherche d'un fondement éthique⁶³¹.

Constatant que l'intérêt, dans sa forme la plus courante, est d'ordre matériel, c'est tout naturellement qu'Adam Smith fait de l'intérêt de chacun à améliorer sa condition matérielle⁶³² et à faire prospérer ses propres affaires le moteur de l'activité économique ; il vante non seulement la constance de ce ressort, mais aussi ses mérites pour la société humaine, à travers la mystérieuse harmonie collective à laquelle elle conduit. Adam Smith lui donnera à – seulement – deux reprises le nom de « main invisible »⁶³³, expression qui connaîtra pourtant la fortune que l'on sait. Déjà, nous observons le caractère fondamentalement illusoire de l'économie, qui nous donne à croire que la prospérité à venir nous accordera un bonheur dont la portée nous échappera toujours, et qui s'avère fondamentalement dépendant du jugement d'autrui⁶³⁴ : les prémisses de la critique de la société de consommation que Jean Baudrillard établira au XX^e siècle⁶³⁵ se trouvent déjà contenues dans la vanité du

⁶³¹ Voir ci-dessus, Partie 03 (« Recherche d'une fondation éthique »), chap. « Paradoxe de l'égoïsme psychologique », pp. 114 ss

⁶³² Adam SMITH, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des Nations*, op. cit., livre II, chap. 3, § 28 ; Adam SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, op. cit., partie II, section 2, chap. 2, § 1, cités par François DERMANGE, *Le Dieu du Marché*, op. cit., p. 67.

⁶³³ Selon Philippe Le Tourneau (Philippe LE TOURNEAU, *L'Éthique des affaires*, op. cit., note 19), l'expression de « main invisible » n'a été utilisée que deux fois par Adam Smith : la première dans sa *Théorie des sentiments moraux*, (Adam SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, op. cit., p. 276) ; la seconde dans un passage très connu des *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des Nations*, (Adam SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, éd. Folio/Essais, pp. 225-256).

⁶³⁴ François DERMANGE, *Le Dieu du Marché*, op. cit., p. 69.

⁶³⁵ Jean BAUDRILLARD, *La société de consommation*, Folio, coll. Folio/Essais, Paris 2008 [1970].

moteur économique tel qu'Adam Smith nous l'expose⁶³⁶. Un passage des notes de cours d'un de ses élèves, relevé par Adam Gopnik, mérite d'être cité :

« L'homme ayant continuellement besoin de l'assistance des autres doit trouver certains moyens de se procurer leur aide. Il n'y parvient pas seulement en flattant et en courtisant ; il ne l'espère point, sauf à tourner la chose à votre avantage et à la faire paraître ainsi. L'amour seul n'y suffit pas, tant qu'il ne s'applique pas de quelque façon à votre amour-propre. *Un marché y pourvoit on ne peut plus facilement.* »⁶³⁷

Replacée dans le contexte moral de l'époque, une telle profession de foi dans les aspects concrets de l'échange économique a quelque chose de tonique. Mais en comparant l'ensemble des liens sociaux à un marché où les acteurs participeraient à une « communauté bienveillante » tout en vaquant égoïstement à leurs propres intérêts, et en posant l'amour propre comme le moteur de l'empathie, autrement dit de la vie en société, Adam Smith adopte dès le départ une approche dangereusement limitative, qui feint d'ignorer le caractère foncièrement capitaliste du marché anglais de son temps et les ravages sociaux qu'il avait déjà provoqué. Elle oublie aussi la règle voulant que la confrontation d'intérêts privés livrés à eux-mêmes, autrement dit que l'absence de règles en société, a toujours avantage les plus forts, sans qu'Adam Smith justifie les raisons qui pousseraient à les favoriser : c'est ici que l'on pense à la célèbre image du « renard libre dans le poulailler libre » illustrant le marché rêvé par le libéralisme économique. Adam Smith néglige surtout d'ancrer la propension à l'échange et à l'empathie au cœur de la nature humaine et de la « sujéité », comme condition d'accomplissement de Qui nous sommes.

Mais il reste à montrer en quoi la poursuite de son propre intérêt jointe à l'inquiétude d'autrui à laquelle nous invite le souci de notre propre image débouchent sur une interaction économique bénéfique pour la collectivité. Adam Smith croit pouvoir y parvenir en invoquant les bénéfices sociaux de la division du travail. Précisons d'emblée que cette division n'a pas son principe dans la production d'objets, telle qu'elle était déjà mise en œuvre dans les manufactures de son temps⁶³⁸, mais plutôt dans la volonté des employeurs de rendre le travailleur *interchangeable* et d'autant plus vulnérable face à eux⁶³⁹. Mais Adam Smith justifie la complémentarité nécessaire des individus par un projet d'amélioration de la productivité du travail couplé au principe d'accumulation *illimitée* du capital, autrement dit poursuivie pour elle-même, et attribue cette volonté d'amélioration de la productivité aux artisans indépendants, pourtant victimes principales du « *putting-out system* »⁶⁴⁰.

⁶³⁶ Adam SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, op. cit., partie III, section 3, chap. 31 ; partie IV, section 1, chap. 9.

⁶³⁷ Adam GOPNIK, *Le véritable legs d'Adam Smith* [a], op. cit., p. 28 ; c'est moi qui souligne.

⁶³⁸ François DERMANGE, *Le Dieu du Marché*, op. cit., p. 70.

⁶³⁹ Voir ci-dessus, chap. « Contrainte par le marché », à propos du « *putting-out system* », pp 152 ss.

⁶⁴⁰ François DERMANGE, *Le Dieu du Marché*, op. cit., pp. 70-71, résumant Adam SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, op. cit., partie I, section 1, chap. 5 et Adam SMITH, *Lectures on Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford 1978, notes sur le cours de 1766, p. 286 ; c'est moi qui souligne.

L'adoption de ces principes capitalistes ruine dans les faits toute tentative d'Adam Smith de se démarquer de l'organisation productiviste des manufactures et du caractère profondément objectifiant des ouvriers qui y travaillent. On peut également mettre en doute le fait que la recherche de l'amélioration de la productivité du travail, dès lors qu'elle est *sans limite*, vienne des acteurs eux-mêmes et non de la situation concurrentielle où ils se trouvent. Pareillement, le caractère *illimité* de l'accumulation du capital fait qu'elle échappe à l'échelle humaine : dans un système où le marché est contraint et non pas lieu d'échange, et où une logique de la valeur abstraite et illimitée commande la production⁶⁴¹, son périmètre ne décrit pas l'étendue – nécessairement limitée – des besoins des acteurs, et leur échappe pour ainsi dire totalement. La lecture idyllique des origines de la division du travail proposée par Adam Smith s'effondre irrévocablement.

La société civile régulée par les lois économiques

L'un des plus grands mérites de Karl Polanyi est d'avoir compris que le capitalisme, par sa façon de tout réduire à l'état de marchandise, opérait un « désencastrement » de l'économie pour investir cette dernière d'un rôle inédit, qui la voyait devenir la charnière et l'élément structurant de la société humaine, au point d'enchâsser à son tour cette dernière dans son marché unique. Karl Polanyi nomme ainsi « désencastrement » le phénomène conduisant l'idéologie capitaliste à présenter l'économie comme autonome par rapport à la sphère sociale et politique, qui a pour corollaire la prétention de l'économie à devenir auto référentielle et fonde l'utopie du marché autorégulateur, posé qu'il est comme une « loi naturelle »⁶⁴². La société devient alors « un auxiliaire du marché », pour reprendre l'expression de Karl Polanyi⁶⁴³. Cette vision des choses remonte au moins à Adam Smith, qui, à travers la *Théorie des sentiments moraux* et la *Richesse des nations*, montre que

« La justice distributive n'a pas besoin des institutions pour corriger l'ordre économique, puisqu'elle est réalisée, par la sagesse de la nature qui vise, à travers l'injustice même du propriétaire ou du capitaliste, l'ordre et la richesse de la société »⁶⁴⁴.

Cette approche de la société humaine comme « auxiliaire du marché » est très réductionniste : à force de n'envisager les rapports sociaux qu'à travers leurs coûts immédiats, on ne s'interroge que sur les moyens (chiffrables) les plus efficaces d'atteindre un but que l'on ne se donne plus la peine de raisonner. C'est en cela qu'Hannah Arendt oppose avec raison le *calcul* à la *pensée* dans son rapport *Eichman à Jérusalem*⁶⁴⁵. Jean-François Malherbe explicite cette opposition :

⁶⁴¹ voir notamment OVERBLOG.FR, *Discussion avec Anselm Jappe*, op. cit., p. 7.

⁶⁴² Geneviève AZAM, *La séparation féminin / masculin* [a], op. cit., chap. « Autonomisation de l'économie et séparation du masculin et du féminin ».

⁶⁴³ Geneviève AZAM, *La séparation féminin / masculin* [a], op. cit., chap. « La séparation entre production et reproduction, masculin et féminin est une fiction ».

⁶⁴⁴ François DERMANGE, *Le Dieu du Marché*, op. cit., pp. 164-165.

⁶⁴⁵ Hannah ARENDT, *Eichmann à Jérusalem. Rapport sur la banalité du mal*, Gallimard, coll. Folio, Paris 1991.

« Calculer, c'est s'interroger sur la façon la plus efficace de transformer la matière. Tandis que penser, c'est calculer tout en s'interrogeant explicitement sur la finalité du calcul »⁶⁴⁶.

« Désencastrement » et moralité du capitalisme

Amoralité du capitalisme ?

Le « désencastrement » de l'économie suppose un nécessaire affranchissement de celle-ci à l'égard de l'éthique et des valeurs morales, pour ne retenir qu'une seule mesure de nos actes : l'efficacité, que ce soit en matière de maximisation du profit ou d'amélioration de la productivité du travail. André Comte-Sponville, dans son essai *Le capitalisme est-il moral ? Sur quelques ridicules et tyrannies de notre temps*, soulève la question des rapports qu'entretiennent le capitalisme et l'éthique, pour conclure que si le capitalisme n'est pas moral, c'est qu'il n'a pas à l'être :

« Ce n'est pas le devoir qui régit l'économie ; c'est le marché. [...] À ma question titre : "Le capitalisme est-il moral?", ma réponse est donc : Non. Mais il faut bien sûr la préciser (je ne dis pas la nuancer) : le capitalisme n'est pas moral ; il n'est pas non plus immoral; il est – mais alors totalement, radicalement, définitivement – *amoral*. [...] Si nous voulons qu'il y ait de la morale dans une société capitaliste (or il faut bien qu'il y en ait dans une société capitaliste aussi), cette morale ne peut venir [...] que d'ailleurs de l'économie. »⁶⁴⁷

André Comte-Sponville, attribuant au « marché » une autonomie qu'il n'a pas, peut de ce fait lui imputer les travers apparents de l'économie, voire de notre société civile, si bien que le capitalisme ne peut à ses yeux être qualifié d'amoral ; la morale, chassée de la sphère socio-économique, est cantonnée à l'échelle individuelle. Une telle vision suppose que les règles du « marché » soient « naturelles », *données* et échappent à toute volonté des acteurs, et que les fondamentaux du capitalisme se confondent avec ceux de toute activité économique : en moins d'une page, André Comte-Sponville montre que son système repose sur une « naturalisation » du capitalisme, et que malgré l'appareil théorique mis en place, il rejoint les thèses de Milton Friedman, « Prix Nobel » d'économie et fer de lance du néolibéralisme⁶⁴⁸. Ces présupposés sont critiquables sur plus d'un point. Nous avons vu en effet que le « marché » capitaliste n'est pas n'importe quel marché et que sa force coercitive a été voulue par certains pour elle-même. Peu importe que leurs successeurs subissent ce système : il demeure qu'il a été voulu par des humains, pour ce qu'il est. Les prix, nous l'avons vu aussi, ne doivent quant à eux rien à une « main invisible » mais tout aux circonstances et à la volonté des vendeurs d'en profiter autant que possible pour initier un rapport de force leur permettant de maximiser leurs profits. On voit mal dès lors comment, comme pour tout choix humain, les actes qui participent à l'expression du « marché » ne relèveraient pas de l'éthique.

⁶⁴⁶ Jean-François MALHERBE, *Tendre l'oreille à l'inouï*, op. cit., introduction.

⁶⁴⁷ André COMTE-SPONVILLE, *Le Capitalisme est-il moral ?*, op. cit., p. 82 ; c'est l'auteur qui souligne.

⁶⁴⁸ Milton FRIEDMAN, *The Social Responsibility of Business is to increase its Profits*, dans *The New York Times Magazine*, 13.09.1970 ; commentaires en italiques insérés de Craig P. Dunn sous <http://www-rohan.sdsu.edu/faculty/dunnweb/rprnts.friedman.dunn.pdf>.

Le problème des limites

Mais reprenons le raisonnement théorique qui permet à André Comte-Sponville d'aboutir à une telle conclusion. Avant de répondre à la question : « le capitalisme est-il moral ? », André Comte-Sponville cherche à résoudre ce qu'il appelle le « problème des limites »⁶⁴⁹, afin de faire la part des choses entre l'ordre économique et l'ordre moral et éviter les confusions qu'il dit observer chez ses contemporains. Sa notion d'ordre reprend celle de Blaise Pascal, dont Jean Mesnard nous apprend qu'elle consiste en « un ensemble homogène et autonome, régi par des lois, se rangeant à un certain modèle, d'où dérive son indépendance par rapport à un ou plusieurs autres ordres »⁶⁵⁰. Chez André Comte-Sponville, le corps, l'esprit et la raison des *Pensées* font place à quatre ordres : techno-scientifique, juridico-politique, moral et éthique. Ces ordres fonctionnent – en apparence du moins – comme la tripartition des phénomènes de Maurice Merleau-Ponty⁶⁵¹, en vertu de laquelle l'explication d'un phénomène propre à un ordre donné par une cause relevant d'un ordre inférieur est invalidée comme réductionniste. André Comte-Sponville parle alors de « barbarie », là où Blaise Pascal voyait un « ridicule » :

« Je vous propose d'appeler "barbarie" le ridicule, la confusion des ordres, la tyrannie qui consiste à soumettre ou réduire un ordre donné à un ordre inférieur : la barbarie, c'est la tyrannie de l'inférieur – la tyrannie des ordres inférieurs. »⁶⁵²

En sens inverse, André Comte-Sponville qualifie d'« angélisme » l'occultation de la réalité représentée par un ordre inférieur au nom de l'ordre qui lui est supérieur :

« Je vous propose en effet d'appeler "angélisme" le ridicule, la confusion des ordres, la tyrannie, qui prétend annuler ou déstructurer un ordre donné au nom d'un ordre supérieur. L'angélisme, c'est la tyrannie du supérieur – la tyrannie des ordres supérieurs. »⁶⁵³

Pour André Comte-Sponville, l'ordre techno-scientifique, auquel appartient l'économie⁶⁵⁴, est structuré par l'opposition du possible et de l'impossible ; l'ordre juridico-politique l'est par l'opposition du légal et de l'illégal, le politique englobant (« excédant ») le juridique ; l'ordre moral est pour sa part structuré par l'opposition du bien (le légitime, le permis, le devoir) et du mal (l'interdit) ; l'ordre éthique, quant à lui, ne serait pas structuré par une opposition mais fonderait en quelque sorte la dynamique des trois premiers ordres à travers, respectivement, l'amour de la vérité, de la liberté et de l'humanité. En outre, chaque ordre étant incapable de se limiter lui-

⁶⁴⁹ André COMTE-SPONVILLE, *Le Capitalisme est-il moral ?*, op. cit., pp. 49 ss.

⁶⁵⁰ Jean MESNARD, *Le Thème des trois ordres dans l'organisation des Pensées*, op. cit., p. 31, cité par André COMTE-SPONVILLE, *Le Capitalisme est-il moral ?*, op. cit., p. 51, note 1 ; concernant cette notion d'ordre, André Comte-Sponville renvoie à Blaise PASCAL, *Pensées*, dans *Œuvres complètes*, présentation et notes de Louis Lafuma, Seuil, coll. L'Intégrale, Paris 1963 [1670], pensée n°308.

⁶⁵¹ Voir ci-dessus, partie 02 (« De l'épistémologie du droit à la méthodologie transdisciplinaire »), chap. « La tripartition des phénomènes selon Merleau-Ponty », pp. 91 ss.

⁶⁵² André COMTE-SPONVILLE, *Le Capitalisme est-il moral ?*, op. cit., p. 99.

⁶⁵³ *Ibid.*, p. 112.

⁶⁵⁴ André Comte-Sponville voit dans l'économie à la fois une science (humaine) et une technique.

même – il n'existe « pas de limite biologique à la biologie, pas de limite économique à l'économie » – il ne peut être limité que de l'*extérieur*, par l'ordre qui lui est supérieur ; ainsi, l'ordre juridique aurait pour fonction d'encadrer un ordre technoscientifique, qui, intrinsèquement indifférent à toute considération autre que technique, tendrait, conformément à la « loi de Gabor »⁶⁵⁵, à produire tout ce qu'il est possible de produire, du seul fait que c'est possible, sans la moindre considération d'ordre éthique⁶⁵⁶. Cette limitation des ordres de l'extérieur rend vaine dans les faits toute possibilité d'encadrement d'un capitalisme dont l'Histoire nous dévoile que le but premier est précisément de donner à la richesse, par le biais des contraintes du marché, un pouvoir social que le politique n'est plus en mesure de lui ravir.

Cette conception des limites remplace la *dynamique ascendante* d'un Merleau-Ponty – un phénomène doit être expliqué par le niveau à même de rendre compte de *toute* sa complexité – par un *confinement descendant* – tout niveau se justifiant par la limite qu'il apporte à l'ordre qui lui est immédiatement inférieur. Du coup, la nécessaire dynamique de l'ensemble est puisée très artificiellement dans un quatrième ordre, l'ordre éthique, qui apparaît ainsi foncièrement distinct des trois premiers alors que rien ne justifie ce statut particulier. En posant les limites comme *extérieures*, chaque ordre est avant tout perçu dans son principe identitaire et non dans ce qui le révèle incomplet, essentiellement ouvert, car chez André Comte-Sponville l'ordre inférieur n'est pas « inclus » dans l'ordre supérieur pour être « débordé » par lui. Superposition des ordres, donc, et non pas ouverture dynamique de chaque ordre sur l'ordre supérieur : la différence est essentielle et fait dire à André Comte-Sponville qu'« à l'état de nature, [...] il n'y a pas de morale du tout »⁶⁵⁷, que la morale n'existerait pas sans le droit, autrement dit que le droit *fonde* la morale. L'affirmation est étonnante. Il semblerait plus pertinent de dire que le droit *s'ouvre* sur la morale, tant en raison de sa tension intrinsèque vers le juste que de la plus haute exigence qui porte cette dernière. Ainsi l'ordre juridique doit-il, à moins d'être tyrannique, refléter les valeurs morales *de base* – autrement dit *minimum* – d'une société donnée, sans prétendre intégrer toute l'éthique.

Pour André Comte-Sponville, pourtant, « une loi ne dit pas le bien et le mal : elle dit ce qui est autorisé et ce qui est interdit par l'État. »⁶⁵⁸ Si cette remarque peut se comprendre, c'est dans un sens si strict que l'explication laisse perplexe. Le but du droit ne se limite en effet pas à faire la part des choses entre l'autorisé et l'interdit, mais à *interdire ce qui paraît injuste*, voire à favoriser ce qui semble juste. Jean Bédard parle même d'une idée de la justice comme valeur servant davantage à intégrer l'injuste qu'à combattre l'injustice⁶⁵⁹. À moins de sacrifier au positivisme le plus

⁶⁵⁵ La formulation de la loi de Gabor est : « Tout le possible finira toujours, tôt ou tard, par être accompli ».

⁶⁵⁶ André COMTE-SPONVILLE, *Le Capitalisme est-il moral ?*, op. cit., pp. 51-53 ;

⁶⁵⁷ *Ibid.*, p. 144.

⁶⁵⁸ *Ibid.*, p. 109.

⁶⁵⁹ Jean BEDARD, *Le Pouvoir ou la vie*, op. cit., p. 31.

extrême – dont j'ai déjà exposé les lacunes et les dangers⁶⁶⁰ et qui évoque une forme de tyrannie – la notion de *justice*, ancrée au cœur du droit, comporte une exigence éthique évidente. L'ordre juridique doit intégrer cette dimension dans son ordre même, et ne pas se contenter d'être orienté *de l'extérieur* par l'ordre moral. Faute de cela, à fonder le droit sans avoir à se référer à l'éthique comme tentait de le faire Hans Kelsen, c'est à la fois se refuser toute critique sérieuse des lois, fussent-elles *iniques* – ce qui semble invraisemblable après notre expérience des totalitarismes qui ont traversé le XX^e siècle – et c'est enlever à l'éthique toute portée concrète au sein de la société humaine, en refusant de lui reconnaître sa qualité de ferment social à travers l'exigence qu'elle nourrit *à la fois* au plus intime de chacun de nous et au cœur des relations que nous entretenons avec « l'Autre de l'autre ».

La lecture qu'André Comte-Sponville fait de la loi Veil, qui autorisa l'avortement en France, est à ce titre fort significative :

« Le législateur, par la loi Veil, nous dit en substance : "Moi, l'État (ou moi, le peuple souverain), je considère que l'avortement, ce n'est pas mon problème, précisément parce que c'est un problème moral ; en l'absence de consensus entre les Français, je le renvoie, en tant que problème moral, aux individus concernés." »⁶⁶¹

On remarquera déjà qu'à suivre André Comte-Sponville, un consensus moral au sein du peuple français à propos du caractère moralement condamnable de l'avortement aurait justifié le maintien de son illégalité – ce qui montre bien la dimension éthique des lois de portée pénale, ainsi que leur caractère de « valeurs plancher ». Mais, surtout, ce que la loi Veil affirme, ce n'est assurément pas que l'avortement est une question qui ne concernerait pas l'État – le fait même qu'une loi soit édictée dans ce domaine le contredit à l'évidence –, mais bien plutôt que l'avortement n'est pas (ou plus) un crime aux yeux du peuple français, et qu'il convient donc de ne pas le punir comme les homicides le sont. La loi ne dit donc certes pas *tout* le bien, mais demeure l'expression normative des valeurs qui semblent indispensables aux yeux d'un peuple donné pour assurer les conditions minimales d'une vie en commun. La morale, *a fortiori* l'éthique, s'impose dès lors à chacun comme une exigence supérieure à celle de l'obéissance à la loi, comme un appel au dépassement du strict légalisme, tout simplement parce qu'elle en oriente les principes.

De fait, André Comte-Sponville hésite visiblement entre une vision hiérarchique et une vision superposée de ses quatre ordres, en fonction du contexte, ce qui rend sa pensée difficile à suivre, pour ne pas dire opportuniste. Ainsi affirme-t-il que les quatre ordres se trouvent dans un rapport hiérarchique⁶⁶², rapport qui fonde chez lui les notions de « barbarie » et d'« angélisme », tout en affirmant que les décisions humaines se prennent *indifféremment* en fonction de l'une ou l'autre de ces quatre dimensions au

⁶⁶⁰ Voir ci-dessus, partie 02 (« De l'épistémologie du droit à la méthodologie transdisciplinaire »), chap. « Le positivisme et le droit », pp. 77 ss.

⁶⁶¹ André COMTE-SPONVILLE, *Le Capitalisme est-il moral ?*, op. cit., p. 109.

⁶⁶² *Ibid.*, pp. 51 ss.

prétexte que ces quatre ordres sont « soumis [...] à des principes de structuration interne différents et indépendants les uns des autres »⁶⁶³ ; les solutions inspirées par chacun de ces ordres entrent ainsi nous dit-il très souvent en conflit, ce qui fonderait la difficulté de toute décision, si bien qu'il semble exclu d'imaginer un rapport hiérarchique permettant d'orienter ce choix.

On pourrait concéder au contraire qu'il est certes possible de prendre une décision selon l'ordre techno-scientifique (ordre 1), mais pour autant qu'elle n'entraîne aucun effet sur le plan juridico-politique (ordre 2), *a fortiori* sur le plan moral (ordre 3) ; mais cela reviendrait à admettre dans un tel cas qu'il convient, pour agir de manière adéquate, de se déterminer en fonction de l'ordre juridique, respectivement moral, en tant même qu'ils sont « supérieurs » à l'ordre techno-scientifique. Choisir par exemple la nature du revêtement d'une route ne peut se faire selon de stricts critères techno-scientifiques qu'à une époque où la nature des revêtements disponibles n'a pas de conséquences significatives sur le bruit des véhicules pour le voisinage ou la sécurité des usagers. Les vrais conflits résident alors dans les décisions qui entraînent des effets concurrents dans le cadre d'un même ordre : un revêtement silencieux améliore certes le confort de vie du voisinage, mais il met aussi en danger l'existence des piétons qui perçoivent moins bien les dangers qui les menacent lorsqu'ils traversent la chaussée. Cette règle nous permettrait en outre d'asseoir le principe de la priorité des fins sur les moyens défendu auparavant⁶⁶⁴ dans le cadre du progrès technique, et de voir en quoi il nous est possible d'influencer son parcours. Mais il est à craindre qu'une telle lecture extrapole le système mis en place par André Comte-Sponville, car elle ne lui permettrait plus d'affirmer que le capitalisme est *amoral*, par la suppression d'une forme d'autonomie de l'ordre techno-scientifique – et donc économique – qu'elle opère.

Une confusion entre disciplines et niveaux de réalité

L'erreur fondamentale d'André Comte-Sponville tient sans doute au fait d'avoir érigé la techno-science et le juridico-politique en *ordres* : dès lors que sa définition des *ordres* répond en grande partie à celle des niveaux de réalité, au sens transdisciplinaire du terme⁶⁶⁵, cela revient à confondre les notions de *discipline* et de *niveau de réalité*, que la partie consacrée à l'épistémologie s'est pourtant attachée à distinguer de manière radicale. C'est précisément parce que l'économie est une discipline et non un ordre qu'elle n'est pas limitée par sa méthode, puisqu'elle l'est dans son périmètre même et dans son but, qui participent pleinement de sa définition.

Appliquer la notion d'ordre à de simples activités humaines ou à des champs de connaissance débouche sur une fragmentation du sujet et se paye au final d'une perte

⁶⁶³ *Ibid.*, p. 119.

⁶⁶⁴ Voir ci-dessus, partie 04 « Dimensions socio-économiques du droit d'auteur », pp. 145 ss, p. 218 s.

⁶⁶⁵ Voir ci-dessus, partie 02 (« De l'épistémologie du droit à la méthodologie transdisciplinaire »), chap. « La transdisciplinarité – Niveaux de réalité », pp. 90 ss.

de leur sens. L'éthique, malgré la curieuse définition qu'en donne André Comte-Sponville, aurait pourtant pu relever du niveau de réalité supérieur et orienter ainsi, dans une autre dimension, la démarche de l'*ensemble* des disciplines, toutes placées à un niveau de réalité immédiatement inférieur. Cela aurait permis d'éviter cette multiplication d'ordres superposés qui donne à la science comme à l'économie un statut qui n'est assurément pas le leur, et qui souscrit pleinement, comme nous allons le voir, à l'idéologie capitaliste. Nul doute dans ces conditions que les thèses d'André Comte-Sponville aient rencontré auprès des décideurs le succès qui fut le leur.

Traiter l'éthique – à travers l'ordre moral – comme une « sur couche » de l'ordre juridico-politique, au même titre que celui-ci « couvre » l'ordre techno-scientifique, revient à l'isoler, à lui retirer d'emblée toute dimension transversale ou véritablement transcendante, et à nier toute sa force questionnante de l'agir humain considéré comme tel ; c'est également accorder à la technique une autonomie qu'elle n'a pas, qui nous ôte toute velléité d'action sur ses développements ; c'est enfin faire de l'économie un *donné*, et oublier un peu vite toute la part *construite* de son approche. Il est pourtant clair que l'économie, comme toute discipline, développe son discours par tâtonnements et par surimposition de modèles qui ne *constituent* pas la réalité mais tentent de la *décrire*, autrement dit de comprendre *certain*s de ses aspects. Les erreurs accumulées des économistes en matière de prédiction des crises, leur tendance à les mettre sur le compte d'une variable qui n'aurait pas été isolée à l'époque⁶⁶⁶, ou à expliquer leurs méprises par la complexité du modèle étudié le confirment aisément. Enfin, on retrouve à propos de l'économie, comme pour toute discipline du sujet, les exigences posées plus haut par l'« épistémologie généralisée »⁶⁶⁷, dimension que le modèle d'André Comte-Sponville ne prend pas en compte, et pour cause : l'épistémologie généralisée conduit à une critique fondamentale du traitement de l'éthique comme une simple « sur couche » de l'ordre techno-scientifique, voulant que la « morale ne peut venir, comme dans toute société, que d'ailleurs que de l'économie »⁶⁶⁸ ; qu'elle « vienne d'ailleurs », au demeurant, ne devrait pas empêcher qu'elle s'y applique directement, sans qu'il soit pour autant question « d'angélisme ». Le caractère distinctif d'une discipline ne doit jamais nous faire oublier que son autonomie apparente est elle aussi construite et qu'elle n'a de justification qu'au regard de la *méthode* qu'elle adopte ; quelle que soit son *utilité* et sa cohérence avec certains aspects de la réalité, ses développements doivent être replacés sous un regard éthique après l'*hypnotisation* qu'elle nous a fait subir lors de nos tâtonnements exploratoires du réel. Si les règles économiques font sens et peuvent être étudiées pour elles-mêmes, nos actes économiques et l'étude de l'économie en tant que telle ont bien une

⁶⁶⁶ William J. BAUMOL, Alan S. BLINDER, William M. SCARTH, *L'Économie, Principes et politiques*, vol. 1 : *Micro-économie*, Études Vivantes, Saint-Laurent (Québec) 1986.

⁶⁶⁷ Voir ci-dessus, partie 02 (« De l'épistémologie du droit à la méthodologie transdisciplinaire »), chap. « La "sujétité" », pp. 62 ss.

⁶⁶⁸ André COMTE-SPONVILLE, *Le Capitalisme est-il moral ?*, op. cit., p. 82.

dimension éthique intrinsèque ; à défaut, l'éthique n'aurait aucune portée concrète et la vie humaine serait comme condamnée à l'absurde.

Responsabilité individuelle et responsabilité collective

❑ *Un sophisme affligeant*

Nous pouvons à présent revenir à la question initiale d'André Comte-Sponville : le capitalisme est-il moral ? Fort de la logique qu'il vient de mettre en œuvre, le philosophe répond que le capitalisme n'a pas à l'être, les ordres auxquels appartiennent la question économique et la question morale, *a fortiori* éthique, n'étant pas identiques : soumettre la question économique à la question éthique relèverait de « l'angélisme », si bien qu'il convient de laisser l'éthique aux individus :

« une entreprise, ça n'a pas de morale : ça n'a qu'une comptabilité et des clients. Une entreprise, ça n'a pas de devoirs : ça n'a que des intérêts et des contraintes. Une entreprise, ça n'a pas de sentiments, pas d'éthique, pas d'amour : ça n'a que des objectifs et un bilan. [...] »

Pour être injuste, il suffit de ne pas correspondre à notre idéal de justice. Pour être immoral, il faut être doué de volonté et de discernement, autrement dit être un esprit ou un sujet. [...] La nature, l'histoire ou l'économie sont injustes et amORAles ; elles ne sont pas immORAles. Un capitaliste peut être immoral ; le capitalisme, non : il se contente d'être injuste et amoral. J'y vois une double exigence, de lucidité et d'action. C'est à nous d'être justes, non au "système". C'est ce que j'appelle la responsabilité, et il n'est de responsabilité qu'humaine. »⁶⁶⁹

La position d'André Comte-Sponville, malgré la complexité apparente des « ordres » qui la justifie, n'est du reste pas sans rappeler l'approche d'un Milton Friedman ; la séparation radicale que ce dernier établit entre le singulier et le collectif, entre l'individu renvoyé à sa propre morale et les entreprises exemptes de tout devoir à ce titre sont, nous le verrons par la suite, d'un simplisme particulièrement affligeant :

« Qu'entendre par le fait que "le monde des affaires" a des "responsabilités" ? Une entreprise est une personne artificielle et ne peut endosser à ce titre que des responsabilités artificielles, mais "le monde des affaires" est un ensemble qui n'a aucune responsabilité, fût-ce dans son sens le plus vague. »⁶⁷⁰

Milton Friedman, en deux phrases, nous dévoile toute l'ambiguïté juridique propre aux « personnes morales », dont il tire ses sophismes : assez autonomes pour exister juridiquement et acquérir des droits, mais pas assez humaines pour être pleinement tenues responsables de leurs décisions. Jean Bédard a bien vu les avantages qu'il y a en matière de pouvoir à se recommander d'une structure :

« La structure apparaît invulnérable, sans cerveau, sans âme et surtout sans dirigeant. »⁶⁷¹

Outre qu'on ne voit pas bien à quoi correspond un « système » et des « objectifs » qui ne soient pas de part en part le fruit de décisions humaines, la responsabilité n'est pas qu'individuelle, mais aussi collective, et il serait inexpiable de l'oublier après les

⁶⁶⁹ Ibid., p. 123 ; p. 250.

⁶⁷⁰ Milton FRIEDMAN, *The Social Responsibility of Business is to increase its Profits*, op. cit.

⁶⁷¹ Jean BEDARD, *Le Pouvoir ou la vie*, op. cit., p. 56.

exactions commises tout au long du XX^e siècle. Si « l'équipe elle-même ne saurait dédouaner aucun de ses membres de la responsabilité qu'il y a prise »⁶⁷², chaque membre d'une équipe répond *aussi*, en retour, des actions de ses pairs, et celui qui œuvre en faveur d'un « système » porte une part de la responsabilité de tous les actes commis en vertu de ses fondamentaux. C'est en ce sens – sans se jouer de mots cette fois-ci – que le capitalisme est *immoral*, à tout le moins *facteur d'immoralité*, car il *incite* chaque *acteur* du marché à *instrumentaliser* les autres ; prétendre le contraire, c'est oublier que le capitalisme est un système économique pensé et voulu par quelques-uns aux dépens de tous. C'est oublier que le capitalisme n'est pas qu'un « système », mais qu'il prédispose à de nombreux choix économiques individuels. C'est oublier aussi qu'il est défendu par ceux que leur confort personnel incite à vanter son « efficacité » en matière de production de « richesses », pour occulter le gaspillage immodéré et les dommages humains qu'il entraîne. On ne voit pas comment considérer autrement la question de la responsabilité collective, sous peine de la nier.

Critiquer la production de « richesses » actuelle n'a rien de l'ingratitude des nantis : c'est constater qu'un système qui ose prétendre ne pas pouvoir mobiliser 13 milliards de dollars supplémentaires chaque année pour satisfaire les besoins nutritionnels et sanitaires de l'humanité nécessiteuse alors qu'il trouve 12 milliards de dollars à dépenser en parfums en Europe et aux États-Unis ou 11 milliards de dollars en achats de crèmes glacées rien qu'en Europe⁶⁷³ est un système profondément dysfonctionnant, œuvre de personnes dysfonctionnantes dont l'empathie est devenue inopérante. Souscrire aux fondamentaux de ce système, c'est ainsi endosser la responsabilité de la pression qu'il exerce sur les autres humains, dès l'instant où l'on aurait dû pressentir ses conséquences sur eux. C'est ce qui fonde en particulier la responsabilité collective des intellectuels :

« L'intellectuel a une responsabilité sociale, la fonction de nomination. Mettant en mots, notamment ce qui émerge de nouveau, il est de ceux qui nourrissent le lien social, évitant que soient rejetés dans les marges ceux qui ressentent ou subissent sans pouvoir dire. »⁶⁷⁴

□ *Le groupe n'affranchit pas ses membres*

L'« air du temps » voudrait que la responsabilité des acteurs soit littéralement affranchie par les valeurs du système de référence au nom desquelles ils disent agir, même si ces valeurs ne sont partagées par le corps social que de manière confuse et trompeuse. Les individus se croient ainsi lavés de toute responsabilité dès l'instant où ils agissent conformément au « système » dans lequel ils se meuvent, et ne se sentent aucunement en devoir de le soumettre à la critique avant que d'y souscrire ; ils restent persuadés que son existence même suffit à les absoudre de toute responsabilité, en raison notamment de la connaissance que nous avons acquise des pressions auxquelles

⁶⁷² André COMTE-SPONVILLE, *Le Capitalisme est-il moral ?*, op. cit., p. 122.

⁶⁷³ Patrick VIVERET, *Pourquoi ça ne va pas plus mal ?*, op. cit., pp. 30-31.

⁶⁷⁴ Dany-Robert DUFOUR, *Nommer pour penser, la tâche des intellectuels* [a], dans *La Responsabilité – La condition de notre humanité*, Autrement, série Morales, Paris 1995, pp. 166-181, p. 166.

tout système soumet les individus ; le fait de mettre à égalité chaque système dans ce « tout » neutralise commodément nos responsabilités particulières au sein de chacun d'eux. Il est en outre irresponsable de prétendre que *tout* système se vaut au motif qu'ils exercent tous des pressions sur les individus qui s'y trouvent inscrits. Mais les pressions exercées par le capitalisme sont particulièrement puissantes. La difficulté éprouvée par les tribunaux à punir efficacement les agissements déviants des entreprises, en raison à la fois de leur personnalité juridique – qui couvre les acteurs agissant en leur nom – et de la difficulté à asseoir leur responsabilité pénale propre – qui les protège elles-mêmes dans une grande mesure – en est bien le reflet. Plus concrètement encore, Catherine Sultan, Présidente du tribunal pour enfants de Créteil, expliquait dans une émission radiophonique que les enfants ayant commis des crimes en groupe, comme des viols collectifs, se montraient très souvent étonnés de comparaître seuls devant elle, comme s'ils s'attendaient à ce que « le groupe » prenne en charge leur responsabilité propre et endosse à leur place la peine encourue⁶⁷⁵.

□ *La responsabilité collective s'ancre dans l'individu*

Patrick Viveret ancre la responsabilité collective dans la nature humaine elle-même, plus exactement dans la supériorité des visions d'un Socrate, d'un Bouddha, d'un Ieshouah de Nazareth ou d'un Karl Marx sur les conditions structurelles d'existence, en considération de leur capacité de transformation de la culture ambiante qui les avait pourtant nourris :

« à des moments cruciaux de l'histoire, une manière radicalement neuve de regarder le monde et de lui donner sens a produit des bouleversements culturels qui ont survécu bien au-delà des conditions structurelles dans lesquelles elle avait émergé. [...] La raison de cette supériorité du mental sur le "structurel" (au sens des infrastructures matérielles) est au fond assez simple : ce qui différencie l'humain des autres espèces, c'est précisément son mental. C'est de lui que procèdent parole, activité réflexive et imaginaire. Aucune production économique si purement matérielle soit-elle n'est possible sans la pensée, sans parole et sans imagination. »⁶⁷⁶

Ce principe s'applique aussi à notre quotidien, à chaque fois qu'il requiert de nous du courage – non pas le courage que l'on prête aux guerriers ou aux « icônes » que nous nous forgeons pour mieux éluder l'appel de notre vie, mais le courage, précisément, de devenir soi-même, qui nous demande souvent de faire face au groupe, de nous inscrire en dissidence :

« C'est [...] en faisant rupture avec autrui que je crée l'irréductible qui est en moi. Le courageux est souvent seul face au reste des hommes. [...] Être courageux, c'est nécessairement [...] sortir du rang, se rendre visible par l'effort qu'on produit. Être exceptionnel, et d'une certaine manière affilier son être à cette exception. »⁶⁷⁷

⁶⁷⁵ France 5, « C dans l'air », émission du 29 mars 2012, « Les Ados tueurs ».

⁶⁷⁶ Patrick VIVERET, *Pourquoi ça ne va pas plus mal ?*, op. cit., p. 216 ; Antony de Mello insiste pour sa part sur la résistance des collectivités aux grandes idées, qui partent toujours d'un être isolé (Anthony DE MELLO, *Quand la Conscience s'éveille*, Albin Michel, coll. Espaces libres, Paris 2002 [1990], pp. 22-23) ; Edgar Morin tient à peu près le même discours (Edgar MORIN, *La Voie*, op. cit., pp. 33-34).

⁶⁷⁷ Cynthia FLEURY, *La Fin du courage*, op. cit., p. 51 ; p. 58.

Il existe donc un jeu qui se joue entre soi et les autres, qui fonderait dans la personne individuelle la responsabilité collective qu'il est demandé à chacun d'endosser sans dilution possible : « Le moi [...] est le socle sur lequel s'édifie l'intérêt collectif »⁶⁷⁸, et l'appel fait à tous concerne personnellement chacun de ceux qui l'entendent :

« Que chacun ressente donc comme une invitation personnelle cette exhortation à agir, se considère comme personnellement, exclusivement, absolument visé par une exigence qui, pour la conscience philosophique, s'applique à tous les autres, mais pour une bonne volonté innocente me concerne seul comme si les autres n'existaient pas. »⁶⁷⁹

Mais quel est ce « chacun » dont il est ici question ? Lorsque Cynthia Fleury constate : « la foule est sauvée par la mise en demeure de certains individus acculés – par eux-mêmes – au courage »⁶⁸⁰, qu'est-ce à dire ? De quelle étoffe est cette personne assez multiple pour s'acculer elle-même ou pour « s'affilier à l'exception » qu'elle porte en elle ? *Qui* accule *qui* en elle ? *Qui* s'affilie à *qui* ? Ce jeu qui se joue entre soi et les autres – c'est essentiel – semble s'opérer sur deux niveaux, si bien que l'intérêt collectif ne s'édifie pas sur le moi mais bien plutôt sur notre part la plus profonde, où nous rejoignons la présence qui nous porte, la part qui, précisément, nous ouvre à ce qui déborde notre conscience immédiate et univoque.

□ *Une interaction différente*

Ceci dit, bien que responsabilité individuelle et collective s'ancrent toutes deux dans la personne concrète de chacun – comment pourrait-il en être autrement ? – et même si l'implication et la convocation se font à des profondeurs différentes, la réponse qu'il est possible d'apporter aux deux types de questionnement qu'elles posent est nécessairement différente. La responsabilité collective, parce qu'elle trouve le sujet en quelque sorte « immergé » par un milieu lui dictant ses consignes, s'inscrit dans une perspective autre que celle dont relève la responsabilité individuelle. Elle œuvre notamment dans une *durée* différente. N'est responsable d'une situation ou d'un acte – fussent-ils collectifs – que celui qui peut œuvrer à les modifier : ici, la responsabilité nécessite que le sujet prenne la mesure de conditionnements qui dépassent son horizon personnel, les analyse, puis travaille consciemment à changer, à son échelle, ceux qui entrent en conflit avec les valeurs profondes qui le portent. Il s'agira alors de nommer, de partager, de créer des réseaux, et d'agir, autant que faire se peut, pour contrer la dynamique collective critiquée. C'est une action peu apparente, mais qui, si elle n'est pas isolée, peut espérer porter des fruits. Elle dégage à coup sûr la responsabilité du sujet s'il peut affirmer qu'en agissant comme lui, ses contemporains mettraient fin au système réprouvé. De plus, s'il est vrai que le sujet est soumis à la force de l'organisation, il y participe souvent à titre personnel, en tant que membre du groupe dans lequel il s'inscrit. Ainsi, chacun des membres d'un groupe, par sa seule présence

⁶⁷⁸ *Ibid.*, pp. 52-53.

⁶⁷⁹ Vladimir JANKELEVITCH, *Le Sérieux de l'intention. Traité des vertus*, vol. I, Flammarion, coll. Champs, Paris 1983, pp. 228-229, cité par Cynthia FLEURY, *La Fin du courage*, op. cit., p. 51.

⁶⁸⁰ Cynthia FLEURY, *La Fin du courage*, op. cit., p. 51.

en son sein, cautionne implicitement l'existence et les valeurs du groupe et renforce la pression subie par tous les autres membres. On peut y voir comme une *hypnotisation mutuelle*, qui implique une certaine responsabilité individuelle de chacun, en tant qu'origine partielle de l'hypnose collective.

La responsabilité collective part donc toujours du sujet, mais un sujet prenant en compte la dimension de groupe. Ce qui importe ici, sous l'angle de la responsabilité, ce n'est pas l'efficacité de l'action – qui ne dépend pas de nous seuls – mais sa mise en œuvre et sa continuité, ainsi que sa cohérence avec nos choix quotidiens. Il serait inacceptable de prétendre nous affranchir d'une responsabilité collective en nous plaçant délibérément en retrait, dans l'attente d'un signal social clair pour pouvoir manifester notre propre réprobation du système, ou en affirmant que nous sommes prêts à changer pour autant que les autres initient le mouvement. En matière de convocation du soi, l'éthique du sujet n'est pas objet de négociation, ni même de stratégie. Mais il serait tout aussi vain, et même désespérant, de juger de la qualité de notre position – de notre « visibilité » pour reprendre le terme de Cynthia Fleury – à un quelconque effet collectif. Ce qui nous est demandé est de nous mettre en route, et de nous tenir à notre engagement d'avancer.

Face à la société de consommation, c'est ainsi au sujet qu'il incombe de s'interroger sur la réelle nécessité de ses besoins. C'est au sujet qu'il revient de faire la part des choses entre ceux qu'on lui a fabriqués et ceux qu'il éprouve dans la fréquentation assidue de son intimité. C'est au sujet qu'il revient d'informer ses proches, et d'envisager, par l'échange en réseau avec les pairs qu'il se sera découvert, des débuts de réponses. Responsabilité collective et individuelle s'ancrent du reste sur le même travail éthique, un travail de libération de nos automatismes nous invitant à « prendre en mains » notre espace. Ce travail, nous le verrons dans la partie consacrée à la recherche d'un fondement éthique⁶⁸¹, nécessite de découvrir à l'intérieur de soi une dimension trop souvent négligée par nos contemporains : notre personne ne se limite en effet pas à l'immédiateté de l'ego ou même de la conscience rationnelle, et son approfondissement permet le travail préalable à toute responsabilité, qu'elle soit individuelle ou collective.

Une critique de façade

Il reste à analyser de plus près la vision qu'André Comte-Sponville a de l'économie. Une lecture superficielle pourrait nous convaincre du caractère critique du philosophe, dénonçant au détour d'un raisonnement certaines manœuvres de propagande capitalistes :

« Si l'entreprise appartient à celui ou ceux qui la possèdent (les actionnaires), elle est donc légalement à leur service : propriété vaut usage. Le MEDEF dit donc n'importe quoi, le CDJ dit donc n'importe quoi, lorsqu'ils essaient de nous faire croire que l'entreprise est au service de ses

⁶⁸¹ Voir ci-dessus, partie 03 (« Recherche d'une fondation éthique »), pp. 99 ss.

clients et de ses salariés : cela ne peut pas être vrai, puisqu'elle est au service de ses actionnaires !
[...] C'est pour satisfaire l'actionnaire qu'on veut satisfaire le client. »⁶⁸²

Quelques pages plus tôt, le philosophe critique assez sévèrement l'« éthique d'entreprise » : « De quoi s'agit-il ? De discours, là encore, davantage que de comportements. »⁶⁸³ André Comte-Sponville nous rappelle alors que prétendre avec le cynisme adopté par l'Essec-IMD, la branche formation continue de la célèbre école d'économie et de commerce française, que « L'éthique est une source de profit » revient à admettre que l'« éthique d'entreprise » n'est précisément pas de l'éthique, cette dernière se caractérisant pour Kant par une approche nécessairement *désintéressée*. Encore faut-il s'entendre sur la notion de *désintéressement*, qui n'est certes pas l'absence de tout but, ou même de tout intérêt personnel.

Il est à craindre toutefois qu'André Comte-Sponville ne critique pas tant le système capitaliste qu'il s'en donne l'air. On peut tout d'abord regretter qu'il admette bien vite la capacité du système économique actuel à faire coïncider – même dans le principe – intérêts de l'actionnaire et ceux du client, passant notamment sous silence les méthodes de propagande et de manipulation du public mises en œuvre depuis les années 1920 par l'industrie et la finance, les choix mortifères de Ford à propos de sa Pinto⁶⁸⁴ ou la pratique de l'obsolescence programmée⁶⁸⁵, toutes parfaitement justifiées par la maximisation des profits et qui sont de nature à nous faire douter de toute possibilité concrète de concilier ce principe avec l'intérêt véritable des clients ; ce faisant, il adopte implicitement la théorie de Bernard Mandeville selon laquelle la somme des intérêts particuliers offrirait les meilleures garanties de sauvegarde du bien commun.

⁶⁸² André COMTE-SPONVILLE, *Le Capitalisme est-il moral ?*, op. cit., p. 88.

⁶⁸³ *Ibid.*, p. 42.

⁶⁸⁴ La Ford Pinto a été mise sur le marché au début des années 1970. Le fabricant, ayant eu, en cours de commercialisation du modèle, connaissance d'un défaut de conception pouvant entraîner l'explosion du véhicule en cas de choc intense, a décidé, en toute connaissance de cause et sur la base exclusive d'un calcul des coûts, de ne pas engager d'opération de retour en usine, laquelle s'élèverait à 137'000'000 dollars à raison de 11 dollars par véhicule sur le marché, préférant livrer 180 personnes à la mort et condamner 180 autres personnes à subir des brûlures graves, les coûts judiciaires d'indemnisation projetés ne s'élevant qu'à 49'000'000 dollars (Guido PALAZZO, *L'Éthique dans l'organisation : quelques réflexions sur la banalité du mal* [p], 4^{ème} Congrès HR Sections romandes, Lausanne, 29.09.2009, http://www.hr-vaud.ch/files/Conference-2-Guido-Palazzo-Mode-de-comptabilite.fl_fr-725.pdf, p. 7).

⁶⁸⁵ Pratique, devenue courante, consistant pour les fabricants à prédéfinir la durée de vie *maximum* de leurs produits, à l'insu des acheteurs, et de les construire de sorte qu'ils se détruisent en conséquence. La recherche de la maximisation du profit passe ainsi par une manipulation de l'acheteur et par un gaspillage de ressources froidement programmé, dénotant une fois de plus l'incapacité du système à prendre en charge les problèmes essentiels de l'humanité, tels que la pollution de l'environnement et la gestion intelligente des biens rares. Ce procédé est d'autant plus pervers qu'il rend en apparence l'utilisateur responsable de la mort du produit, celui-ci se brisant souvent sous les effets conjugués du défaut, de l'usure et d'une manipulation. Certains de ces défauts relèvent de l'escroquerie au sens pénal du terme, mais il s'avère hélas très difficile de les démontrer, soit que les produits soient serties, empêchant toute inspection du mécanisme, soit que le défaut soit engrammé dans le logiciel pilotant l'électronique du produit (système embarqué), soit encore qu'il soit fait recours à la chimie, le fabricant recherchant alors la formule chimique permettant au produit de se fragiliser en présence d'ultraviolets, d'humidité, de chaleur, de froid ou de sel (François BOUQUIN, *Cet article va-t-il s'autodétruire ?* [a], dans *Nexus*, n°69 (juillet-août 2010), pp. 46-53, pp. 48-49).

Cette thèse de Bernard Mandeville, bien qu'elle soit combattue par Adam Smith, est néanmoins défendue par ce dernier sous l'angle de la finalité par sa fameuse « main invisible » : par la concentration foncière qui permet une meilleure productivité agricole, le propriétaire terrien stimule à son insu le bien-être de tous ; de même, l'investisseur, en cherchant la meilleure utilisation de son capital – entendre par là la maximisation de sa rentabilité – place son argent dans l'industrie répondant le mieux à la demande, contribuant ainsi, lui aussi à son insu, au bien-être général à travers la satisfaction des besoins des consommateurs⁶⁸⁶. J'ai montré ce qu'il faut en réalité penser de cette vision idyllique de la poursuite de la maximisation du profit, qui se trouve loin de favoriser le bien-être de tous et ne parvient au final qu'à enrichir davantage les fortunés – ce qui, du reste, correspond à son but initial. François Dermange montre à quel point cette théorie de la « main invisible », destinée initialement à justifier l'injustice des puissants par la finalité⁶⁸⁷, constitue en réalité chez Adam Smith, dans un contexte de faillite de la théologie naturelle⁶⁸⁸, un effort désespéré de concilier économie capitaliste et éthique – un aveu d'impuissance pour le moins significatif⁶⁸⁹. En plaidant pour une indépendance de l'économie par rapport à l'éthique, André Comte-Sponville accorde de fait aux néolibéraux, sans coup férir, le point qui leur tient le plus à cœur : la soi-disant « autorégulation » du marché. Il admet pourtant par ailleurs, rejoignant Karl Marx, que ce qui caractérise le capitalisme n'est pas la production de plus-value, mais son mode spécifique d'appropriation⁶⁹⁰, ce qui intègre nécessairement les rapports de production dans l'analyse de ce système économique et fait apparaître le marché comme le fruit de ces rapports : ainsi s'effondre la théorie de son autorégulation. Il n'est plus alors possible, comme le faisait Adam Smith, d'expliquer le capitalisme par « une disposition naturelle à échanger » ou de prétendre qu'il « favoriserait la paix » comme certains chefs d'État voudraient encore nous le faire accroire⁶⁹¹.

De plus, lorsqu'il promeut l'idée kantienne d'une éthique nécessairement désintéressée, il convient de se demander ce que l'on entend exactement par *action intéressée*. Kant appartient en effet à une époque qui a beaucoup trop prêté l'oreille à la thèse de l'*égoïsme psychologique*, dont Thomas Hobbes, Bernard Mandeville et François de la Rochefoucault comptent parmi les représentants les plus connus, et qui oppose sans nuance *altruisme* et *intérêt*, l'altruisme devant nécessairement relever d'une attitude sacrificielle ; ce puissant courant de pensée, que l'on retrouve encore

⁶⁸⁶ François DERMANGE, *Le Dieu du Marché*, op. cit., pp. 162-163.

⁶⁸⁷ *Ibid.*, pp. 160-171

⁶⁸⁸ *Ibid.*, pp. 186-195

⁶⁸⁹ *Ibid.*, pp. 195-198

⁶⁹⁰ André COMTE-SPONVILLE, *Le Capitalisme est-il moral ?*, op. cit., p. 87.

⁶⁹¹ Alain BIHR, *L'Erreur fondamentale d'Adam Smith*, dans *Le Monde Diplomatique*, novembre 1996, p. 3, citant William Clinton qui, en 1993, aurait prétendu dans un de ses discours qu'Adam Smith avait établi que « les habitudes du commerce contredisent celles de la guerre ».

sous la plume d'un René Girard⁶⁹², a en effet préparé l'avènement des valeurs capitalistes dans un pays comme la France, à travers l'idée, chère à Bernard Mandeville, que le bien commun n'est jamais mieux défendu que lorsqu'on le laisse résulter du jeu croisé des intérêts privés, voire que seuls les intérêts privés étant désirés pour eux-mêmes, la défense de l'intérêt collectif ne peut sans hypocrisie passer que par eux.

Il est enfin à craindre qu'André Comte-Sponville ne se joue de mots lorsqu'il affirme d'une part que

« c'est précisément parce qu'il n'y a pas de morale *de* l'entreprise qu'il doit y avoir de la morale *dans* l'entreprise – par la médiation des seuls qui puissent être moraux, par la médiation des individus qui y travaillent, et spécialement (davantage de pouvoir, davantage de responsabilité) qui la dirigent »⁶⁹³,

allant jusqu'à dire, contrant ceux qui prétendent faire de l'éthique à travers leurs activités commerciales au prétexte qu'ils œuvrent en faveur de leurs clients :

« "Le client est un prochain", protestent-ils... Non, pas tout à fait, ou pas n'importe quel prochain : le client est un prochain *solvable*. Or, [...] j'ai lu dans tous [les textes fondateurs de l'humanité] qu'on ne doit pas proportionner son degré de respect au degré de solvabilité du prochain! »⁶⁹⁴,

André Comte-Sponville avait pourtant admis auparavant que « Si l'entreprise appartient à celui ou ceux qui la possèdent (les actionnaires), elle est donc légalement à leur service »⁶⁹⁵, sans en conclure qu'il est dès lors *impossible* pour un employé de se montrer éthique en entreprise, soit qu'il *instrumentalise* à la fois ses clients et ses collègues, soit qu'il faillisse à son engagement de fidélité inscrit au cœur des rapports de travail qui le lient aux propriétaires de l'entreprise, ses véritables employeurs, en n'exécutant pas au mieux la mission de maximisation des profits dont ils l'ont implicitement chargé.

Ignorance des fondamentaux du capitalisme

Mais si ses critiques de façade frappent dans le vide, c'est semble-t-il avant tout en raison du fait qu'André Comte-Sponville ignore la nature profonde du système qu'il égratigne à peine. Admission implicite de l'autorégulation du marché et du caractère indépendant de l'économie par rapport à l'éthique, mais aussi défense de la mondialisation et de son efficacité jamais atteinte en matière de production de richesses : au-delà de quelques critiques ponctuelles du système économique actuel, André Comte-Sponville fait siens les principes essentiels de l'idéologie capitaliste. Il semble notamment ignorer l'aspect nécessairement contraignant de son marché, et le « désencastrement » de l'économie qu'il entraîne. Ainsi, bien que la soumission du droit ou de la politique à l'économie fasse figure à ses yeux de « barbarie »⁶⁹⁶, le

⁶⁹² René GIRARD, *Des choses cachées depuis la création du monde*, op. cit.

⁶⁹³ André COMTE-SPONVILLE, *Le Capitalisme est-il moral ?*, op. cit., p. 123 ; c'est l'auteur qui souligne.

⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 125 ; c'est l'auteur qui souligne.

⁶⁹⁵ *Ibid.*, p. 88.

⁶⁹⁶ *Ibid.*, p. 100.

philosophe n'en conclut pourtant pas que le capitalisme est « barbare », alors même qu'il se caractérise précisément par une soumission du droit, de la politique et de la totalité des relations sociales à son marché unique, ainsi que le montre à l'envi Ellen Meiksins Wood. En militant pour l'« amoralité » du capitalisme, André Comte-Sponville le met définitivement à l'abri de toute critique, au-delà même de l'argument catégorique « il n'y pas d'alternative » cher à Margaret Thatcher : le capitalisme n'aurait pas à se montrer moral ou éthique, et prétendre le contraire relèverait de « l'angélisme ». Le proverbe anglais « Business is business » justifierait le fait qu'on sacrifie les individus sur l'autel d'un « système », et l'éthique se trouve du coup condamnée à n'avoir aucune incidence pratique. Si en effet « l'entreprise appartient à celui ou ceux qui la possèdent », et que cela légitime les actions de ses cadres visant à maximiser le profit de ses actionnaires, on voit mal comment les membres de la direction peuvent envisager de rester intègres, en tant qu'individus, face aux exigences d'investisseurs qui ne s'intéressent qu'aux résultats financiers obtenus et à la cote de leurs titres en Bourse, sauf à envisager sereinement leur suicide professionnel et social. Il est au contraire à craindre que proclamer l'indépendance du « système » par rapport à la morale revient à se rendre déjà complice de ses exactions.

Six prétentions d'affranchissement

La prétention de l'économie capitaliste à l'autoréférence ne s'arrête pas à l'éthique. Elle est si fondamentale au système qu'il est possible d'en déceler au moins cinq autres champs majeurs de l'activité humaine, qui la renforcent et s'articulent autour de certaines des généralités qu'elle professe.

Les prétentions

Nous avons vu dans quelle mesure le capitalisme tend à *s'affranchir de l'éthique* à travers l'idéologie de l'autorégulation du marché. Tous les aspects du marché sont dès lors présentés comme *nécessairement justes*, ou plutôt comme *donnés*, et de ce fait *indiscutables* : on retrouve la célèbre « main invisible » du marché, qui occulte le rapport de force à l'origine de la fixation des prix. À la suite d'un affaiblissement essentiel des exigences éthiques, les entreprises peuvent alors prétendre adopter une « éthique des affaires » consistant à composer dans la mesure où le leur permettent des règles qu'elles perçoivent comme *imposées* par le marché, à qui elles accordent *a priori* la préséance... et dont nous avons vu ce qu'il convenait de penser.

Ce passage de l'éthique à une forme édulcorée de déontologie oriente deux visions de « l'éthique des affaires » que l'on dit souvent opposées : la première, défendue par l'école américaine du « *Business ethics* », la justifie dans la mesure où elle permet à l'entreprise qui l'applique d'en retirer du profit ; fondée sur la théorie des parties prenantes, elle prétend que l'instauration d'une relation de confiance entre les différents acteurs (dirigeants, salariés, fournisseurs, clients...) profite à tous et ne peut que générer une amélioration des bénéfices à long terme ; ce faisant, elle soumet l'éthique à la recherche du profit et se révèle paradoxale dans un système de maximisation des profits. La seconde, purement économique, prétend à la suite de

Milton Friedman⁶⁹⁷ et d'André Comte-Sponville⁶⁹⁸, que l'économie ne serait ni morale ni immorale, mais amoral, autrement dit que ses méthodes échapperaient au domaine de l'éthique, les règles du marché parvenant par elles-mêmes à un équilibre ne supportant pas le moindre questionnement⁶⁹⁹. Cette thèse permet de prendre toutes ses aises avec l'éthique, et de s'arranger des approximations de sa conscience. Ainsi Laurence Parisot, après avoir fait accroire aux Français que la « charte éthique » du MEDEF qu'elle préside allait sauver le système économique des *déviances* du capitalisme, n'hésite pas à affirmer lors d'une entrevue accordée au journal « Les Échos » que « L'économie *ne peut pas* procéder de la morale, même si elle se veut éthique »⁷⁰⁰. Quel aveu cela cache-t-il ? André Comte-Sponville nous avait déjà affirmé : « la morale ne peut venir, comme dans toute société, que d'ailleurs que de l'économie »⁷⁰¹, ce qui m'avait permis de remarquer que le fait, pour l'éthique, de « *venir d'ailleurs* que de l'économie » ne l'empêche aucunement de s'y appliquer directement. Mais en inversant le rapport entre économie et éthique, en soulignant l'impossibilité pour l'économie de procéder de la morale, Laurence Parisot semble nous révéler qu'aux yeux du MEDEF les entreprises évoluent dans un monde où l'éthique non seulement n'a pas droit de cité, mais est *invalidée* ; ne s'agit-il pas aussi d'un aveu flagrant d'absence de toute dimension éthique au sein de l'économie capitaliste, même si certaines entreprises peuvent, à leurs heures perdues, avoir envie de se montrer éthiques pour une question d'image – autrement dit à des fins manipulatrices ?

La seconde prétention de l'économie à l'autoréférence semble elle aussi tirée d'une variante de la fable de Bernard Mandeville, qui fonde la tentative de l'économie de *s'affranchir de la politique*, que Jürgen Habermas a longuement critiquée. L'idée que « la somme des intérêts privés conduit au bien commun » inspire la théorie de la redistribution des richesses, voulant que la fortune des privilégiés du capitalisme finit tôt ou tard par profiter à l'ensemble de la population, par un effet de cascade similaire aux processions néoplatoniciennes. De ce fait, l'économie a la prétention d'assurer – tôt ou tard, et par le seul marché – une redistribution efficace des richesses, prenant ainsi le pas sur la politique dont c'est précisément le rôle. Si on en adopte une définition extensive, l'économie du droit s'affiche de son côté comme une volonté de l'économie de *s'affranchir du droit et du juste*. J'y reviendrai par la suite⁷⁰².

⁶⁹⁷ Milton FRIEDMAN, *The Social Responsibility of Business is to increase its Profits*, op. cit.

⁶⁹⁸ André COMTE-SPONVILLE, *Le Capitalisme est-il moral ?*, op. cit.

⁶⁹⁹ Sarah PROSPERE, *Éthique des affaires, mythe et réalité*, 2006, www.aje-apreev.com/rotary/mention-1700.pdf, p. 3.

⁷⁰⁰ Bruno LEVY, Laurence Parisot : « Le projet de François Hollande représente une charge écrasante pour les entreprises », dans Les Échos, 13.03.2012, <http://www.lesechos.fr/economie-politique/france/actu/0201943542891-laurence-parisot-le-projet-de-francois-hollande-represente-une-charge-ecrasante-pour-les-entreprises-300992.php>

⁷⁰¹ André COMTE-SPONVILLE, *Le Capitalisme est-il moral ?*, op. cit., p. 82, cité ci-dessus, p. 207.

⁷⁰² Voir ci-dessous, chap. « L'Économie du droit », pp. 315 ss.

La quatrième prétention de l'économie vient du rapport qu'elle instaure entre sciences et techniques. L'économie capitaliste, qui finance désormais les unes et les autres pour une part décisive, a imposé sa vision techniciste de l'*efficacité*, qui ne se conçoit que par une séparation des moyens et des fins privilégiant les premiers aux dépens des secondes. Ce faisant, l'économie a asservi les sciences aux techniques en orientant leur développement à des fins utilitaristes, ce qui la conduit à *s'affranchir de la science*. La science n'est plus guère perçue par l'homme comme un moyen de découvrir et comprendre la réalité pour la seule joie de son dévoilement ou pour découvrir en écho son propre visage, mais de parvenir à l'efficace transformation du monde en vue de générer des profits les plus élevés possible. La science *utile* est une science *efficace*, autrement dit une source de connaissances capable de s'appliquer aux techniques pour les améliorer. La recherche théorique n'est alors plus financée pour elle-même, et se trouve interdite de tout parcours discursif, jugé improductif. Cet affranchissement de la science s'opère en parallèle par une vision univoque de la rationalité et son accaparement par les techno-sciences dont l'économie oriente le progrès – tendance qu'a également combattue avec vigueur Jürgen Habermas.

Mais l'économie ne se contente pas de s'affranchir de la science, elle entend prendre sa place sur le plan symbolique. Par l'adoption d'un formalisme mathématique, l'économie tend semble-t-il à *s'affranchir de l'épistémologie* en acquérant un statut de « science exacte », alors qu'elle relève des disciplines du sujet, comme il a déjà été dit⁷⁰³. Ce faisant, l'économie, par l'action conjuguée du rejet de son statut véritable et de toute mesure susceptible de limiter ou encadrer la poursuite de ses buts (maximisation *illimitée* des profits, amélioration *indéfinie* de la productivité du travail), trahit en définitive sa prétention à *s'affranchir de l'homme*, ou, plus exactement, de *l'humain* en l'homme en ne le prenant plus comme mesure de son action mais en l'instrumentalisant pour réaliser ses buts illimités. Un exemple parmi tant d'autres de cette volonté se retrouve dans la mutation essentielle que l'économie fait subir à l'éducation, transformée au point de perdre le sens qui fut le sien : l'avènement de « l'école des compétences » modifie sa mission même, qui n'est plus de former la réflexion de l'élève et de l'instruire, autrement dit de le *cultiver* et d'assurer les bases de son autonomie, mais au contraire de le rendre *performant* pour son futur employeur⁷⁰⁴. L'économie dévoile ainsi sa volonté de *s'affranchir de la transmission du savoir*.

Sa prétention de s'affranchir de toute référence exogène a conduit l'économie capitaliste à toute perte de mesure : ce ne sont pas seulement les financiers qui, par leur cupidité, sont responsables des crises à répétition que nous connaissons, mais le système capitaliste dans son ensemble, du fait de son absence de toute mesure : la compétition qu'il impose aux acteurs exige d'eux toujours plus, sans la moindre limite

⁷⁰³ Voir ci-dessus, partie 02 (« De l'épistémologie du droit à la méthodologie transdisciplinaire »), chap. « Repenser le concept de "scientificité" ou prendre la mesure de la liberté ? », pp. 50 ss.

⁷⁰⁴ Angélique DEL REY, *À l'École des compétences*, op. cit., p. 260

à cette contrainte de base et sans la moindre considération pour leurs besoins réels et profonds ou pour le caractère limité des ressources disponibles. Son absence de mesure est d'autant plus patente que son but – le profit – est de même nature que les moyens qu'il met pour y parvenir – l'investissement. Le capitalisme, dans sa folie, voudrait en définitive pouvoir *s'affranchir de la réalité du monde*. Il apparaît alors comme un pathétique effet des désirs de toute-puissance qui rongent l'humanité depuis qu'elle existe, et lui font refuser les limites de sa condition que Jean-François Malherbe résume en trois axes : finitude, incertitude et solitude.

Karl Polanyi fut l'un des premiers, des plus pertinents et des plus virulents critiques tant du nazisme que du capitalisme. Il disait dès 1933 du premier, avec une lucidité rare pour l'époque, que « l'État allemand avait adopté une idéologie dont la fin la plus haute consiste dans la destruction du concept même d'humanité »⁷⁰⁵. À bien considérer ses fondamentaux et leurs conséquences, il est possible d'en dire autant du capitalisme, qui représente une autre forme de la *banalité du mal*. Polanyi n'a-t-il du reste pas expressément dit de ce système économique qu'« il ne peut exister de façon suivie sans anéantir la substance humaine et naturelle de la société, sans détruire l'homme et sans transformer son milieu en désert »⁷⁰⁶ ?

Les remèdes

Désormais poussées dans leurs limites les plus ultimes, les tentatives d'affranchissement de l'économie capitaliste se heurtent de plus en plus à la réalité du monde et aux limites de la condition humaine, qui dévoilent l'idéologie dominante.

Des remèdes ponctuels à ces tentatives d'affranchissement ont été proposés par différents auteurs. Concernant la science, Jürgen Habermas a proposé de rendre à la politique le rôle qui a longtemps été le sien en montrant que la rationalité n'est pas l'apanage exclusif de la « techno-science », et inviter la communauté politique à initier un débat démocratique sur la direction que doivent emprunter le progrès et la technique. Par rapport à l'épistémologie, Arnaud-Aaron Upinsky a montré que le formalisme mathématique appliqué à une « science » humaine ne la rend pas irréfutable et mathématique pour autant, mais permet au mieux de vérifier la cohérence interne des prémisses entre elles, sans assurer pour autant que ces dernières ne constituent pas des parti-pris⁷⁰⁷. En regard de la loi, il convient donc d'encadrer de manière très critique l'économie du droit.

Quant à ce qui regarde l'éthique, il convient de la rendre à sa dignité, sur les traces de Baruch Spinoza, d'Emmanuel Levinas, de Ludwig Josef Wittgenstein et d'Hannah

⁷⁰⁵ Jérôme MAUCOURANT, *Karl Polanyi, une biographie intellectuelle*, dans La Revue du MAUSS, n°29 (1^{er} semestre 2009), *Avec Karl Polanyi, contre la société du tout-marchand*, pp. 35-62 ; <http://www.journaldumauss.net/spip.php?article662>, p. 5.

⁷⁰⁶ Karl POLANYI, *La grande transformation*, op. cit., cité par Philippe AIGRAIN, *Cause commune – L'information entre bien commun et propriété*, Arthème Fayard, coll. Transversales, Paris 2005, p. 95.

⁷⁰⁷ Arnaud-Aaron UPINSKY, *La Perversion mathématique – L'oeil du pouvoir*, Bureau International de l'Édition Française (BIEF), Paris 1985.

Arendt en ne la résumant pas à un ensemble de principes qu'il s'agirait de rendre opérationnels, autrement dit à une discipline normative de type déontologie, mais en reconnaissant sa nature profondément transdisciplinaire, qui la fait dépasser les limites de la philosophie pour la fonder en amont, à la racine du sens de tout agir humain, sur un plan ouvert à la relation à l'autre, jusque dans la dimension mystique du Face-à-Face. Ce faisant, l'éthique se révèle apte à devenir mesure de toutes les disciplines humaines, que ce soit de manière directe, lorsqu'elle s'applique aux disciplines du sujet, soit de manière indirecte, à travers le but poursuivi et les moyens mis en œuvre par les sciences. C'est ainsi que l'économie pourra prendre la place qui lui revient réellement. Le mot de la fin, sur ce point, appartient à John Maynard Keynes, sur un souhait étonnant d'humilité qui suscite le respect :

« Ainsi donc l'auteur de ces essais, malgré tous ses coassements, continue d'espérer et de croire que le jour n'est pas éloigné où le Problème Économique sera refoulé à la place qui lui revient : l'arrière-plan. »⁷⁰⁸

Économie du droit d'auteur

Il est temps à présent d'aborder les questions propres à l'économie du droit d'auteur, afin de voir dans quelle mesure les caractéristiques du capitalisme ont influencé la place stratégique qu'il a acquise dans notre société et la manière dont nous le gérons actuellement.

L'économie du droit d'auteur se doit d'aborder deux aspects : tout d'abord le survol des relations existant entre économie et culture, dont certaines sont fortement insoupçonnées du grand public, afin de planter le décor de la seconde partie, dévolue à l'analyse de certains chiffres avancés par les majorats et les experts relatifs à l'importance économique du droit d'auteur et des conséquences du piratage, qui justifient très souvent la politique de durcissement adoptée par les gestionnaires des droits de propriété intellectuelle.

Culture et économie : influences réciproques

À présent que nous sommes avertis des caractéristiques du capitalisme et de sa dynamique, il s'agit de reprendre l'histoire du capitalisme là où nous l'avons laissée avec l'émergence du capitalisme « cognitif », pour étudier le phénomène de valorisation économique de la connaissance par la propriété intellectuelle qui le caractérise. Après avoir replacé cette valorisation dans le cadre général de la « société de la connaissance », nous nous focaliserons sur les industries de la « culture » qui en sont semble-t-il le moteur principal.

⁷⁰⁸ John Maynard KEYNES, *Essays in Persuasion*, cité par Bernard MARIS, *Anti-manuel d'économie*, op. cit., vol. 1, p. 3.

Définition de la culture

On ne peut s'interroger sur les rapports entre l'économie et la culture sans tenter de définir auparavant cette dernière, vu la pluralité de ses acceptions. Écartons d'emblée le sens restreint qui l'assimile au fruit d'un enseignement humaniste, pour nous pencher sur ses sens philosophique, esthétique et sociologique.

La philosophie a longtemps défini la culture comme l'ensemble des aspects de la vie humaine qui s'opposent à l'« état de nature », autrement dit à ce qui fonde et transforme l'individu par ses rapports aux autres en opposition à son héritage, notamment biologique, au jour de sa naissance. Pris dans un sens plus esthétique, la culture se limite à l'ensemble des œuvres d'art produites par une société humaine et n'a longtemps intégré dans la notion de patrimoine culturel que les seuls monuments de portée historique. Mais la culture s'entend de nos jours davantage dans le sens élargi que lui donne la sociologie : est culturel tout aspect commun et cohésif de la vie d'une collectivité humaine.

La définition officielle de la culture donnée par l'UNESCO présente l'intérêt de circonscrire son champ – non sans avoir préalablement distingué les dimensions culturelle et spirituelle des objectifs de l'humanité :

« Dans son sens le plus large, la culture peut être aujourd'hui considérée comme l'ensemble des traits distinctifs, spirituels et matériels, intellectuels et affectifs, qui caractérisent une société ou un groupe social. Elle englobe, outre les arts et les lettres, les modes de vie, les droits fondamentaux de l'être humain, les systèmes de valeurs, les traditions et les croyances. »⁷⁰⁹

Mais alors que tout *objet* culturel est susceptible de constituer une œuvre protégée par le droit d'auteur et le *copyright* – pour autant qu'il remplisse la condition d'originalité –, le champ culturel intègre également un aspect immatériel, appelé « patrimoine culturel immatériel » (PCI). La Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel⁷¹⁰ adoptée sous l'égide de l'UNESCO le considère comme le « patrimoine vivant » de l'humanité et le « creuset de sa diversité culturelle », en prenant soin de préciser que sa perpétuation « contribue à promouvoir [...] la créativité humaine ». Elle définit ce pan essentiel du patrimoine culturel comme « les pratiques, représentations, expressions, ainsi que les connaissances et savoir-faire [...] que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel »⁷¹¹.

C'est dans ce sens sociologique que nous entendrons ici le terme de « culture », avec un accent sur les objets susceptibles de protection juridique, les *œuvres* protégées par les lois sur le droit d'auteur et par le *copyright*.

⁷⁰⁹ UNESCO, Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles, conférence mondiale sur les politiques culturelles, Mexico City, 26 juillet – 6 août 1982 ; http://portal.unesco.org/culture/fr/files/35197/11919407161mexico_fr.pdf/mexico_fr.pdf.

⁷¹⁰ Convention de l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine immatériel du 17 octobre 2003 ; <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540f.pdf>

⁷¹¹ Art. 2 al. 1 Convention UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine immatériel du 17 octobre 2003

Influence de l'économie sur la culture... d'entreprise

Nous avons vu que le passage du capitalisme industriel à la « société de la connaissance » entraîne une connexité plus étroite que jamais entre création de valeur et connaissance, qui passe par la valorisation des modes d'organisation eux-mêmes et du « capital » que représente la gestion des connaissances.

□ *Avènement de la « société de la connaissance »*

L'avènement du capitalisme cognitif a donné lieu à une sorte de « dématérialisation » progressive de la valeur en raison de l'automatisation des modes de production, puis à l'apparition d'entreprises offrant des prestations essentiellement fondées sur la capacité intellectuelle de l'homme, les sociétés de service, tout en instaurant une distance toujours plus grande entre les décideurs et le produit fini. Ceux-ci s'entourent d'experts en tous genres pour prendre leurs décisions et ont appris à considérer la réalité de l'entreprise à travers les tableaux de bord et autres instruments de pilotage qu'ils leur proposent. Nombre d'entre eux sont persuadés que l'amélioration de l'entreprise passe par le perfectionnement de ces outils ; la « connaissance » tend ainsi à se confondre avec la vision statistique et chiffrée du monde, qui a supplanté la réflexion de base fondée sur une connaissance intime de l'humain. L'approche des disciplines mathématiquement normées devient ainsi peu à peu le seul mode d'appréhension de la réalité considéré comme fiable, et renforce les positions scientistes, dont nous avons déjà pu mesurer les erreurs épistémologiques⁷¹².

La « virtualité » du travail immatériel permet de révolutionner l'organisation productive. Le passage du capitalisme industriel à la « société de la connaissance » transcrit ainsi « une nouvelle vision de nos sociétés civiles dans laquelle la connaissance devient la matière première du processus de développement socio-économique »⁷¹³, autrement dit où création de valeur et connaissance sont de plus en plus liées. Il passe par la valorisation des modes d'organisation eux-mêmes et du « capital » que représente la gestion des connaissances au sein des entreprises et autres collectivités humaines. De ce fait, certains ont cru voir dans ce phénomène de l'immatériel une occasion pour les salariés de s'affranchir du « despotisme et du monopole des moyens de production par la propriété privative »⁷¹⁴ et de « reprendre aux détenteurs du capital le contrôle de la production sociale et de la société »⁷¹⁵. Jacques Perrin relève au contraire que dans l'économie de la connaissance « ces concepts de création de valeur ne servent en réalité qu'à masquer un vieux débat sur la

⁷¹² Voir ci-dessus, partie 02 (« De l'épistémologie du droit à la méthodologie transdisciplinaire »), pp. 35 ss.

⁷¹³ Raphaëlle DAUDE, *Gestion des connaissances, société et organisations* [a], 24.10.2007, <http://calenda.revues.org/nouvelle9218.html>.

⁷¹⁴ Yann MOULIER BOUTANG, *La troisième transition du capitalisme : exode du travail productif et externalités* [a], dans Christian AZAÏS, Antonella CORSANI, Patrick DIEUAIDE (dir.), *Vers un capitalisme cognitif. Entre mutations du travail et territoires*, L'Harmattan, Paris 2001, p. 150, cité par Geneviève AZAM, *La Connaissance, une marchandise fictive* [a], op. cit., p. 111.

⁷¹⁵ Geneviève AZAM, *La Connaissance, une marchandise fictive* [a], op. cit., p. 111, à propos de Michael HARDT, Antonio NEGRI, *Multitude. Guerre et démocratie à l'âge de l'Empire*, La Découverte, Paris 2004.

répartition de la valeur ajoutée entre salariés et actionnaires, et à justifier la tendance actuelle à privilégier les revenus de ces derniers »⁷¹⁶. On est tenté de lui donner raison, à ce point près qu'on ne voit guère quelle période du capitalisme aurait privilégié le salaire des employés par rapport aux revenus des actionnaires. Geneviève Azam relève pour sa part que cette vision fort optimiste – les manifestations d'une telle « libération » semblent en particulier fortement compromises par la pénibilité psychique que toute gestion « juste à temps » provoque⁷¹⁷ –, reste « prisonnière d'une vision économiciste et réductrice » puisqu'elle passe sous silence la profonde modification de nature de la connaissance que sanctionne le passage au capitalisme cognitif et qui fait de ce bien commun à travers lequel « s'exprime et s'accomplit l'humanité » une simple ressource. Je reviendrai sur cette question cruciale à propos des industries « culturelles »⁷¹⁸.

Une analyse plus poussée de la « société de la connaissance » permet de rendre compte de la marchandisation du savoir qui s'opère de nos jours à travers les théories de la communication élaborées par Norbert Wiener. Ses thèses, publiées dès 1942⁷¹⁹, illustrent son idée principale : « tout est communication », qui n'est pas sans rappeler le « tout est langage » de la psychanalyse, combien plus pertinent. Outre qu'elle entend transposer à la société humaine une loi de la physique – plus exactement la troisième loi de la thermodynamique –, une pratique plus que discutable sur le plan épistémologique qui s'apparente selon Paul Amselek à une « double mystification »⁷²⁰, une telle affirmation revient à prétendre que « les organismes vivants et les machines n'existent que dans la mesure où ils communiquent. Ils sont *définis* par ce qu'ils communiquent au monde environnant. » Elle exclut dès lors du champ de la réalité le lieu où nous apprenons à « être avec » le monde, de présence à présence, où mûrit lentement notre pensée et s'approfondit notre capacité à appréhender notre environnement au-delà de nos automatismes mentaux pour découvrir Qui nous sommes, en un mot notre *intériorité*, et cela au profit exclusif de ce qui est exprimé, « de ce qui *sort* et de ce qui est mesurable »⁷²¹.

Soustraire de l'étude de la communication le champ qui à la fois la nourrit et la justifie ne peut qu'être lourd de conséquences. Ces réductions ontologiques de la réalité à un réseau d'informations et du fond de ce qui est transmis à la structure formelle du message entraîneront notamment, d'une part, la faillite des trois promesses des

⁷¹⁶ Jacques PERRIN, *Création de la valeur dans l'économie de l'information*, Communication au Forum de la régulation, Paris, 11 octobre 2001, http://web.upmf-grenoble.fr/regulation/Forum/Forum_2001/Forumpdf/PERRIN_Jacques.pdf, p. 1.

⁷¹⁷ Voir ci-dessus, p. 169.

⁷¹⁸ Voir ci-dessous, chap. « la "société de la connaissance", extension infinie du capital ? », pp. 240 ss.

⁷¹⁹ Norbert WIENER, *Cybernétique et société*, op. cit.

⁷²⁰ Voir ci-dessus, partie 02 (« De l'épistémologie du droit à la méthodologie transdisciplinaire »), chap. « Les deux mouvements de la démarche scientifique » et « La "sujétité" », pp. 40ss, resp. pp. 62 ss.

⁷²¹ Sébastien VAAS, *L'Enfer du virtuel*, op. cit., p. 44 ; c'est l'auteur qui souligne.

télécommunications formulées par le père de la cybernétique – rapidité des échanges, partage universel de la connaissance et rapprochement des êtres –, que Philippe Breton qualifie d'*utopie de la communication*⁷²², d'autre part, la réduction de l'activité créatrice et culturelle à ses seules productions tangibles et ponctuelles, qui entraînera à son tour un désintérêt affiché pour les processus créatifs, en particulier son aspect intérieur et sa dimension communautaire, et donc une méconnaissance totale des conditions à remplir pour encourager la création. À vouloir appliquer à la société humaine la troisième loi de la thermodynamique, selon laquelle l'ordre semble voué à se diluer dans le chaos ambiant, Norbert Wiener se serait laissé happer par sa « peur de voir se dissiper tout ce qui constitue la civilisation humaine » ; il a de fait négligé les forces de croissance en action dans le domaine du vivant⁷²³, ainsi que le caractère plus complémentaire qu'antagoniste des rapports entre entropie et négentropie tels qu'Ilya Prigogine a pu les décrire.

□ *La « gestion de la connaissance »*

Considérée on l'a vu comme un actif immatériel fondamental dans la croissance de l'entreprise et comme une de ses principales ressources stratégiques, la connaissance fait désormais, en tant que telle, l'objet d'une attention particulière de la part des dirigeants, que ce soit dans le milieu de l'entreprise ou dans le monde politique. C'est notamment dans ce contexte qu'il faut comprendre les efforts consentis à la protection de ce nouveau type de richesse, en particulier par la mise en place de protections juridiques et techniques vigilantes – pour ne pas dire agressives – à l'encontre des velléités d'appropriation – ou de *ré* appropriation – de la société civile.

Il serait pourtant plus qu'hasardeux de prétendre que la connaissance n'a jamais été considérée avant la « société de la connaissance » comme une source de richesse. Le changement de paradigme tient plutôt à la gestion proprement dite de cette connaissance et à sa finalité.

La gestion de la connaissance s'attache à récolter et cumuler la connaissance tout en assurant sa cohérence et en veillant à la maintenir accessible. La récolte des données nécessite la formalisation et le transfert par chacun de ses connaissances professionnelles (ou « connaissances métier ») en faveur de l'organisation ; la cohérence et l'accessibilité des données supposent quant à elles leur interprétation – autrement dit leur appropriation pour les transformer en une connaissance exploitable dans un contexte donné. Les nouvelles technologies, en particulier par l'informatisation massive des environnements professionnels, génèrent toutefois une véritable marée de données, fort difficiles à gérer du seul fait de leur masse. Pour ne prendre qu'un exemple, l'organisation au sein de l'entreprise et, de manière plus générale, les relations humaines se retrouvent délocalisées par le biais de l'Internet. Or

⁷²² Philippe BRETON, *L'Utopie de la communication – l'émergence de l'homme sans intérieur*, La Découverte, Paris 2004 [1992].

⁷²³ Sébastien VAAS, *L'Enfer du virtuel*, op. cit., p. 44, note 2.

cette délocalisation même entraîne le développement des réseaux numériques comme point de passage obligé entre les individus et favorise la récolte d'informations.

On voudrait nous faire croire que l'informatique améliorerait notre capacité à classer, relier et interpréter cette pléthore de données. Ce n'est pas aussi sûr. De manière schématique, le chemin de la donnée à l'intelligence passe en effet par une série d'étapes que sont l'information, la connaissance et le savoir. Sur ce parcours, une assimilation de la donnée s'avère essentielle pour passer de la connaissance au savoir, et celle-ci suppose la réalisation de deux conditions : celui qui accède aux données doit tout d'abord être doté d'une capacité d'interprétation et de compréhension du *contexte*, ce qui nécessite un enseignement et une éducation suffisants pour l'aborder avec le recul nécessaire ; il doit de plus disposer d'un accès aux données ou aux œuvres assez *ouvert* et *concret* pour pouvoir se les approprier, que ce soit par annotations, soulignement ou toutes autres méthodes bien connues des étudiants, ce que la lourdeur des protections juridiques et techniques actuelles ne permet pas toujours dans le monde numérique. Plus que d'une « société de la connaissance », nous devrions donc parler d'une « société des données », ce qui est assurément moins flatteur...

Il importe enfin de ne pas oublier que l'accès à la culture, qui suppose comme il vient d'être relevé que l'on bénéficie d'un enseignement adéquat, n'est plus assuré qu'aux classes les plus aisées lorsque le système éducatif est livré à l'économie de marché et que les coûts de scolarité en deviennent écrasants, comme c'est le cas aux États-Unis⁷²⁴. Là encore, l'influence de l'économie sur la culture peut s'avérer restrictive.

□ « *Société de la connaissance* » et *désappropriation progressive des savoirs*

Mais les « sociétés de la connaissance » cachent d'autres risques que celui de leur éventuelle faillite à assurer le passage de la donnée à l'intelligence.

Au sein des collectivités, on l'a vu, la « société de l'information » passe avant tout par la valorisation du « capital immatériel » que représente la gestion des connaissances. Sous cette terminologie aux accents triomphalistes qui dit chercher la « pérennisation du savoir » se cache une réalité plus perverse : en focalisant leur attention sur les processus et les connaissances actives au sein de leurs organisations, les dirigeants se sont aperçus qu'elles étaient attachées à leurs employés et partageaient avec eux, ce qui conférait à ces derniers un pouvoir inédit. La captation de leurs connaissances par des systèmes experts permet de les déposséder de leurs compétences au profit exclusif de l'organisation, en les mémorisant sous une forme sur laquelle cette dernière conserve la maîtrise exclusive. Dans la société de l'information, les collaborateurs sont devenus plus interchangeables que jamais : dépouillés de leur savoir technique et de leurs idées, leur défection n'a plus guère d'importance, dès lors que les procédures mises en place remplacent leur savoir-faire et leur expérience tout en facilitant l'intégration des

⁷²⁴ Susan GEORGE, *Un autre monde est possible si...*, Fayard, Paris 2004, p. 139.

nouvelles recrues. Cette dépossession des savoir-faire ne semble pas être le lot des seuls employés : elle concerne aussi, comme nous l'avons vu, les consommateurs.

Les efforts déployés par l'industrie ne portent pas seulement sur la production d'informations fiables en interne ; dans leur communication avec le monde extérieur, les entreprises travaillent aussi à la fabrication de la demande et des besoins du grand public. Si du côté des consommateurs on assiste à une course à l'information provoquée par un excès de choix, on observe du côté des producteurs un recours à l'information pour manipuler le public. Or certains analysent les relations publiques, telles que comprises par Edward Louis Bernays, comme une forme de manipulation du public au profit des entreprises capitalistes et des causes impopulaires, au risque ouvert de menacer les fondements même de la démocratie participative⁷²⁵.

Nous n'en sommes certes plus au temps des bonimenteurs vantant leur marchandise : la manipulation, plus sournoise, se veut scientifique et formate les besoins des acheteurs en créant leurs désirs... ainsi que leur inévitable lot de frustrations. Elle encourage leur individualisme, les convainc de s'adonner à leur propre confort et même d'en faire leur priorité, les assure qu'il n'est pas d'autre bonheur que celui qui passe par la consommation. En s'attachant à tout prévoir à la place des consommateurs sous prétexte de leur faciliter la vie, en leur fournissant une « vie clef en mains », les marchands les privent peu à peu de leur savoir-faire autant que de leur savoir-vivre, vidant leur existence pour la combler d'éléments préfabriqués⁷²⁶. C'est dans ce contexte général et conscients des menaces dont il est porteur qu'il nous faut analyser l'accroissement des influences réciproques de l'économie et de la culture prise dans un sens restreint.

Influence de l'économie sur la culture

□ *Le financement des œuvres*

La première influence de l'économie sur la culture qui vient à l'esprit est celle de son financement. Par là, il faut entendre le prix de revient de son élaboration, qu'il s'agisse des matériaux utilisés ou des outils nécessaires au travail créatif, ceux investis dans la reproduction de l'œuvre ou dans sa promotion, sans oublier le salaire de ses divers contributeurs. Les deux systèmes que sont le *copyright* et le droit d'auteur se proposent de favoriser la création, et de le faire par des incitations économiques. Mais alors que le *copyright* a fait de la défense des intérêts de l'investisseur – l'ancien commanditaire – son propos principal, le droit d'auteur, plus contradictoire dans son approche actuelle, prétend protéger les auteurs... tout en ménageant de plus en plus, au dépens de ceux-ci, les intérêts des intermédiaires culturels.

Les aspects de la vie culturelle placent l'auteur individuel au sein d'enjeux qui souvent le dépassent et fragilisent sa position. Il se voit concrètement obligé de négocier, de

⁷²⁵ Voir ci-dessus, chap. « Manipulation et marketing », pp. 176 ss

⁷²⁶ voir ci-dessus, chap. « Séparation entre pouvoir d'appropriation et pouvoir coercitif », pp. 171 ss.

subir des censures. La fragilité de la position de l'auteur confronté aux autres acteurs culturels que sont l'investisseur et le public tient à deux facteurs, d'ordre financier et organisationnel. Le besoin où l'auteur se trouve de se nourrir et de faire vivre ses proches le laisse démuni face aux puissants qui convoitent ses œuvres. Longtemps, il dut travailler essentiellement sur commande. Le commanditaire, qui impose alors le programme de l'œuvre jusqu'à ses moindres détails, relègue l'artiste au rang de simple exécutant ; il exerce ainsi une influence déterminante sur les œuvres produites, qui s'assimile à une censure puisqu'il détient le pouvoir d'interdire à l'artiste le traitement de certains sujets ou de lui imposer une fin heureuse (« happy end »), au risque de dénaturer totalement le sens profond de l'œuvre. On retrouve une tension similaire à celle qui opposait autrefois auteurs et commanditaires dans le combat que mènent de nos jours aux États-Unis les metteurs en scène contre les producteurs. Ces derniers se voient encore aujourd'hui accorder par le *copyright* américain le privilège du « *final cut* » pour les productions de masse telles que les films, les livres ou la musique, bien qu'une telle prérogative attente fortement à l'intégrité de l'œuvre⁷²⁷.

La nécessité de recourir à des moyens de type industriel pour la fabrication, la duplication ou la diffusion de l'œuvre qui sont bien souvent hors de portée de l'auteur vont creuser l'avantage des investisseurs et autres intermédiaires dès l'apparition de l'imprimerie⁷²⁸. Le *copyright*, en avantageant l'investisseur, renforce une position acquise et rend celle de l'auteur encore plus précaire ; il n'est dès lors utile qu'en vue de protéger l'investisseur contre le public et ses propres concurrents. Pour le *copyright*, l'aspect créatif – et donc le rapport personnel de l'auteur à son ouvrage – semble négligé au profit des seules conditions matérielles de production des œuvres. Le capitalisme, qui nie l'unicité du sujet, ne voit-il pas dans les auteurs que des concurrents ?

L'un des événements qui prouvent le mieux la priorité capitaliste donnée aux intérêts des investisseurs sur ceux des créateurs est sans doute le passage de la propriété intellectuelle du périmètre de compétence de l'UNESCO à celui de l'OMC et de l'OMPI au cours des années 1980. De manière tout aussi caractéristique, William Landes et Richard Posner, dans leur article *An economic Analysis of Copyright Law* paru en 1989, ne distinguent pas l'écrivain de l'éditeur dans leur analyse de l'industrie du livre : Françoise Benhamou et Joëlle Farchy voient dans cet amalgame le signe que « l'aspect incitatif du droit d'auteur qui a surtout retenu l'attention des économistes concerne non pas le créateur, mais le producteur ou, plus généralement, l'intermédiaire à qui l'auteur cède ses droits et qui s'engage dans la diffusion des œuvres sur le marché »⁷²⁹.

⁷²⁷ JURISPEDIA, *Copyright et droit d'auteur* [a], [http://fr.jurispedia.org/index.php/Copyright_et_droit_d_auteur_\(int\)](http://fr.jurispedia.org/index.php/Copyright_et_droit_d_auteur_(int)).

⁷²⁸ Voir ci-dessous, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), pp. 381 ss.

⁷²⁹ Françoise BENHAMOU, Joëlle FARCHY, *Droit d'Auteur et Copyright*, La Découverte, coll. Repères, Paris 2007, p. 11

Le droit d'auteur, du moins dans sa démarche d'origine, développe une analyse plus complexe, et n'aborde l'aspect économique des choses qu'à travers le prisme des droits de la personnalité de l'auteur. Il part de la constatation que l'écrivain et l'artiste consacrent du temps à l'élaboration de leurs œuvres, si bien qu'il est normal qu'ils désirent retirer de leur production de quoi gagner leur vie. Vivre de leur art leur offre la possibilité de ne pas recourir à un « emploi alimentaire » et de vouer l'essentiel de leur temps à l'activité dans laquelle ils excellent, et que, parfois, personne ne peut accomplir à leur place. Le législateur des pays de droit civil s'est donc efforcé d'assurer aux auteurs la possibilité de vivre de leur production, autrement dit de leur assurer une juste rémunération pour leurs efforts et pour l'enrichissement culturel qu'ils apportent à la société civile toute entière.

Le système, sous cet angle, semble toutefois peiner à remplir ses promesses, ne fût-ce que parce que la loi offre la possibilité à l'auteur de céder les aspects patrimoniaux de ses droits. Les investisseurs et autres intermédiaires, forts de leur position économique, ont dès lors unanimement imposé cette cession aux auteurs, qui se retrouvent en position de faiblesse et ne touchent plus qu'une part assez faible des bénéfices générés par leur œuvre ; en effet, bien que cette part soit équivalente à celle que touche l'éditeur, ce dernier affiche de nombreuses œuvres dans son catalogue, alors que l'auteur de qualité passe souvent plusieurs années à élaborer une œuvre, à ses propres risques économiques. Ejan Mackaay admet du reste que les grandes organisations que sont les maisons d'édition de la musique, du film et du logiciel (auxquelles il faudrait ajouter celles du livre) « laissent une bonne partie du risque aux créateurs »⁷³⁰. De plus, sensible aux sirènes commerciales et afin d'éviter ce qu'il juge un « effet économique pervers », le législateur a progressivement réduit la portée du droit moral de l'auteur comme peau de chagrin. En France par exemple, les auteurs des « œuvres de collaboration » que sont les films ne peuvent plus s'opposer à l'utilisation de leur propre contribution en cours de tournage. La condition de l'auteur, de ce fait, se rapproche de celle qui est déjà la sienne aux États-Unis : le mépris pour l'auteur s'internationalise face aux exigences du « marché ».

Mais les avantages financiers procurés aux investisseurs ne privilégient-ils pas aussi l'auteur, ne fût-ce qu'indirectement ? Rien n'est moins certain. La soumission du système aux exigences capitalistes permet aux plus forts d'imposer leur loi aux plus faibles, et les auteurs, à ce jeu, ne tiennent pas le couteau par le manche : mis en concurrence par le « marché », il leur faut se plier aux exigences des intermédiaires ou renoncer à exister. Le mépris pour l'auteur dont je viens de parler se détecte ainsi à de nombreux détails éclairants. Ainsi, dans leur analyse du marché de l'édition, William Landes et Richard Posner n'intègrent pas dans les coûts de production les efforts consentis par les auteurs non publiés⁷³¹ : seuls comptent ceux des écrivains auquel le

⁷³⁰ Ejan MACKAAY, *Analyse économique de la vie – Réflexions sur la durée du droit d'auteur*, journées de l'ALAI, Vienne, 9-11 septembre 2010, <http://www.cirano.qc.ca/pdf/publication/2011s-39.pdf>, p. 9.

⁷³¹ William M. LANDES, Richard A. POSNER, *An Economic Analysis of Copyright Law* [a], 1989, dans *Journal of Legal Studies*, University of Chicago Press, vol. 18/2 (juin 1989), pp. 325-363.

choix de l'éditeur confère de la valeur ; les écrivains rejetés par l'industrie du livre ne comptent pas plus pour les deux enseignants de l'Université de Chicago que ne compte la Nature en friche pour John Locke, alors même qu'il s'agit ici de travail humain... Cela a pour effet très clair de minimiser la part d'effort et de risque consentis par les créateurs, au profits de ceux investis par l'industrie. Quant à l'encouragement à l'acte créatif proprement dit, on peut se demander si les incitations exclusivement économiques offrent la meilleure approche pour favoriser dans les faits la créativité des auteurs.

□ *Ambiguïtés de la culture de masse*

Si la culture est constituée de l'ensemble des *produits* et des *pratiques* d'un groupe humain, elle est appelée à évoluer constamment. C'est ainsi que le XX^e siècle a inventé la « culture de masse », issue en partie de l'instauration des congés payés et du développement du tourisme populaire qui s'en est suivi, et qu'il convient de distinguer de la notion de culture populaire.

La « culture de masse » se présente comme l'ensemble des démarches destinées à *faciliter* au grand public l'accès à la culture. Son approche, en apparence irréprochable, nourrit pourtant son lot d'ambiguïtés. Il existe en effet au moins deux moyens de faciliter l'accès de la culture au plus grand nombre : avilir la culture, l'amputer de ses enjeux véritables au point d'en faire un simple passe-temps, ou au contraire travailler à la formation critique de chacun.

Il est à craindre que la culture de masse, sous la houlette des industries des loisirs, ait suivi la première voie, dans l'esprit de la formule bien connue de Juvénal : *Panem et circenses*, du pain et des jeux. Juvénal résumait ainsi la manière dont la Rome impériale maintenait le peuple apathique en se voyant fournir de quoi manger et de quoi tromper son ennui. Cette pratique est plus que jamais d'actualité, et fait le lit des industries des loisirs.

□ *Les « industries culturelles »*

La notion d'*industrie culturelle* a été élaborée par Theodor Adorno et Max Horkheimer, tous deux membres de l'École de Francfort, après avoir constaté que la notion de « culture de masse » s'avérait inapte à décrire la réalité dont ils constataient l'émergence : l'expression de « culture populaire » laisse entendre que cette « culture » est d'origine populaire, alors que le grand public en est la principale victime. Ces deux penseurs défendent l'idée, dans leur livre *Dialectique de la raison* paru en 1944 déjà, que les industries culturelles mettent en péril la création artistique par leur approche⁷³². C'est un fait qu'indépendamment de la volonté de contenter les foules par des spectacles, l'apparition des « industries culturelles » a entraîné plusieurs changements majeurs dans le domaine de la culture contemporaine.

⁷³² Theodor Wiesengrund ADORNO, Max HORKHEIMER, *Dialectique de la raison*, Gallimard, Paris 1974 [1944].

Le premier effet porte sur l'organisation du mode de production. Les majorats, nom donné aux entreprises commerciales jouant un rôle majeur dans l'industrie des loisirs, dont huit d'entre elles se détachent nettement par leur importance⁷³³, se sont engagés dans une industrialisation toujours plus poussée des processus de production des œuvres destinées au grand public que sont notamment les films, les dessins animés, les jeux vidéo ou les albums de musique. Ces produits s'y prêtent d'autant mieux qu'ils nécessitent des moyens considérables en personnes et en matériel.

Les œuvres distribuées sont ainsi devenues de purs produits mercantiles, montés en application de « recettes » éprouvées, dans le souci de minimiser autant que faire se peut le risque commercial des studios. Élaborées par des équipes fortement structurées, la plupart de ces œuvres ne laissent aucunement transparaître la personnalité, le « regard » d'un auteur particulier, qu'il s'agisse du metteur en scène ou du concepteur vidéo. On peut aller jusqu'à affirmer que dans bien des cas les contributeurs des « produits culturels » sont devenus aussi interchangeables que les ouvriers du fordisme, ce qui va au-delà de la notion d'œuvre collective, où la personnalité du collègue des auteurs ne le cède pas à des méthodes de fabrication imposées à chacun. Même la production de livres a été industrialisée, permettant à des auteurs qui apposent leur nom sur un ouvrage de bénéficier du travail et des analyses de toute une équipe de chercheurs. Ce procédé ne se limite pas aux seuls livres de référence, mais à des écrits de vulgarisation historique au style plus personnel, qui semblent refléter la culture encyclopédique de l'auteur alors que ce dernier se contenterait de suivre les recherches conduites par ses documentalistes, et, par voie de conséquence, d'être tributaire des orientations nécessairement partiales de leurs recherches ; il a même été appliqué à l'écriture de romans, notamment par Paul-Loup Sulitzer, dont la revue *Lire*, relayée par Bernard Pivot dans son émission *Apostrophes*, a publiquement dénoncé en 1987 les mécanismes de production de ses « thrillers financiers ». Prenant pour décor un thème fortement médiatisé ayant trait le plus souvent au monde de la finance internationale, le « système Sulitzer », comme l'ont appelé par la suite les journalistes, s'appuyait sur l'étroite collaboration de la plume de Loup Durand, de l'expertise financière de Paul-Loup Sulitzer – lequel inspirait ainsi le scénario général dans ses aspects techniques tout en orchestrant d'efficaces opérations de *marketing* à la sortie du livre – et d'au moins... trente-sept documentalistes. L'équipe, ne laissant rien au hasard, allait jusqu'à retenir, parmi les sujets d'actualité, celui plébiscité auprès des populations sondées. Après avoir perdu tout crédit dans les milieux littéraires du fait de l'attaque de la revue *Lire*, Paul-Loup Sulitzer a admis ne pas être un auteur mais plutôt un « metteur en livre », une expression significative s'il en est⁷³⁴.

⁷³³ Il s'agit de Time Warner (USA), Bertelsmann (Allemagne), Vivendi (France), Viacom (USA), Walt Disney Company (USA), Sony Corporation (Japon), News Corporation (Australie, USA) et Pearson (Royaume-Uni) ; il faudrait y ajouter aujourd'hui Apple (USA).

⁷³⁴ Robert BELLERET, *Les Recettes du système Sulitzer* [a], dans *Le Monde*, 05.07.2001, p. 12 ; <http://denistouret.fr/constit/sulitzer.html#recettes>.

La rentabilisation des sommes investies ne peut être toutefois assurée qu'en élargissant le plus possible le public cible. Ainsi, profitant de ce que les productions artistiques entraînent dans l'ère de la reproduction, les « industries de la culture » ont-elles pratiqué une double stratégie : afin d'attirer le plus de consommateurs possible, elles ont assimilé la culture aux loisirs, leur conférant une approche ludique⁷³⁵. Dans le même temps, afin d'assurer une diffusion mondiale à leurs produits, elles ont purgé les œuvres qu'elles produisaient de toute référence culturelle difficilement compréhensible pour les autres peuples. De mauvaises langues prétendent que ce ne fut guère difficile pour les Américains, leur culture étant jeune, pour ne pas dire lisse. Les États-Unis ont pratiqué de surcroît un relativisme culturel fait d'une simple juxtaposition des pratiques, chacune valant les autres dans une indifférence de valeur, à l'instar du « patchwork » des communautés qui composent la population nord-américaine. Ce multiculturalisme se démarque nettement de celui pratiqué par les Romains, qui cherchait à les intégrer pour en faire émerger la cohérence profonde, l'unité de l'Empire étant davantage culturelle que politique⁷³⁶. La standardisation des goûts entraîna un nivellement draconien des références culturelles de la population occidentale, sur le mode de la surenchère systématique. Les scénarios et le vocabulaire se sont simplifiés à outrance, le rythme du montage s'accélère toujours plus, et les nouveaux produits désignés ne cessent de chasser toujours plus vite ceux de la veille, canalisant le goût des acheteurs et leur ôtant tout recul afin de promouvoir une dynamique d'achat pulsionnelle. Ainsi la durée de vie actuelle moyenne d'un livre ne dépasse pas six mois ; celle d'un film dans les salles est encore plus courte. Les gestionnaires de droits, par leur logique économique, ne laissent plus aux auteurs le temps de trouver leur public.

Cette nouvelle orientation est rendue possible par la séparation marquée propre à la société de consommation entre les producteurs et les consommateurs, autrement dit entre ceux qui donnent le « la » et ceux qui en sont réduits à un rôle passif. Ainsi le *consommateur* a-t-il remplacé la figure de l'*amateur*, et l'*utilisateur* s'est-il substitué au *pratiquant* qui se trouvait construit, structuré par sa pratique. La nouvelle figure du consommateur/utilisateur, essentiellement passive, s'en trouve par ailleurs plus facilement manipulable. La passivité du public est renforcée par le type de protection juridique dont jouissent à présent les œuvres culturelles, qui empêche, à travers les revendications générales formulées par le Traité OMPI sur le droit d'auteur (WCT), toute appropriation des œuvres – fût-ce par le biais de la simple inspiration – et alloue aux ayants-droit des auteurs un monopole jamais atteint auparavant à l'échelle internationale, dès lors qu'ils se voient attribuer « le droit exclusif d'autoriser des

⁷³⁵ Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, texte original de la thèse d'État, Grenoble 2005 (ci-après : *À qui appartient l'œuvre d'art?*, thèse), p. 477 ; je tiens à remercier ici Françoise Chaudenson pour avoir accepté de me transmettre le texte de sa thèse ; l'auteur précise : « La production en masse de l'industrie de divertissement a bouleversé la donne artistique introduisant une approche ludique des œuvres d'art, qui se muent alors en produits culturels, et dont la fonction a considérablement évolué. »

⁷³⁶ Aude DE KERROS, *L'Art caché – Les dissidents de l'Art contemporain*, op. cit. ; conversation avec Aude de Kerros à Paris le 25.09.2008.

adaptations, arrangements et autres modifications de leurs œuvres »⁷³⁷. L'œuvre, par une évolution sournoise et extensive, se voit de ce fait protégée non seulement contre ses adaptations (appelées *œuvres dérivées*), mais aussi contre les œuvres qui se contentent de s'en inspirer. Nous sommes bien loin du temps où les artistes pouvaient assimiler leur métier en pratiquant la copie des Maîtres avant d'en arriver à développer leur propre style. Or, comme nous le verrons par la suite⁷³⁸, toute culture semble se construire par une imitation initiale, et cette dynamique se trouve ainsi bloquée. C'est ainsi que Tim Wu évoque le cas de la « jumelle » slave de Harry Potter, « Tanya Grotter », née sous la plume de Dmitry Yemetz. Si l'on peut s'opposer à l'idée que certains utilisent le succès d'une œuvre pour en produire de malheureux clones en réutilisant le nom des principaux personnages et en les mettant en scène dans des histoires où ils n'ont rien à faire, le seul tort de Dmitry Yemetz est de s'être *inspiré* du personnage créé par Joann Kathleen Rowling afin d'écrire « une sorte de réponse russe à Harry Potter » en transposant l'univers du jeune sorcier dans la culture slave. Après que les aventures de Tanya Grotter ont connu un immense succès populaire dans les pays slaves où il se vendit plus d'un million d'exemplaires de *Tanya Grotter and the magic Double Bass*, l'éditeur de Dmitry Yemetz s'est vu contraint de retirer le titre de son catalogue, alors que l'auteur russe était parfaitement autorisé à commercialiser les aventures de Tanya Grotter selon les lois de son propre pays. Ce faisant, Joann Kathleen Rowling et ses éditeurs ont obtenu non seulement le retrait d'une œuvre originale qui ne reprenait aucunement le nom des personnages d'origine, leurs traits psychologiques ou les caractéristiques de l'histoire – autrement dit d'une œuvre que l'auteur anglaise *n'avait pas écrite* –, mais surtout le retrait d'une œuvre qu'elle *n'aurait jamais pu écrire* en raison de ses propres origines culturelles⁷³⁹. Nul doute qu'un tel pouvoir soit de nature à entraver la création plutôt qu'à l'inciter.

La passivité de la population est renforcée par les mécanismes techniques de protection des œuvres, à présent également protégés en France par le DADVSI, qui punit toute tentative de leur contournement. Lawrence Lessig a fait de la lutte contre « l'Internet en lecture seule » un de ses chevaux de bataille. Il s'agit des méthodes de contrôle technique des œuvres permettant non seulement d'en interdire la copie, et, par voie de conséquence, la réappropriation et la réutilisation créatives, mais qui facturent l'amateur à l'accès, et même « à la page », comme le site Amazon envisage de le faire. La consultation de sources au gré de l'inspiration et des nécessités de la démarche de création ou de réflexion, s'en trouve irrévocablement transformée en un acte contrôlé et taxé, dans un monde où le consommateur est sollicité aux dépens du créateur potentiel. Ainsi le présent travail n'aurait pu voir le jour si la consultation de la plupart

⁷³⁷ Projet d'Accord commercial relatif à la contrefaçon (« *Anti-Counterfeiting Trade Agreement* » – ACTA), négocié dans le plus grand secret depuis le printemps 2008 entre, notamment, l'Union européenne, les États-Unis, le Japon, le Canada, la Corée du Sud et l'Australie. Ce projet de loi a été refusé par le Parlement européen en 2013 et ne verra donc pas le jour.

⁷³⁸ Voir ci-dessous, partie 06 (« Les motivations de la création »), pp. 529 ss.

⁷³⁹ Tim Wu, *Harry Potter and the International Order of Copyright – Should « Tanya Grotter and the Magic Double Bass » be banned ?* [a], 27.06.2003, <http://www.slate.com/id/2084960>.

de ses sources n'avait été rendue possible par leur copie en vue d'une consultation ultérieure, et le développement d'œuvres comme l'encyclopédie libre Wikipédia « témoignent d'une soif extraordinaire d'aller au-delà de la seule consommation », visant à rebondir sur l'apport d'un tiers pour le reprendre et l'amplifier à son tour⁷⁴⁰.

□ *La protection des biens immatériels*

La connaissance et la gestion des œuvres, devenues stratégiques pour le « capitalisme cognitif », nécessite, dans la perspective propre à ce système économique, leur protection contre les accès indus de tiers. Cette protection concerne concrètement quatre champs principaux : celui des données proprement dites, en tant qu'elles constituent les actifs immatériels des entreprises ; celui des produits du « marché culturel », compris comme activité principale des industries du loisir ; mais aussi la fabrication du marché de l'AC⁷⁴¹ et la valorisation du patrimoine public culturel. La protection et la marchandisation de telle œuvres se paie toutefois d'une transformation à la fois *radicale* et *contre nature* de la connaissance, qui va plus loin encore que sa consécration en « marchandise fictive », au sens que Karl Polanyi donne à cette expression⁷⁴², puisqu'elle va à l'encontre des caractéristiques même des biens immatériels, qui les rattachent aux biens communs.

Les biens communs présentent en effet des caractéristiques tout à fait remarquables, que Paul Samuelson semble être le premier à avoir clairement distingué dans son article *The pure Theory of public Expenditure* paru en 1954⁷⁴³ : l'*inépuisabilité* et la *non-rivalité*, auxquelles on ajoute actuellement la *continuité*. La non-rivalité est celle des trois qui s'avère la plus déterminante. Paul Samuelson a de plus associé les caractéristiques des biens collectifs aux biens immatériels. Nous pouvons vérifier leur réalisation dans le domaine de la connaissance : la connaissance est inépuisable, dans le sens qu'elle ne se détruit pas par l'usage ; non rivale, dès lors que deux chercheurs peuvent fort bien entamer une recherche sur un sujet similaire sans se gêner ; continue enfin dans son champ d'application, puisque les éléments de recherche et, dans une certaine mesure, les disciplines qui les étudient ne sont pas clairement séparables les uns des autres. De son côté, Alvin Toffler, dans *Les Nouveaux Pouvoirs*, attribue dès 1990 au savoir les qualités d'efficacité, de souplesse (ou flexibilité), d'inépuisabilité et de non exclusivité⁷⁴⁴. Philippe Aigrain a relayé en France cette mise en lumière des caractéristiques communes des biens collectifs et des biens immatériels⁷⁴⁵. Il montre

⁷⁴⁰ Lawrence LESSIG, *Créatifs hyperactifs* [a], dans Libération n°7690 (28.01.2006), cahier spécial, p. 7.

⁷⁴¹ Laurent QUEMIN, *L'Art contemporain international: entre les institutions et le marché*, juin 2001, rapport au ministère français des Affaires étrangères, Jacqueline Cambon, Nîmes 2002 ; Aude DE KERROS, *L'Art caché – Les dissidents de l'Art contemporain*, op. cit.

⁷⁴² Voir ci-dessus, chap. « Une logique d'extension », pp. 154 ss.

⁷⁴³ Paul A. SAMUELSON, *The Pure Theory of Public Expenditure* [a], dans *Review of Economics and Statistics*, vol. 36 (1954), n°4, pp. 387-399.

⁷⁴⁴ Alvin et Heidi TOFFLER, *Les Nouveaux Pouvoirs*, op. cit., pp. 34 ss.

⁷⁴⁵ Philippe AIGRAIN, *Cause commune*, op. cit. ; voir aussi [B] AIGRAIN, *Droits intellectuels positifs et échanges d'information*

même que les biens immatériels intègrent ces qualités de manière plus parfaite encore que les biens communs traditionnels, dont la nature physique les soumet toujours à une certaine rivalité⁷⁴⁶. Les biens immatériels sont ainsi non seulement non-rivaux, en ce sens que plusieurs personnes peuvent accéder à une connaissance sans se faire concurrence, mais la valeur même de la connaissance s'accroît du nombre de ceux qui y accèdent et échangent leurs vues à son propos.

Thomas Jefferson, troisième président des États-Unis de 1801 à 1809, a fort bien exprimé la non-rivalité des biens immatériels :

« If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of everyone, and the receiver cannot dispossess himself of it. Its peculiar character, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it. He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me. That ideas should freely spread from one to another over the globe, for the moral and mutual instruction of man, and improvement of his condition, seems to have been peculiarly and benevolently designed by nature, when she made them, like fire, expansible over all space, without lessening their density at any point, and like the air in which we breathe, move, and have our physical being, incapable of confinement or exclusive appropriation. Inventions then cannot, in nature, be a subject of property. »⁷⁴⁷

Appréhendée avec l'approche classique qui associe la *propriété* et la *valeur* à la rareté, la gestion d'un tel capital n'est en conséquence pas sans poser quelques problèmes bien spécifiques, liés à sa nature immatérielle.

➤ **La protection des biens immatériels sous l'angle de la propriété**

L'inépuisabilité des biens immatériels s'oppose à la notion de rareté, qui justifie la propriété. Afin que les choses soient claires, précisons tout de suite que le terme de propriété, appliqué aux biens immatériels, est plus que malencontreux. Du reste, comme nous le verrons dans la partie consacrée à l'histoire du droit d'auteur⁷⁴⁸, cette dernière est parsemée de remarques qui à la fois cautionnent, soi-disant faute de mieux, le choix du terme *propriété*, tout en émettant les plus claires réserves à son endroit, et les différents acteurs du débat ne cessent de revenir sur ce terme ou de l'entourer de maintes précautions sémantiques : propriété d'un genre « tout à fait différent » de la propriété foncière ou mobilière⁷⁴⁹, propriété intellectuelle « difficilement

⁷⁴⁶ Philippe AIGRAIN, *Cause commune*, op. cit. p. 266.

⁷⁴⁷ Thomas JEFFERSON, *The Writings of Thomas Jefferson*, 20 vol., Andrew A. Lipscomb and Albert Ellery Bergh, Washington, D.C. 1903, lettre à Isaac McPherson du 13 août 1813, vol. 6, pp. 333-334, cité par John Perry BARLOW, *The Economy of Ideas* [a], op. cit.

⁷⁴⁸ Voir ci-dessus, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), chap. « Les Lumières », chap. « La Révolution française » et chap. « Conclusion intermédiaire », p. 520 s.

⁷⁴⁹ Isaac-René-Guy LE CHAPELIER, *Rapport du 17 janvier 1791 à l'Assemblée nationale au nom du Comité de Constitution, sur la Pétition des Auteurs dramatiques* (ci-après : *Rapport du 17 janvier 1791 à l'Assemblée nationale*), <http://www.juriscom.net/documents/RapportLeChapelier.pdf>, p. 16.

soutenable »⁷⁵⁰, portant sur un objet dont tous ont remarqué dès les premiers siècles de notre ère qu'il « se prête mal à l'appropriation »⁷⁵¹. En France, la loi sur le droit d'auteur du 14 juillet 1866 s'abstient systématiquement d'utiliser le terme « propriété », ce qui n'est pas anodin⁷⁵².

Appliqué aux biens immatériels, le terme de « propriété » n'est cependant pas juste inadéquat, il les dénature proprement. Non seulement, comme nous l'avons vu⁷⁵³, John Locke croit pouvoir fonder cette propriété sur un rapport objectifiant du travailleur à son corps, mais, en l'appliquant au rapport que l'auteur entretient avec son œuvre, il fausse la compréhension du caractère immatériel des droits d'auteur et modifie profondément le but de la propriété, sans justifier aucunement l'un ou l'autre. Avant John Locke, la propriété ne peut porter que sur une *chose*, autrement dit un bien matériel aisément appropriable – meuble ou immeuble – parce que son but premier, selon la tradition initiée par David Hume, « est de veiller à ce que les biens rares soient affectés en priorité à ceux de leurs usages qui sont les plus productifs ». Or les œuvres immatérielles partageant les propriétés des biens communs, elles ne peuvent pas être rares, vu leur nature d'une part, notre capacité technique à dupliquer et à diffuser la plupart d'entre elles d'autre part⁷⁵⁴. Dès que l'auteur a livré son ouvrage au public, il l'en rend maître dès lors qu'il ne peut plus en maîtriser la distribution, nous rappelle en substance Isaac René Guy Le Chapelier⁷⁵⁵. C'est pourquoi le but du droit d'auteur actuel, à l'opposé des autres propriétés, n'est pas de *gérer* la rareté, mais au contraire de la *créer* artificiellement en encadrant la reproduction des œuvres par des moyens légaux (la propriété intellectuelle) et techniques (les systèmes anti-copie ou « DRM », notamment les DCU⁷⁵⁶) : les arguments avancés par les économistes en faveur d'une gestion des biens rares par la propriété ne peuvent donc pas justifier le droit de nature très spéciale conféré à l'auteur⁷⁵⁷, et le peuvent toujours moins à mesure que les progrès techniques facilitent la duplication et la diffusion des œuvres.

On remarquera incidemment que les industries de la culture, lorsqu'elles réclament plus de « libre marché » dans leur secteur d'activité, se révèlent profondément incohérentes, puisqu'elles tirent l'essentiel de leurs gains de la rareté produite par une

⁷⁵⁰ Pierre-Emmanuel MOYSE, *La Nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole ?* [a], 1998, <http://www.robic.ca/publications/Pdf/073-PEM.pdf>, p. 2.

⁷⁵¹ Code de Justinien (*Corpus juris civilis*), 529 ap. J.-C., cité par Pierre-Emmanuel MOYSE, *La Nature du droit d'auteur* [a], op. cit., p. 2.

⁷⁵² Ejan MACKAAY, Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz-Sirey et Thémis, Paris et Montréal 2008, p. 265, citant Paul ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Dalloz, Paris 1952, p. 69.

⁷⁵³ Voir ci-dessus, chap. « Objectification et destruction de l'humain en l'homme », pp. 190 ss.

⁷⁵⁴ On exclura notamment les peintures et les sculptures.

⁷⁵⁵ Isaac-René-Guy LE CHAPELIER, *Rapport du 17 janvier 1791 à l'Assemblée nationale*, op. cit., p. 16.

⁷⁵⁶ Voir ci-dessous, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), chap. « Les mesures techniques de protection (MTP) », pp. 450 ss.

⁷⁵⁷ Julio H. COLE, *Étendre les copyrights : une idée contestable* [a], op. cit.

loi. Cette « incohérence » se situe de fait au cœur même du capitalisme et des rapports qu'il établit entre pouvoir d'appropriation et pouvoir coercitif⁷⁵⁸.

Pour certains auteurs toutefois, il y a bien rareté en matière de biens immatériels ; toutefois, dans le cas des œuvres reproductibles, celle-ci ne concernerait pas l'objet même de la création, l'œuvre, mais le temps, le talent et les énergies de l'auteur, toute œuvre supposant que ce dernier ait choisi de s'investir dans sa production plutôt que dans une autre activité⁷⁵⁹. Si cette rareté-là peut justifier un encouragement à la création en faveur des auteurs, elle n'enlève rien aux remarques qui viennent d'être faites à propos du caractère profondément inadéquat du terme « propriété » appliqué à des biens immatériels dans la mesure où elle ne concerne pas l'œuvre : la propriété prétend en effet permettre la meilleure gestion des biens rares échangés sur le marché et ne peut donc porter que sur l'œuvre. Contrairement au système des prix, elle s'avère inadéquate pour arbitrer l'allocation d'une ressource comme le temps. Quant au caractère incitatif des encouragements purement financiers en matière de création, nous verrons par la suite ce qu'il convient d'en penser⁷⁶⁰.

Mais l'attribution d'un statut particulier à la connaissance ne relève-t-il pas plutôt d'un préconçu fort intéressé ? Ronald Coase prétendit que c'est par pur esprit de caste que les intellectuels se montreraient « anti-économiques » et défendraient la thèse selon laquelle les idées, « produits » de l'activité qui leur est propre, ont une nature à part nécessitant un statut spécial : en plaidant en faveur de la « noblesse » des idées, les intellectuels attacheraient ainsi « une valeur de grandeur et de magnificence à leur fonction dans la société »⁷⁶¹. Que chacun pense son rôle social plus essentiel que celui de son voisin, et que les intellectuels ne soient pas exempts de cette tare, qui pourrait en douter ? Mais Ronald Coase se garde bien pour autant de montrer en quoi les idées ne sont pas assimilables à des biens communs et, partant, seraient des marchandises comme les autres. On n'ose objecter à cette thèse – somme toute peu sérieuse – que la distinction entre idées, qui doivent rester libres de toute appropriation exclusive, et leur expression matérielle, qui « seule, et uniquement en tant que telle, est l'objet de l'art », remonte à Johann Gottlieb Fichte⁷⁶² : c'est alors que les partisans de Ronald Coase ne manqueraient pas de nous faire remarquer que Fichte... est un intellectuel.

La difficulté d'appliquer la notion de propriété aux biens immatériels ne tient toutefois pas seulement à leur nature, mais ramène à l'ambiguïté fondamentale de la notion

⁷⁵⁸ Voir ci-dessus, chap. « Séparation entre pouvoir d'appropriation et pouvoir coercitif », pp. 171 ss.

⁷⁵⁹ Ejan MACKAAY, Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, op. cit., p. 267.

⁷⁶⁰ Voir ci-dessous, partie 06 (« Les motivations de la création »), pp. 529 ss.

⁷⁶¹ Saïd ROHAINE, *Un paradoxe : réticence au système des prix chez les économistes. Faits et explications*, thèse Paris-II, 1995, p. 243, cité par Philippe SIMONNOT, *L'Erreur économique*, op. cit., p. 20.

⁷⁶² Johann Gottlieb FICHTE, *Le Caractère de l'époque actuelle*, cours donnés à Berlin au cours de l'année 1804-1805, Librairie philosophique J. Vrin, Paris 1990 [1806], 4^{ème} leçon, p. 72.

même de propriété ; comprise très différemment par les Lumières et le capitalisme, cette dichotomie fondamentale est pourtant, de façon fort curieuse, rarement évoquée⁷⁶³, et lorsqu'elle l'est, les conclusions qui s'imposent concernant le fondement du droit d'auteur ne sont pas prises en compte. Denis Diderot voit dans la propriété privée le plus sûr bastion de chacun contre la tyrannie du politique, lui assurant la jouissance paisible des moyens matériels par lesquels sa liberté peut s'exercer concrètement au sein de la société :

« Les travaux préparatoires des législations post-révolutionnaires en France s'inscrivent dans un contexte où "la propriété, droit naturel, est considérée comme une garantie de la liberté". En effet, "d'une part, c'est par l'activité libre du travail que l'homme s'approprie des biens matériels, de l'autre, c'est la propriété acquise qui garantit l'indépendance du citoyen à l'égard de l'autorité publique". »⁷⁶⁴

La propriété apparaît ainsi comme la garantie de pouvoir développer l'espace concret d'exercice de sa liberté individuelle, là où le capitalisme n'y voit que le droit de chacun contre tous d'user d'un objet, et en fait l'instrument privilégié de la productivité et de l'accumulation. Exercée contre tous, la propriété des possédants ne peut alors qu'être imposée aux autres grâce à l'aide du pouvoir politique, là où les Lumières la pensent comme la liberté, à savoir comme un droit acquis dans son principe par la naissance et limité seulement par l'exercice de celui d'autrui.

Dans son article relatif au second cahier d'enjeux de la Fondation Internet Nouvelle Génération (FING), Hubert Guillaud se fait l'écho du scénario défendu par Bettina Laville, *Posséder c'est dépassé*. Bettina Laville voit dans notre notion de la propriété le symbole des contradictions de notre temps : alors que les crises économiques que nous traversons sont l'effet de la rapacité de certains, « beaucoup de personnes cherchent à construire une distance par rapport à la propriété au profit d'une économie d'usage »⁷⁶⁵. Bettina Laville rappelle que la notion d'usage n'est pas moderne, mais remonte à l'Antiquité, à travers la notion d'usufruit par laquelle les Romains distinguaient clairement l'usage de la propriété. Pour Bettina Laville, une économie d'usufruit, liée à l'usage des biens communs et axée sur l'intérêt général, reste à fonder. Mais nous devons pour cela dépasser la contradiction qu'elle décèle entre l'économie actuelle de la propriété, génératrice de crises, dont il faut sortir en nous libérant d'une emprise exclusive sur les biens matériels, et la constatation que « c'est par la propriété que nous exerçons notre liberté », à l'image des pays en voie de

⁷⁶³ C'est l'un des mérites d'Ellen Meiksins Wood que d'avoir montré la différence fondamentale séparant John Locke et les Lumières sur la question de la propriété, à travers la notion de pluralité de rationalités (Ellen MEIKSINS WOOD, *L'Origine du capitalisme*, op. cit., pp. 288-289).

⁷⁶⁴ Christophe GEIGER, *Copyright and Free Access to Information : for a Fair Balanced of Interests in a Globalised World*, dans *European Intellectual Property Review*, 2006, pp. 366-373, p. 24, cité par Pierre-Yves THOUMSIN, *Creative Commons – Le meilleur des deux mondes ?* [a], mai 2008, <http://www.droit-technologie.org/upload/dossier/doc/183-1.pdf>, p. 8.

⁷⁶⁵ Bettina Laville utilise de fait le terme de possession et non de propriété, opposant ainsi à tort la possession à l'usage ; le droit romain oppose au contraire la possession, qui relève du fait et qui permet l'usage, à la propriété, qui relève du droit.

développement affirmant lors de la conférence de Rio que chaque nation dispose de sa biodiversité⁷⁶⁶. Cette contradiction ne cache en réalité rien d'autre que l'opposition de la rationalité des Lumières et celle propre au capitalisme ; elle ne date pas d'hier. En revendiquant leur emprise sur leur propre biodiversité, les pays émergents le font par souci de conserver leur liberté d'action face aux pays industrialisés qui les pillent, si bien que ce faisant ils retrouvent le sens que les Lumières donnaient au concept de « propriété » : le gage matériel de l'exercice d'une liberté future. Ils développent ainsi une stratégie similaire à celle du monde des logiciels libres, en utilisant à des fins collectives l'exclusivité offerte par la propriété pour s'opposer à l'emprise propriétaire individuelle des entreprises. « L'interdiction d'interdire » de Richard Stallman transformée en « propriété contre la propriété » ne ressemble en rien à une apologie de la propriété capitaliste, mais plutôt à un pis-aller adopté au sein des contraintes imposées par le système dominant du moment.

La confusion régnant entre l'approche des Lumières et celle du capitalisme concernant la propriété est un effet de l'idéologie libérale, qui a constamment cherché à avancer sous le couvert de la seconde – beaucoup plus avouable – tout en œuvrant en application de la première. Ainsi l'entrepreneur schumpetérien n'est-il sans doute rien d'autre qu'une image d'Épinal masquant la réalité plus sordide à laquelle vise nécessairement toute entreprise capitaliste. Pour ne prendre qu'un exemple, les ingénieurs passionnés à l'origine de la société Apple ont eu tôt fait de concevoir un modèle économique comptant parmi les plus captifs du monde informatique, reposant sur une inquiétante et dangereuse exploitation des ouvriers fabriquant leurs produits. La fabrication en Chine des iPhones et iPad engendre, de l'aveu même de la firme de Cupertino, l'exploitation forcenée d'ouvriers – dont nombre d'enfants de moins de 16 ans, selon des cadences infernales de quelque 80 heures par semaine ayant entraîné une véritable vague de suicides depuis 2010, au milieu de produits d'une haute toxicité. On soupçonne même que cette dernière explique que 15% de la population résidant à proximité de l'usine de Tongxin (province de Jiangsu) d'un de ses prestataires soient atteints du cancer. Le résultat est là : « les coûts salariaux par iPhone représentent 0,7% du prix final en magasin »⁷⁶⁷, ce qui ôte toute crédibilité à l'entreprise lorsqu'elle prétend avoir récemment « découvert » cette horreur.

La nature immatérielle des biens protégés par le droit d'auteur nous invite donc, pour reprendre l'idée de Bettina Laville, à poser les fondements juridiques d'une *économie de l'usufruit*, étant entendu qu'elle ne pourra être pensée de manière cohérente qu'au prix d'une franche démarcation d'avec l'ensemble des fondamentaux du système capitaliste.

⁷⁶⁶ GUILLAUD Hubert, *Questions numériques 2012-2013, le temps des ruptures (1/2) : Secessions territoriales*, dans InternetActu.net, n°324 (2 mars 2012), <http://www.internetactu.net/2012/02/22/questions-numeriques-2012-2013-le-temps-des-ruptures-12-secessions-territoriales>, Le Temps des ruptures (1/2), chap. « Posséder c'est dépassé ».

⁷⁶⁷ David DENNERY (dir.), *Apple : la pomme est-elle pourrie ?* [a], dans Nexus, n°79 (mars-avril 2012), pp. 8-9.

➤ La protection des biens immatériels sous l'angle de la valeur

Quant à la rareté des œuvres, soit-disant nécessaire à leur valorisation, elle est voulue en raison de l'incapacité du capitalisme à concevoir une valeur à ce qui n'est pas susceptible d'appropriation. Ce principe rejoint celui exprimé par Rochelle Dreyfuss à propos de la propriété des créations, mais qui ne s'applique pas qu'à elle : la théorie « valeur implique droits »⁷⁶⁸. Le caractère productif de l'appropriation, qui voit la propriété investie en vue de profits et non à but ostentatoire, est un concept purement capitaliste⁷⁶⁹. C'est à n'en pas douter la même idéologie qui est à l'origine de l'idée qu'une augmentation de la *valeur* des connaissances et des profits qui peuvent en être retirés ne peut passer que par leur appropriation excluante.

Sous l'angle de la rareté, les œuvres numériques présentent deux caractéristiques en apparence contradictoires. D'un côté, le coût marginal infime de leur reproduction les rend pour ainsi dire reproductibles à l'infini sans perte de qualité par rapport à l'original et laisse penser qu'elles sont « inépuisables » ; ne parle-t-on pas à leur propos d'une « abondance numérique »⁷⁷⁰ ? On pourrait en conclure que par nature les biens immatériels enregistrés sur supports numériques ne peuvent faire l'objet d'une appropriation exclusive, contrairement aux biens fonciers qui avaient fait l'objet des premières enclosures. Las ! Il s'avère qu'au contraire ils sont dans les faits plus fragiles et peuvent faire l'objet de ce que James Boyle appelle les « nouvelles enclosures de l'esprit »⁷⁷¹ au moyen de tout procédé technique ou juridique restreignant l'accès à l'information et aux œuvres. L'illusion d'une parfaite continuité des biens immatériels repose principalement sur l'oubli du caractère nécessairement matériel de leurs supports ou des échanges numériques dont ils font l'objet.

Profitant de l'ambivalence des biens numériques sous l'angle de la rareté, les majorats brandissent le plus souvent l'aisance de leur duplication massive pour justifier des mesures de rétorsion disproportionnées qu'ils proposent à l'encontre des *passagers clandestins* – ou resquilleurs⁷⁷² – qu'ils affublent du nom de « pirates », passant sous silence les possibilités techniques que le numérique leur offre pour la contrecarrer et surveiller plus que jamais auparavant l'usage des œuvres.

⁷⁶⁸ Rochelle DREYFUSS, *Expressive genericity : Trademarks as Language in the Pepsi Generation*, dans Notre Dame Law Review, n°65 (1990), pp. 397 ss, cité par Lawrence LESSIG, *Culture libre*, op. cit., chap. « Piratage – Introduction », p. 13, note 17.

⁷⁶⁹ Ellen MEIKSINS WOOD, *L'Origine du capitalisme*, op. cit., pp. 179-180.

⁷⁷⁰ Hervé LE CROSNIER, *Une bonne nouvelle pour la théorie des Biens Communs*, 12.10.2009, <http://vecam.org/article1122.html>, p. 3.

⁷⁷¹ James BOYLE, *The second enclosure movement and the construction of the public domain*, dans Law and Contemporary Problems, vol. 66 :33 (hiver/printemps 2003), pp. 33-74 ; <http://www.law.duke.edu/pd/papers/boyle.pdf>.

⁷⁷² Voir ci-dessous, chap. « L'Économie du droit – Les principes », pp. 320 ss.

➤ La « société de la connaissance », extension infinie du capital ?

La protection des biens immatériels sous l'angle de la rareté nous permet d'aborder la question de la prétendue absence de limites du capital en raison de la valorisation des actifs immatériels. La transformation du savoir en « source de richesse » aurait entraîné un changement du capital lui-même : de quantitativement fini, nous serions passés à un capital « infini et non exclusif », alors que dans le même temps s'opérait une virtualisation progressive de la possession, passant de la maîtrise immédiate de la richesse (terre, richesses minières, moyens de production industriels) à la détention de symboles (actions, obligations) figurant des parts de structures matérielles de production, puis à celle de symboles (actions, obligations) représentant à leur tour des symboles (organisation et réseau de l'entreprise, idées de ses collaborateurs), enfin réduits quant au support à de simples signaux électroniques simulant des titres papier⁷⁷³. Le capital serait donc potentiellement infini, ce qui assurerait sa pérennité :

« à l'inverse des thèses de certains écologistes, le raisonnement économique considère que le capital qu'il faut laisser derrière soi [pour le préserver en faveur des générations futures] peut prendre différentes formes, et que le capital humain peut se substituer au capital naturel et permettre soit d'économiser les ressources naturelles, soit d'inventer de nouvelles techniques d'exploitation des ressources déjà découvertes, soit d'inventer de nouveaux usages qui donnent de la valeur à des ressources naturelles qui jusqu'alors n'en avaient pas »⁷⁷⁴.

Hélas pour l'économie capitaliste, de tels raisonnements s'inscrivent en plein dans l'illusion technique que Jacques Neirynck dénonce en détail et de manière parfaitement convaincante⁷⁷⁵. Qu'on ne s'y trompe pas : le capital ne peut échapper aux lois de l'entropie, si bien que l'extension infinie du capital ne peut que relever du domaine du rêve. Le « capital humain » ne peut pas remplacer les ressources naturelles, mais au mieux en ralentir l'exploitation, et pour autant qu'il s'exerce dans un système qui ne soit pas contraint à pousser à la consommation, ce qui n'est assurément pas le cas du capitalisme, lequel a entraîné depuis vingt ans une explosion de la consommation mondiale d'énergie.

De plus, le fait de proclamer l'extension indéfinie du capital par la propriété intellectuelle repose sur une contradiction fondamentale : celle qui consiste à penser que la propriété intellectuelle est une vraie propriété, autrement dit qu'elle obéit aux mêmes lois que la propriété mobilière et foncière. Soit en effet la propriété intellectuelle est une vraie propriété et porte sur des biens rares par nature, auquel cas on voit mal par quelle magie le capital, ensemble de biens finis s'inscrivant dans un monde fini, pourrait s'étendre indéfiniment ; soit les biens immatériels sont bien infinis par nature, mais alors ne sont pas susceptibles d'appropriation, et échappent donc au capital. C'est précisément en raison de leurs caractéristiques tout à fait particulières qui les rendent impropres – c'est le moins qu'on puisse dire – à l'appropriation exclusive que les productions intellectuelles peuvent prétendre échapper aux limites du monde

⁷⁷³ Alvin et Heidi TOFFLER, *Les Nouveaux Pouvoirs*, op. cit., pp. 84-85.

⁷⁷⁴ Cédric DURAND, *Le Capitalisme est-il indépassable ?*, op. cit., p. 129.

⁷⁷⁵ Jacques NEIRYNCK, *La grande illusion de la technique*, op. cit.

matériel, et donc ouvrir sur une *accumulation illimitée*. Or le capital ne peut inclure que des éléments *limités* – dans le sens à la fois de *rares* et de *délimités* – autrement dit dont la nature permet la *maîtrise*.

Influence en retour de la culture sur l'économie

Les influences que le modèle économique des majorats a fait subir à la culture rencontrent les influences inverses que la culture exerce sur l'économie, et qui font d'elle un marché stratégique.

❑ *L'économie de la connaissance et la mondialisation*

La première influence exercée par la culture sur l'économie tient à sa contribution à la mondialisation, permettant la gestion d'entreprises à l'échelle mondiale :

« l'économie de la connaissance est directement responsable de la mondialisation : le développement des TIC a permis les comparaisons instantanées sur toute la planète de masses de données, et l'accélération des échanges intellectuels, financiers, commerciaux, à une échelle jamais connue auparavant. »⁷⁷⁶

Cette influence de la culture au sens large est considérable. Il est toutefois une autre forme de mondialisation, reposant sur la première, certes moins connue, mais fort efficace, qui relève cette fois-ci de la culture entendue dans un sens plus étroit.

❑ *Le marché culturel comme point d'entrée sur d'autres marchés*

Nous avons vu que les industries de la culture, dans leur effort pour rentabiliser les coûts de production de leurs produits, ont à la fois assimilé la culture aux loisirs et l'ont éloignée de toute référence culturelle spécifique. Les majorats réussirent ainsi dans leur effort de standardisation là où les publicitaires avaient échoué. Il y a presque trente ans, ces derniers étaient obligés de moduler leur message d'un pays à l'autre pour tenir compte des différences culturelles. De cuisants échecs de communication internationales, qui avaient dans les années 1980 tenté d'imposer aux européens des messages publicitaires destinés aux États-Unis, ont été à l'origine de ce constat. Depuis, une telle modulation n'est plus nécessaire. Le monde de la publicité le doit semble-t-il à l'évolution des modes de vie et à la standardisation des références introduites par l'industrie du loisir. L'approche ludique de ses « produits culturels » y fut sans doute pour beaucoup. On s'aperçut alors de l'immense potentiel de cette industrie, qui s'était non seulement taillée un marché spécifique de dimension mondiale, mais s'avérait capable de capter l'attention de millions de personnes au profit des publicités qui scandaient ses œuvres, voire de manière directe, l'œuvre devenant elle-même une forme de publicité en faveur d'un produit.

⁷⁷⁶ Grégoire POSTEL-VINAY, *Conférence sur la mondialisation et l'économie de la connaissance*, 09.10.2006, http://postel-vinay.net/osi/061008mondialisation_et_OCDE_oct2006.doc

La déclaration tonitruante que fit en 2004 Patrick Le Lay, alors président-directeur général de la chaîne de télévision française nationale TF1, à propos du « temps de cerveau disponible » est à ce titre éloquente :

« Il y a beaucoup de façons de parler de la télévision. Mais dans une perspective "business", soyons réalistes : à la base, le métier de TF1, c'est d'aider Coca-Cola, par exemple, à vendre son produit. [...] Or pour qu'un message publicitaire soit perçu, il faut que le cerveau du téléspectateur soit disponible. Nos émissions ont pour vocation de le rendre disponible : c'est-à-dire de le divertir, de le détendre pour le préparer entre deux messages. Ce que nous vendons à Coca-Cola, c'est du temps de cerveau humain disponible. »⁷⁷⁷

Pour les chaînes de télévision, les films apparaîtraient ainsi comme des prétextes, non seulement pour soutenir l'attention des téléspectateurs entre deux publicités rémunératrices, mais pour préparer leur esprit à la réception du message publicitaire. La télévision, qui, la première, a rendu ce type de manipulation possible, a été depuis imitée par la plupart des industries du loisir, notamment celle du cinéma et de la musique, mais aussi celle du livre :

« le cinéma est un mode chaque jour plus efficace de diffusion de l'idéologie de la consommation. La machine internationale de persuasion commerciale est plus puissante que tout ce qu'on aurait pu imaginer il y a quelques années.

La bataille se déroule également sur le terrain du livre, qui devient peu à peu un simple appendice de l'empire des médias, offrant du divertissement léger, de vieilles idées, et l'assurance que tout est pour le mieux dans le meilleur des mondes. Pourquoi diable ceux qui possèdent des machines si profitables dans le cinéma et la télévision accepteraient-ils de faire, à moindre bénéfice, des livres susceptibles de faire réfléchir, de faire surgir des difficultés ? Pourquoi même permettraient-ils à de tels livres d'exister ? »⁷⁷⁸

De manière plus directe, c'est-à-dire sans passer par le canal de la publicité, l'industrie du loisir peut également modifier les comportements, les modes de vie et les valeurs de référence du public qu'elle touche. La culture se révèle de la sorte une clef capable d'influencer la plupart des marchés en créant directement au sein du public de nouvelles envies, de nouveaux intérêts, voire de nouvelles perceptions d'une question sociocritique par imitation des comportements et des valeurs adoptés par les personnages de fiction proposés. La Commission européenne relève ce qui suit à propos des industries audiovisuelles :

« Les médias du secteur audiovisuel assurent [...] une mission fondamentale pour le développement et la transmission des valeurs sociales : non seulement parce qu'ils influencent largement sur les faits et les images du monde qui nous sont présentés, mais parce qu'ils fournissent les concepts et les catégorisations – politiques, sociales, ethniques, géographiques, psychologiques, etc. – que nous utilisons pour décrypter ces faits et ces images. Ils contribuent donc à définir non seulement *ce que nous voyons*, mais aussi *notre manière de les voir*. Par conséquent, l'industrie audiovisuelle est une industrie à part, qui fait plus que produire des marchandises à vendre équivalentes à toutes les autres. C'est en réalité une industrie culturelle *par excellence*. Elle influe considérablement sur les connaissances, les convictions et les sentiments

⁷⁷⁷ EIM (SOCIETE DE CONSEIL), *Les Dirigeants français et le changement*, rapport mai 2004, Le Huitième Jour, Paris 2004.

⁷⁷⁸ André SCHIFFRIN, *L'Édition sans éditeurs*, La Fabrique, Paris 1999, p. 93.

des citoyens et joue un rôle crucial en faisant connaître, en développant et même en façonnant les identités culturelles. Cette constatation vaut surtout pour les enfants. »⁷⁷⁹

L'industrie du loisir permet enfin, de façon plus directe encore, de susciter des ventes de *produits dérivés* permettant au spectateur d'évoquer le film qu'il vient de voir dans sa vie quotidienne. Les produits dérivés rapporteraient de fait davantage que le film lui-même. L'exemple le plus poussé est celui de « Jurassic Park » de Stephen Spielberg, où le réalisateur pousse le mercantilisme jusqu'à intégrer assez adroitement dans le scénario de son film, dans la scène se déroulant dans le magasin du parc d'attraction, la présentation en premier plan des produits dérivés qu'il entendait mettre ensuite sur le marché... Le dessin animé de Disney, *Le Roi Lion*, a engendré un bénéfice de plus d'un milliard de dollars en 1994, qui provenait en grande partie de la vente des 186 produits dérivés du film ; de son côté, la série de dessins animés *Beavis et Butthead*, qui a coûté à la production un million de dollars, en a rapporté 70 fois plus, là aussi essentiellement grâce aux produits dérivés. En 1997, Disney aurait vendu pour 45 milliards de dollars de ces produits, soit deux fois plus que Toys' R' Us, la plus grande chaîne américaine de jouets⁷⁸⁰.

Bernard Stigler établit de manière particulièrement claire le lien entre culture et valeur économique actuelle :

« La guerre économique se mène aujourd'hui dans le champ culturel. C'est en effet par la culture que l'on fabrique les comportements de consommation. Or l'état de l'économie est d'abord fonction de l'état de la consommation, bien plus que celui de la production. Les entreprises font leurs plus grands profits sur l'accroissement de la vente de leurs produits actuels plutôt que sur la réalisation de biens nouveaux. Enfermer les gens dans un modèle culturel qui promeut la consommation représente donc pour elles un enjeu majeur. »⁷⁸¹

□ *L'influence des majorats sur le droit d'auteur*

Une des influences majeures de la « culture » sur l'économie tient au rôle prédominant joué par l'industrie des loisirs sur l'évolution récente du *copyright* et du droit d'auteur. Les majorats, associés aux éditeurs de logiciels, constituent les groupes de pression les plus puissants en action dans ce domaine législatif, et les moyens financiers qu'ils ont engagé dans ce rapport de force avec la société civile leur ont donné sans conteste l'avantage jusqu'ici, avec l'adoption de conventions internationales et de lois d'application nationales faisant la part belle à leurs intérêts économiques privés, aux dépens de tous les autres acteurs, dans une proportion qui nous mène à coup sûr vers une impasse sociale et à sa résolution par des positions extrêmes. On retiendra par

⁷⁷⁹ COMMISSION EUROPEENNE, *Principes et lignes directrices de la politique audiovisuelle de la Communauté à l'ère numérique*, Communication au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des religions, 14.12.1999, Bruxelles, COM (1999) 657 ; <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1999:0657:FIN:FR:PDF>, p. 8

⁷⁸⁰ Robert W. MACCHESNEY, *Rich Media, Poor Democracy*, University of Illinois Press, Champaign (Illinois) 1999, cité par André SCHIFFRIN, *Le Contrôle de la parole – L'édition sans éditeurs, suite*, La Fabrique, Paris 2005, p. 57.

⁷⁸¹ Jean-Paul BAQUIAST, *Entretien avec Bernard Stiegler*, 31.01.2004, <http://www.automatesintelligents.com/interviews/2005/jan/stiegler.html>, pp. 1-2.

exemple qu'en 2004, Jean-René Fourtou, alors Président de l'International Chamber of Commerce (ICC) et PDG du groupe Vivendi-Universal en remplacement de Jean-Marie Messier⁷⁸², fut l'initiateur du *Business Action to Stop Counterfeiting And Piracy* (BASCAP), un groupe de pression de dimension mondiale. Jean-René Fourtou aurait dans ce cadre invité les membres de l'ICC dans 80 pays à « réclamer par tous les moyens des législations plus dures contre la contrefaçon et le "piratage", que ce soit au niveau national ou à celui des traités ». Cette initiative a abouti aux négociations entourant l'accord commercial ACTA⁷⁸³, un projet d'accord passé entre la Communauté européenne et dix autres pays dont la Suisse, dont le dispositif va encore plus loin que les lois américaines SOPA et PIPA dans la négation des libertés individuelles par la surveillance des transactions sur l'Internet⁷⁸⁴. Fort heureusement, les accords ACTA, dévoilés à temps à la société civile alors qu'ils avaient été négociés dans le plus grand secret, ont suscité un sursaut démocratique de la part des électeurs, qui a visiblement été pour beaucoup dans son rejet le 4 juillet 2012 par le Parlement européen⁷⁸⁵. Ce n'est, il faut le craindre, que partie remise.

La société civile, qui décille peu à peu les yeux quant à l'importance de la corruption institutionnelle du monde politique sous les coups de butoir des groupes de pression (« lobbies »), commence à s'organiser. Et la lutte contre le « piratage », malgré les contraintes législatives hors de toute proportion quant aux peines encourues, ne produit pas les effets escomptés, malgré les rodomontades de circonstance. En outre, il n'est pas possible aux majorats de gagner en se battant comme ils le font contre leurs propres clients. Leur modèle économique, inadapté à la société contemporaine, s'effondre sous nos yeux.

Mais avant d'étudier l'analyse de ce marché qu'en fait l'économie du droit, l'étude d'un système alternatif qui a fait ses preuves, le monde des logiciels libres, peut se révéler instructif.

□ *Les logiciels libres et l'économie du partage*

La communauté du logiciel libre constitue un autre exemple, fort différent, de l'influence de la culture sur les modèles économiques. Elle s'est construite en réaction à la privatisation des codes logiciels par les fabricants de matériel informatique le jour où ils se sont aperçus de leur importance stratégique.

⁷⁸² Le groupe Vivendi-Universal, rebaptisé depuis Vivendi, est une multinationale spécialisée dans la communication et le divertissement et dont le siège se trouve en France ; il compte le groupe Canal+, SFR, Universal Music Group et Vivendi Universal Games parmi ses filiales (Vivendi Universal Publishing fut vendu en 2003 au groupe Lagardère) et figure parmi les principaux « fournisseurs de contenu » en Europe.

⁷⁸³ Philippe AIGRAIN, *Préparation de la décision politique* [a], op. cit.

⁷⁸⁴ Voir ci-dessous, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), chap. « Effets réels de la contrefaçon privée », p. 311.

⁷⁸⁵ ACTA rejeté par le parlement Européen [a], 04.07.2012, <http://www.journaldugeek.com/2012/07/04/acta-rejete-par-le-parlement-europeen>.

➤ « Code source » et « code objet »

Avant toutefois de poursuivre plus loin, une explication d'ordre technique s'impose. La plupart des applications actuelles sont écrites dans des langages dits « compilés », comme le C++ ou le Java, qui s'opposent aux langages « interprétés », comme le Basic. Un logiciel écrit en langage « compilé » est rédigé dans un premier temps sous forme de « code source », par le programmeur, avant que ce dernier n'ordonne à un programme, le compilateur, de transformer ce « code source » en « code objet ». Le « code objet », appelé encore « code exécutable » ou « code machine », est un code binaire (autrement dit uniquement constitué de 0 et de 1) et de premier niveau, ce qui revient à dire qu'il est immédiatement compréhensible par la machine mais non par l'être humain. Le passage inverse, du code machine au code source, se fait par une technique appelée *décryptage* en Suisse, *décompilation* (« reverse engineering ») dans l'Union Européenne. Cette opération, peu courante, est – sauf exceptions⁷⁸⁶ – illicite et génère une perte d'information, sous forme notamment d'une perte partielle de la structure du code source. Code source et code objet forment deux fichiers ou groupes de fichiers séparés, si bien qu'une application peut être distribuée sans les fichiers constituant le code source, et donc sous une forme totalement opaque pour l'être humain. Précisons encore qu'un code objet ne peut être modifié qu'à travers son code source, modification nécessitant une nouvelle compilation, et nous serons armés pour comprendre les enjeux essentiels des logiciels libres.

➤ Les origines des logiciels libres

Jusqu'au milieu des années 1970, les fabricants de systèmes informatiques ont développé les codes nécessaires à les faire fonctionner sans toutefois leur accorder de valeur intrinsèque. Considérant les logiciels comme indissociables de leurs machines, ils ont laissé les codes source accessibles aux utilisateurs. Les communautés d'utilisateurs ont pu de la sorte prendre en charge la gestion de leurs corrections et de leurs améliorations grâce au développement collaboratif en réseau, un système d'organisation révolutionnaire pour l'époque. Ces communautés ne prirent cependant pas garde au fait qu'elles travaillaient sur des codes dont elles n'étaient pas les propriétaires légitimes. En effet, en droit américain comme en droit français, seuls ceux qui ont l'initiative de la création de l'œuvre et y ont contribué de concert avant sa première divulgation sont considérés comme coauteurs ; les contributions libres n'ayant modifié le code qu'après sa mise à disposition, les droits y associés revenaient à l'auteur initial, par mélange. Lorsque les architectures logiques ont pris le pas sur les architectures matérielles, les fabricants informatiques se sont rendu compte de la valeur de leurs logiciels et de l'importance stratégique grandissante qu'ils revêtaient ; ils se les sont réappropriés, supprimant brutalement l'accès de leur code source aux utilisateurs⁷⁸⁷. Tel fut notamment le cas d'AT&T pour UNIX⁷⁸⁸, de Digital

⁷⁸⁶ Voir notamment, en droit suisse, art. 21 LDA.

⁷⁸⁷ Jean-Benoît ZIMMERMANN, *Logiciel et propriété intellectuelle : du Copyright au Copyleft* [a], 01.09.1999, dans Terminal 80-81, Automne-Hiver 1999, L'Harmattan : Dominique DESBOIS, Nicolas JULLIEN, Thierry PENARD et al., *Logiciels libres : de l'utopie au marché*, pp.149-166 ; <http://www.vcharite.univ->

Equipements pour le système d'exploitation du PDP-10 qu'utilisait alors Richard Stallman en tant que programmeur système du laboratoire d'intelligence artificielle du MIT, et de Xerox pour le pilote de l'une des premières imprimantes laser qu'utilisait le MIT⁷⁸⁹.

La suppression de l'accès au code source, jointe à la protection juridique du droit d'auteur sur les programmes informatiques, rendit subitement opaque le fonctionnement des machines et empêcha les utilisateurs de les modifier pour les adapter à leurs besoins. Les contributeurs se sentirent floués. Ils avaient été dépouillés de leur travail, parfois beaucoup plus conséquent que celui des auteurs initiaux. Certains d'entre eux décidèrent de reprogrammer eux-mêmes toutes les applications qu'ils avaient l'habitude d'utiliser afin de conserver la maîtrise sur leurs codes et rester ainsi les véritables propriétaires de leurs ordinateurs. Ce fut ainsi que Richard Stallman initia en 1983 le programme de développement d'un système d'exploitation libre, baptisé GNU, pour GNU's Not Unix⁷⁹⁰. GNU se réfère au gnou, ce mammifère ongulé d'Afrique du Sud ressemblant à l'antilope, mais aussi à la nouveauté de l'approche adoptée par les logiciels libres, puisqu'en anglais « Gnu » se prononce comme « new », nouveau.

Richard Stallman ne s'arrêta pas là. Il avait appris sa leçon : si lui et ses pairs voulaient utiliser à l'avenir des logiciels dont ils pourraient conserver la maîtrise, il leur faudrait prévoir un système qui rendrait impossible toute réappropriation des codes sur le plan juridique. Il veilla avec Eben Moglen, l'avocat de la Free Software Foundation (FSF), à les protéger par un contrat de licence très particulier et particulièrement inventif, la licence libre. Cette dernière entendait réorienter le *copyright* et utilisait les privilèges accordés à l'auteur pour à la fois autoriser les tiers à utiliser, étudier, modifier et distribuer ses logiciels, mais à la condition formelle de ne jamais interdire aux autres d'en faire autant par la suite. Le droit d'auteur, par sa logique d'interdits, lui permettait en quelque sorte d'« *interdire d'interdire* ». C'est ainsi que les premières licences libres apparurent, en particulier la plus radicale d'entre elles, la GNU Public Licence, plus connue sous son acronyme GPL.

➤ **La notion de logiciel libre**

De manière générale, les contrats de licence gèrent les droits d'utilisation, de copie, de distribution et de modification sur le logiciel qui leur est soumis. Ce qui distingue les

mrs.fr/GREQAM/pdf/working_papers/1999/99b07.pdf ; voir aussi Bruce PERENS, *La définition de l'Open Source v. 1.0*, http://www.linux-France.org/article/these/the_osd/fr-the_open_source_definition_monoblock.html, p. 2.

⁷⁸⁸ Philippe LAURENT, *Logiciels libres : le droit d'auteur contre le droit d'auteur* [r], 2002-2003, Mémoire de D.E.A. en droit intellectuel, Namur (Belgique), http://www.droit-technologie.org/dossiers/logiciels_libres_ph_laurent.pdf, p. 8.

⁷⁸⁹ Richard M. STALLMAN, *Logiciel libre : liberté et coopération*, 29.05.2001, transcription d'une conférence donnée à l'Université de New-York, <ftp://ftp.heanet.ie/disk1/www.gnu.org/events/rms-nyu-2001-transcript.fr.html>.

⁷⁹⁰ Ce système d'exploitation deviendra dès 1991 le système GNU/LINUX.

licences libres des licences privatives, c'est le contenu des droits et obligations conditionnant la mise à disposition de l'œuvre.

Pour la FSF, un logiciel ne peut être considéré comme « libre » que s'il garantit à l'ensemble de ses utilisateurs quatre libertés jugées fondamentales⁷⁹¹ :

- **Liberté d'exécuter** le programme, pour tous les usages ;
- **Liberté d'étudier** le fonctionnement du programme. Cette liberté implique que le code source soit ouvert, autrement dit accessible ; elle permet à l'utilisateur d'étudier le contenu du code afin de vérifier qu'il ne contient pas de failles sécuritaires (buts de sécurité et de protection de la confidentialité des données) et d'analyser sa structure en vue de pouvoir l'améliorer ou de parfaire sa formation personnelle (but didactique) ;
- **Liberté de modifier** le programme, en vue de le corriger, de l'adapter à ses propres besoins ou de l'améliorer. Cette liberté suppose elle aussi que le code source soit ouvert. Dans la mesure où le premier auteur n'assure en règle générale aucune centralisation des contributions ni n'en vérifie la cohérence, cette liberté peut aboutir à la création de branches de développement divergentes (« fork » en anglais), notamment lorsque la communauté des développeurs ne parvient pas à s'entendre sur la direction à donner aux évolutions ;
- **Liberté de redistribuer** des copies du logiciel initial ou modifié ; cette liberté inclut la liberté de vendre lesdites copies, ou au contraire de les diffuser gratuitement, sans avoir à payer des redevances à un tiers pour cela.

Selon la FSF, ces quatre libertés offertes par les licences libres doivent être *irrévocables* et profiter aux utilisateurs sans qu'ils aient à obtenir la moindre autorisation supplémentaire d'un tiers pour pouvoir les exercer. Elles s'accompagnent en outre de devoirs visant à préserver le caractère libre du programme : ainsi la liberté de distribuer et de modifier le code se double-elle de l'obligation de redistribuer le logiciel – transformé ou non – sous le même régime juridique que le programme initial afin d'interdire sa réappropriation ultérieure dans une perspective privative⁷⁹². En imposant la distribution des codes source avec leur version exécutable, les licences de logiciel à code ouvert accordent implicitement au code source le statut d'accessoire du logiciel ; elles défendent « une définition élargie de la chose »⁷⁹³. Cette contrainte fonde l'aspect le plus typique et le plus radical de la licence GNU/GPL, le « copyleft ». Prétendre comme d'aucuns l'ont fait que le « copyleft » limite les quatre libertés

⁷⁹¹ FREE SOFTWARE FOUNDATION, *Qu'est-ce qu'un « logiciel libre » ?*, <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.fr.html>.

⁷⁹² Cyril ROJINSKY, Vincent GRYNBAUM, *Les licences libres et le droit français*, dans *Propriétés Intellectuelles* n°4 (juillet 2002), pp. 29 ss ; cette contrainte correspond à la condition « share alike » (partage à l'identique) dans la terminologie propre aux licences Creative Commons.

⁷⁹³ Jean-Baptiste SOUFRON, *La Licence Publique Générale : un système original de protection juridique pour les créations issues de systèmes de développement coopératifs* [r] (ci-après : *La Licence Publique Générale*), 04.02.2002, DESS Multimédia et Systèmes d'Information, Université Strasbourg III, <http://soufron.free.fr/files/gpl.pdf>, chapitre 2.2.1.1.

fondamentales – ou encore le principe de non-discrimination des usages – relève de l'incompréhension manifeste de sa finalité, puisqu'il est au contraire le nécessaire garant de leur pérennité⁷⁹⁴.

➤ **La liberté technique passe par l'éthique**

Richard Stallman était aussi habité par un idéal d'aide et de partage. Il était soucieux d'assurer la transparence des codes à des fins pédagogiques : on n'imagine pas un futur mécanicien apprendre son métier autrement qu'en ouvrant des capots pour observer la structure et le fonctionnement des moteurs. Accéder au code source, c'est pour un apprenti informaticien accéder au savoir-faire des meilleures « pointures » de sa future profession, c'est aussi se frotter aux différents « styles » d'écriture, de conception et de structuration du code de ses aînés. On retrouve là l'approche des peintres apprenant leur métier par imitation / assimilation / appropriation, autrement dit par la libre copie des Maîtres, afin, précisément, de développer peu à peu leur propre style au cours de cet apprentissage.

Le combat de Richard Stallman s'est tout de suite et résolument orienté dans une perspective éthique, et il ne s'en cache pas. Ainsi, les quatre libertés dont il vient d'être question défendent une idée de la liberté qui se décline en trois degrés⁷⁹⁵ qui visent à promouvoir « la solidarité sociale, que sont le partage et la coopération »⁷⁹⁶ :

- Le premier degré de liberté consiste à pouvoir modifier un logiciel pour ses besoins propres, autrement dit à pouvoir s'aider soi-même et à ne pas être tributaire du bon vouloir d'autrui ;
- Le deuxième revient à pouvoir aider les autres, dans le cadre de rapports interpersonnels. C'est la liberté du partage, la possibilité offerte de donner à ses amis le programme que l'on utilise soi-même et dont on sait qu'il pourrait résoudre leur problème technique ; à ce titre, Richard Stallman perçoit les conventions de confidentialité (« non-disclosure agreements », ou « NDA ») imposées par les éditeurs logiciels aux intervenants comme autant d'engagements de ne pas aider les autres ;
- Le troisième a une orientation collective. C'est la liberté de contribuer à bâtir la communauté en ajoutant des fonctions utiles à un logiciel ; elle présente des similitudes avec la coopération scientifique.

La licence libre vise avant tout à donner à chacun d'entre nous les moyens d'accéder collectivement à une certaine liberté technique, autrement dit de rester les véritables propriétaires de nos ordinateurs et de demeurer maîtres de l'activité électronique là où les éditeurs, pour reprendre les termes de Richard Stallman, veulent faire de nous des

⁷⁹⁴ Voir notamment : LINSOLAS Julien, *Le statut juridique du logiciel libre* [a], 18.02.2003, <http://www.droit-ntic.com>.

⁷⁹⁵ Richard M. STALLMAN, *Logiciel libre : liberté et coopération*, op. cit.

⁷⁹⁶ Richard M. STALLMAN, *Pourquoi l'« open source » passe à côté du problème que soulève le logiciel libre*, <http://www.gnu.org/philosophy/open-source-misses-the-point.fr.html>.

« assistés ». Elle offre la meilleure manière de nous opposer aux manipulations des éditeurs, en particulier à l'obsolescence programmée⁷⁹⁷ et préserve notre sphère privée des parties de programmes qui font remonter chez les éditeurs, soi-disant pour la « sécurité » de l'utilisateur mais néanmoins à son insu, des informations sur sa machine et le contenu de celle-ci. Ces informations leur servent souvent à adopter d'inacceptables politiques de protection de leurs droits d'auteur qui vont très au-delà de ce que l'acheteur peut imaginer en acceptant les conditions générales qui lui sont soumises – lorsqu'il a la patience de les lire. Plusieurs scandales concernant les pratiques condamnables de grands éditeurs logiciels ou de propriétaires de « plateformes sociales » comme Facebook ont ainsi secoué le monde virtuel, notamment à propos de « l'informatique de confiance » chère à Microsoft, qui constituent autant de manipulations et de violations manifestes de la sphère privée. Je citerai trois exemples parmi d'autres concernant Microsoft : Wendy Goldman Rohm nous rapporte que l'éditeur aurait inséré dans son célèbre interface graphique⁷⁹⁸ des bouts de programme destinés à envoyer des messages d'incompatibilité en cas de détection sur la machine de l'utilisateur de produits rivaux tentant de fonctionner sur Windows 3.1. Ces messages auraient été suivis de quelques « petites pannes internes » programmées de toutes pièces⁷⁹⁹ ! Le but poursuivi par cette opération est résumé par Brad Silverberg, vice président de la firme de Redmond et confident de Bill Gates, quant au comportement attendu de l'utilisateur « lambda » :

« Il faut que le type se sente mal à l'aise et que, quand il tombe sur un bug, il pense que le problème vient de DR-DOS⁸⁰⁰ et qu'il aille alors acheter MS-DOS ou décide de ne plus prendre de risque pour les autres machines qu'il doit acheter pour le bureau »⁸⁰¹.

Microsoft savait semble-t-il que ses pratiques étaient condamnables, et n'entendait pas s'en vanter : « moins de gens seront exactement au courant de ce qu'on fait, mieux cela vaudra », aurait fait remarquer Aaron R., l'un des principaux programmeurs de Microsoft. Dans le même ordre d'idée, les logiciels Microsoft tels que le traitement de texte Word insèrent d'office dans chacun des fichiers qu'ils génèrent d'autres informations, toujours à l'insu de l'utilisateur : le numéro de la licence, et probablement aussi un identifiant de la machine sur laquelle le fichier a été généré. Ces informations, certes codées mais selon un algorithme si répandu qu'il serait vain de prétendre qu'il n'a pas été percé, sont ainsi transmises à tous les tiers auxquels l'utilisateur, dans son innocence, croit ne transmettre que sa propre production (texte, son, images...). Ces informations, qui permettent de l'identifier et d'établir un lien avec un contenu, sont également des données à caractère personnel, ce qui rend l'éditeur très probablement coupable de violation de la loi suisse sur le traitement des données à

⁷⁹⁷ Voir ci-dessus, note 685.

⁷⁹⁸ Windows, dans sa version 3.1, n'intégrait pas encore le système d'exploitation MS-DOS.

⁷⁹⁹ Wendy GOLDMAN ROHM, *L'affaire Microsoft – Les charges secrètes contre Bill Gates*, First, Paris 1998, p. 108 ; pp. 125-126

⁸⁰⁰ DR-DOS était à l'époque le système d'exploitation concurrent de celui de Microsoft, MS-DOS.

⁸⁰¹ Wendy GOLDMAN ROHM, *L'affaire Microsoft*, op. cit., pp. 108-109.

caractère personnel (LPD). Voilà ce que Microsoft appelle « l'informatique de confiance » : ignorant superbement, en matière pénale, la présomption d'innocence et, en matière civile, les règles sur le fardeau de la preuve, l'éditeur estime que l'utilisateur ne peut que se féliciter d'un tel système, puisqu'il lui permet de s'*innocenter* s'il a scrupuleusement appliqué les injonctions imposées par sa licence d'utilisateur final (CLUF). Cela se passe de tout commentaire. Il y a plus inquiétant toutefois : le contrôle sur la machine de l'utilisateur mis en place de manière plus systémique par « l'informatique de confiance » et par les mesures techniques de protection (MTP), plus connues sous leur acronyme anglais de DRM (gestion numérique des droits, en anglais « *Digital Rights Management* »)⁸⁰², et que Richard Stallman combat avec vigueur⁸⁰³.

➤ **Rectification de quelques erreurs sur les logiciels libres**

Nous pouvons d'ores et déjà relever plusieurs points qui renversent autant de « mythes » entachant encore nombre d'articles consacrés aux logiciels libres :

- Dans « logiciel libre », « libre » n'est pas synonyme de domaine public ou de « libre de droits »⁸⁰⁴. En outre, un logiciel du domaine public dont le code source n'est pas accessible n'est pas libre. Or tel est le cas de la plupart des logiciels du domaine public, pour lesquels seul le code exécutable est disponible⁸⁰⁵. Un logiciel libre n'est pas un logiciel dont l'utilisation est exempte de tout devoir. Bien au contraire, il est protégé par le droit d'auteur de l'utilisation induue des tiers. Pour être exact, il n'est pas nécessaire d'accepter les termes d'une licence libre pour pouvoir *utiliser*, *étudier* ou *modifier* un logiciel libre – leur usage au sens large n'est grevé d'aucune obligation particulière –, mais tel est le cas pour pouvoir le *distribuer*. Il n'est dès lors pas exagéré d'affirmer que « loin de s'opposer au droit d'auteur, le modèle libre s'appuie sur lui »⁸⁰⁶ ; la licence libre a pour but de défendre en les organisant les libertés concédées.
- Les termes « libre » et « ouvert » ne sont pas synonymes. La confusion entre « libre » et « ouvert », ou entre le mouvement des « logiciels libres » et celui de l'« Open source » est pourtant fréquente, voire volontairement entretenue par certains partisans de l'« Open source », et il n'est pas jusqu'à la définition de l'expression « logiciel libre » donnée en 2000 par le CIGREF qui ne prête à

⁸⁰² Pour une description concrète des possibilités de contrôle sur la machine de l'utilisateur par « l'informatique de confiance » et sur l'accès aux œuvres par les MTP, voir ci-dessous, chap. « Les mesures techniques de protection (MTP) », pp. 450 ss.

⁸⁰³ Richard M. STALLMAN, *Pouvez-vous faire confiance à votre ordinateur ?* [a], 2002, <http://www.gnu.org/philosophy/can-you-trust.fr.html>.

⁸⁰⁴ L'expression « libre de droits » est quoi qu'il en soit malencontreuse : elle signifie en fait « libre de droits patrimoniaux », les droits moraux de l'auteur étant strictement incessibles.

⁸⁰⁵ APRIL, *Le Logiciel libre*, <http://www.framasoft.net/article4127.html>.

⁸⁰⁶ Cyril ROJINSKY, Vincent GRYNBAUM, *Les licences libres et le droit français*, op. cit., introduction.

redire⁸⁰⁷. Le souci de l'« Open source » ne porte pas sur la liberté des utilisateurs et de la collectivité, mais, de manière purement fonctionnelle, sur la communication des codes sources.

- Un logiciel libre peut fort bien être payant : le terme « libre » n'est donc pas synonyme de « gratuit », tout comme une licence privative n'a pas nécessairement vocation lucrative. Cette assimilation hâtive du grand public nous vient des pays anglo-saxons, où les termes « libre » et « gratuit » se traduisent tous deux par « free ». L'exploitation des logiciels libres peut poursuivre des buts lucratifs au même titre que celle des logiciels propriétaires, mais l'obligation de permettre l'accès au code source conditionne nécessairement les modèles économiques applicables⁸⁰⁸.
- Une licence libre n'implique pas *abandon* de ses droits par l'auteur du code initial : l'objet de la GNU/GPL reste la mise à disposition d'un logiciel et la mise en place d'un mécanisme permettant l'évolution du logiciel par les contributions successives des utilisateurs, et non pas le transfert ou l'abandon des droits de propriété intellectuelle sur l'œuvre⁸⁰⁹. En d'autres termes, « ce dispositif contractuel *Open Source* organise l'enrichissement systématique du logiciel, sous le contrôle du donneur de la licence initiale »⁸¹⁰. Toute contribution suppose donc l'accord de l'auteur, donné irrévocablement à travers la licence GNU/GPL, pour autant que soient respectées les règles qu'elle impose. On interprète pourtant souvent cette licence comme une renonciation de l'auteur à ses droits exclusifs en échange du respect de certaines conditions par les utilisateurs ; or l'auteur qui décide de souscrire au modèle libre entend défendre activement sa vision des droits de propriété intellectuelle et utilise sa position exclusive d'auteur pour déterminer le sort de son œuvre. Tout au plus peut-on parler d'abandon limité et marginal de ses droits⁸¹¹.

Le mouvement des logiciels libres nous apprend ainsi trois vérités cruciales pour notre débat : (1) qu'il est possible de s'opposer à la logique capitaliste des majorats et que

⁸⁰⁷ « Logiciel libre : Logiciel dont le code source est disponible, c'est-à-dire accessible à l'ensemble de la communauté des développeurs et des utilisateurs. » (CIGREF, *Le Phénomène Linux en entreprise – Fiche technologique* [a], novembre 2000, http://cigref.typepad.fr/cigref_publications/RapportsContainer/Parus2000/2000_-_Le_phenome_Linux_en_entreprise.pdf, p. 15).

⁸⁰⁸ Mélanie CLEMENT-FONTAINE, *La Licence publique générale GNU (logiciel libre)*, Mémoire DEA Droit des créations immatérielles, Université de Montpellier I, 1999, dans *Créations Immatérielles et Droit*, 1999 ; <http://crao.net/gpl>, n°23 ; la licence GNU/GPL, version 2 (juin 1991), reprise par la version 3 (juin 2007), précisent dans leur préambule, 2^{ème} § (resp. 3^{ème} §) : « you have the freedom to distribute copies of free software (and charge for this service if you wish) ».

⁸⁰⁹ Jean-Baptiste SOUFRON, *La Licence Publique Générale*, op. cit.

⁸¹⁰ Christiane FERAL-SCHUHL, *Décryptage juridique de la licence Open Source* [a], <http://www.cio-online.com/parolesdexperts/lire-decryptage-juridique-de-la-licence-open-source-9.html>.

⁸¹¹ Voir ci-dessous partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), chap. « Interprétation juridique du mécanisme central de la GNU/GPL », p. 503 ss.

des centaines de milliers de personnes compétentes ont prouvé leur volonté de s'engager résolument dans cette voie ; (2) qu'un bien commun, avant d'être une ressource, est le fruit d'une communauté vivante et désireuse de protéger sa raison d'être ; cette approche rejoint la notion qu'a soulignée Elinor Ostrom, qui s'oppose à l'idée que les biens communs soient conçus comme laissés à l'abandon ou aux caprices de chacun⁸¹² ; (3) que la liberté de l'auteur de décider du sort de son œuvre face aux tiers dépend de sa volonté de ne pas en céder les droits, cette absence de cession n'empêchant pas une « mise en jeu » de l'œuvre dans la société.

Cette culture de partage, via l'Internet – une autre structure mise en œuvre dans une volonté d'ouverture et d'échange – a permis à des centaines de milliers d'informaticiens de collaborer à ces œuvres collectives que sont les logiciels libres. Ces œuvres ont suscité à leur tour de nouveaux modèles commerciaux, fondés non sur la vente de licences mais sur les services annexes à l'installation, à l'utilisation ou à l'évolution de ces logiciels.

➤ **Les modèles économiques liés aux logiciels libres**

Si la transmission d'un logiciel libre n'est pas nécessairement gratuite, l'obligation de rendre son code source accessible et l'interdiction de réappropriation (« Copyleft ») font que l'économie du logiciel libre compte peu sur les revenus de la distribution du code ; François Élie parle de « modèle instable », appelé tôt ou tard à évoluer, ce qui ne veut pas dire qu'il ne peut pas être lucratif⁸¹³. Les éditeurs font alors appel au système de *licences à option*⁸¹⁴, appelé aussi parfois « licence mixte », qui permet à un auteur de distribuer un code identique sous plusieurs licences différentes – en général une licence propriétaire et au moins une licence libre – de manière à permettre à un futur licencié de déterminer par lui-même celle qui lui faut acquérir. L'exemple le plus célèbre est celui de la licence Qt de TROLL TECH (QPL). Des versions réduites peuvent être distribuées sous licence GNU/GPL, et certains modules externes, complétant les fonctionnalités de la version de base, peuvent l'être sous licence privative. Il est aussi envisageable, pour des applications fonctionnant à partir d'une base de données dont il importe qu'elle soit fréquemment mise à jour, de distribuer l'application elle-même sous licence libre, et de soumettre l'accès à la version la plus récente de la base de données à rémunération. Tel est par exemple le cas de certains logiciels anti-virus.

Les revenus des acteurs du libre sont davantage liés aux prestations annexes, telles que l'assistance (conseil), l'intégration du logiciel sur le site du client, la gestion de la

⁸¹² Elinor OSTROM, Charlotte HESS, *Understanding Knowledge as a Commons*, MIT Press, Cambridge (MA, USA) 2006 ; voir ci-dessous, chap. « Garrett Hardin et la critique des biens communs », pp. 355 ss.

⁸¹³ François ÉLIE, *Économie du logiciel libre*, Eyrolles, Paris 2009.

⁸¹⁴ En anglais : « *dual licensing* », « *multi licensing* ».

relation avec le « noyau dur » de la communauté libre⁸¹⁵, la « sur-assurance » portant sur la maintenance corrective ou les développements évolutifs qui ne seraient pas pris en compte par le carnet de route (« Road Map ») de l'application.

➤ **Économie de la fonctionnalité et services d'application en ligne (« SaaS »)**

Plusieurs menaces sérieuses pèsent actuellement sur les logiciels libres. La moindre n'est certes pas le développement des services d'application en ligne ou « SaaS » (en anglais, « *Software as a Service* »).

La fourniture d'applications en mode hébergé (FAH) suppose la mise en ligne d'une ou plusieurs applications contre paiement à l'usage ou par abonnement. Il s'agit donc d'une location de temps d'utilisation d'une application à distance. Ce modèle, apparenté à un service, s'éloigne du modèle classique de la licence d'utilisation d'un logiciel que le client installe sur ses serveurs et qu'il acquiert sous la forme d'un produit. Il est réputé permettre au client de s'affranchir des contraintes de la maintenance d'un système informatique et de bénéficier en permanence des mises à jour de l'outil. La fourniture d'applications en ligne nécessite ainsi d'externaliser chez le prestataire les données traitées par l'application hébergée⁸¹⁶. Il rend également le client totalement tributaire de son prestataire pour exécuter la moindre de ses transactions informatiques.

La fourniture d'applications hébergées tend actuellement à devenir « orientée service utilisateur » et prend l'appellation de SaaS. Dans ce mode, le fournisseur développe spécifiquement pour l'Internet les applications qu'il met à disposition de ses clients, cette mise en ligne étant assortie d'une mutualisation des ressources du prestataire en faveur de ses clients. L'accès à l'application hébergée se fait alors par le biais de l'Internet et de l'interface d'un navigateur ; l'application, elle, s'utilise *comme si* elle était installée sur le poste de l'utilisateur.

Le SaaS est un fruit de l'*économie de la fonctionnalité*, que François Cusin oppose à l'*économie de l'accès*, la seconde, proche d'une gestion de biens communs, étant appelée à remplacer la première dans le domaine des œuvres de l'esprit : alors que la notion moderne de propriété reposait sur le droit d'exclure les autres, aujourd'hui la propriété doit, au contraire, « garantir le droit individuel de ne pas être exclu de l'usage ou de la jouissance d'un bien ou d'un service »⁸¹⁷, ce qui revient à l'approche médiévale des communaux. L'économie de la fonctionnalité substitue la vente d'un bien à la « vente » de son usage, autrement dit à une forme de location. Son but avéré, sous des prétextes de confort, est d'inscrire l'utilisateur dans une relation durable de dépendance ; elle réduit la valeur des biens à leur seule utilité, c'est-à-dire à leur

⁸¹⁵ On entend par « noyau dur » de la communauté virtuelle ses membres les plus actifs, en particulier l'équipe des programmeurs salariés qui travaille à plein temps sur le projet et son « Dictateur bienveillant » ; voir Lexique, entrée « Communauté ».

⁸¹⁶ DEFINITIONS MARKETING, entrée ASP [a], http://www.definitions-marketing.com/popup.php3?id_article=209.

⁸¹⁷ François CUSIN, *De la Fonctionnalité à l'accès* [a], dans Futuribles, n°360 (février 2010), pp. 5-20, p. 14.

fonction, alors que l'usage ou l'accès intègrent une dimension psychologique, symbolique et imaginaire, qui rejoint là encore la thèse d'Elionor Ostrom. La distinction opérée par François Cusin est salutaire : à opposer « économie de l'accès » et « économie propriétaire » dans un dualisme réducteur, on tend à privilégier le mode d'accès sur le rapport de fond et à placer les services d'application en ligne (« *SaaS* ») du côté de l'économie de l'accès, ce qui fait trop vite oublier qu'il n'emporte pas renonciation des ayants-droit à exercer leur droit de regard sur l'utilisation de l'œuvre, bien au contraire.

Pour le capitalisme, l'économie de la fonctionnalité n'est pas seulement « une recette pour faire face aux nouvelles contraintes de rentabilité dans une économie financiarisée », c'est une nécessité pour conserver des parts de marché dans un milieu plus concurrentiel que jamais : c'est une « économie de la captation du client », l'accès aux services étant contractualisé et leur consommation s'inscrivant dans la durée, puisque « les services [...] n'existent que dans l'instant même où ils sont fournis et ils ne peuvent être détenus, accumulés ou hérités »⁸¹⁸, contrairement à la relation commerciale entre un vendeur et son client, qui reste ponctuelle et éphémère. Même couplée à l'économie de l'accès, l'économie de la fonctionnalité reste assujettissante :

« Le couplage entre économie de la fonctionnalité et économie de l'accès permet au consommateur de se libérer des charges et contraintes de la possession tout en accédant à une gamme toujours plus étendue de services. Ces progrès ne sont pourtant pas toujours synonymes d'autonomie croissante pour le consommateur. De nouvelles dépendances se créent, notamment sous l'effet du couplage entre la vente d'un bien d'équipement et celle des services. »⁸¹⁹

Le danger que les services d'application en ligne font encourir aux logiciels libres tient davantage du domaine juridique que technique ; il s'ancre dans la notion limitative de « distribution » que la licence GNU/GPL a adopté, et que la FSF n'a pas eu la clairvoyance d'étendre à l'occasion de la rédaction de la version 3 standard (art. 0 *in fine* GNU/GPL v3)⁸²⁰ ; mais la définition donnée par la licence libre européenne (art. 1 EUPL v1.1, « définitions ») permet, elle, de contrer efficacement ce phénomène, et d'empêcher certaines entreprises parasites de privatiser par l'accès en ligne des codes développés gracieusement par d'autres dans un tout autre but.

➤ Autres menaces pesant sur les logiciels libres

Plusieurs dangers fort préoccupants viennent assombrir l'avenir des logiciels libres. J'ai déjà abordé les procédés techniques de protection anti-copies (ou « DRM », appuyés sur le concept général « d'informatique de confiance »), qui pourraient permettre à un système d'exploitation privatif comme Windows de s'opposer à l'exécution de logiciels libres au prétexte qu'ils ne seraient pas « marqués », et dont il

⁸¹⁸ *Ibid.*, p. 10 ; p. 12.

⁸¹⁹ *Ibid.*, p. 14.

⁸²⁰ Voir Pascal VERNIORY, *L'Importance des SaaS*, présentation donnée dans le cadre de l'European Open source Lawyers Event (EOLE) 2008, Paris, [http://www.eolevent.eu/sites/default/files/EOLE_2008 - Pascal Verniory - L'importance des SaaS_1.pdf](http://www.eolevent.eu/sites/default/files/EOLE_2008_-_Pascal_Verniory_-_L'importance_des_SaaS_1.pdf).

est, à la suite de l'adoption du DADVSI, devenu pénalement répréhensible de contourner le mécanisme, même lorsque celui-ci interdit l'accès à des codes qui ont vocation au partage ! Le très discuté *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA) américain du 20 octobre 1998 qui est à l'origine de cette protection juridique des « DRM », a été présenté à tort comme une simple « sur couche » ou « mécanisme supplémentaire de protection » du droit d'auteur, alors qu'il en change le noyau même : d'un droit axé sur la protection de l'auteur en vue de lui assurer une rémunération à l'occasion de la *première transmission* des copies de l'œuvre, il a fait un système de contrôle cloisonné des droits d'accès à l'œuvre au profit des gestionnaires internationaux de la propriété intellectuelle.

Services d'application en ligne (« SaaS »), brevets logiciels⁸²¹, procédés de type Tivo⁸²², affaire FREEbox⁸²³, accords de type Novell-Microsoft⁸²⁴ : il suffit d'évoquer les multiples autres cas limite posés par une industrie de l'informatique encline à se réappropriier les codes distribués sous licence libre, et que la version « Affero »⁸²⁵ et la version 3 de la GNU/GPL⁸²⁶ ont entrepris de corriger, pour comprendre qu'il n'est pas possible de continuer de gérer de manière défensive notre liberté fondamentale d'échanger nos créations et de nous inspirer des œuvres de nos prédécesseurs – en définitive notre liberté de penser, dès lors que l'acte de penser ne nécessite pas seulement l'accès à l'information mais la possibilité de l'assimiler. Nous ne pouvons

⁸²¹ Pour la question des brevets logiciels, voir notamment Philippe AIGRAIN, *Avec les brevets [logiciels], plus d'innovation possible sauf pour les gros acteurs* [a], 09.03.2005, http://solutions.journaldunet.com/0503/050309_3questions_sopinspace.shtml.

⁸²² La société TiVo Inc. commercialise un magnétoscope numérique permettant d'enregistrer les programmes télévisés sur disque dur. Cet appareil intègre du code distribué sous licence GNU/GPL v2. Le site de TiVo permet bien, conformément à la GPL, l'accès au code source, et ce code peut bien être modifié, mais cela entraîne un changement de la « signature » du code et la machine, ne le reconnaissant plus, ne l'exécute pas, alors même que l'utilisateur jouit en application de la licence GNU/GPL du droit de le modifier. La FSF a estimé qu'un tel procédé contrevenait à l'une des quatre libertés protégées par la licence libre, ainsi qu'au « copyleft » qui empêche la réappropriation du code libre (Ciarán O'RIORDAN, *Tivoisation explained – implementation and harms*, 29.12.2006, [http://www.fsf.org/en/layout/set/print/fellows/ciaran_s_free_software_notes/\(tag\)/tivoxxx](http://www.fsf.org/en/layout/set/print/fellows/ciaran_s_free_software_notes/(tag)/tivoxxx)). La « tivoisation » est une application spécifique des mécanismes mis en œuvre par « l'informatique de confiance ».

⁸²³ La FREEbox est un élément matériel permettant l'encryptage de signaux passants. Elle intègre du code distribué sous licence GNU/GPL v2, sans pourtant permettre l'accès au code source de l'application embarquée. Les responsables de la société Iliad mettent en exergue les questions relatives à la notion de distribution au sens de la licence GNU/GPL v2 : les responsables de la société Iliad affirment qu'ils ne violent pas la licence libre parce qu'ils se contentent de louer leur boîtier, celui-ci étant considéré comme « un élément de terminaison du réseau de Free » ; la remise du boîtier à leur clients n'emporterait pas transfert de propriété du support du code, et donc, selon eux, pas de distribution du code (Marc REES, *Réponse de Xavier Niel (Free) à l'attaque de la FSF France*, 15.11.2007, <http://www.pciimpact.com/actu/news/40073-xavier-niel-FSF-GNU-GPL-iptables.htm>).

⁸²⁴ Pacte de non-agression en matière de brevets, privilégié entre deux distributeurs.

⁸²⁵ La version « Affero » est destinée aux services d'application à distance (« SaaS ») et assimile la mise à disposition des services d'une application à distance à une « distribution », obligeant celui qui la met à disposition de tiers de rendre le code source disponible et d'accorder les quatre libertés à ses utilisateurs ; il ne s'agit hélas pas de la version standard de la licence GNU/GPL, et son utilisation reste très marginale.

⁸²⁶ GNU/GPL version 3, entrée officiellement en vigueur le 1^{er} juillet 2007 ; <http://gplv3.fsf.org>.

nous contenter de simples aménagements, aussi ingénieux soient-ils, d'un système toujours plus dénaturé. Chaque contrainte supplémentaire que les intérêts purement mercantiles des gestionnaires de la propriété intellectuelle exercent sur notre culture confirme cette opinion.

L'économie de la propriété intellectuelle

Les revenus du droit d'auteur

□ *Une autre idée des enjeux*

Si la propriété intellectuelle est l'objet de tant de luttes, c'est qu'en plus de présenter pour les tenants du modèle libre un enjeu social essentiel, figuré par les quatre libertés défendues par la FSF et qu'il serait aisément possible d'étendre – au-delà du monde informatique – à la plupart des rapports sociaux, elle rapporte des rentes souvent colossales à ceux qui la gèrent, parmi lesquels les majorats et les grands distributeurs de l'industrie des loisirs, les éditeurs phonographiques, les sociétés d'auteurs, les sociétés d'édition et le secteur « recherche et développement » de certaines entreprises privées. L'étude – même partielle et superficielle – des chiffres de ce marché mondial permettra de comprendre les enjeux que ces monopoles représentent pour certaines de ces sociétés privées, et peut-être même de relativiser les affirmations péremptoires de certains.

De manière générale, le marché des biens et services protégés par le droit d'auteur représentait en 1996 entre 5 et 7% du PNB de la Communauté européenne⁸²⁷. En Suisse, il représente un marché annuel de 17 milliards de francs suisses et emploie plus de 80'000 personnes⁸²⁸. Le marché du droit d'auteur couvre principalement les livres, les œuvres musicales et audio-visuelles, les émissions télévisées, les jeux vidéo, les programmes d'ordinateurs, les images numériques et les photographies, œuvres toutes aisément reproductibles et aux mains des industries du loisir. Il s'y ajoute des marchés plus marginaux, tels que ceux de la haute couture, des parfums et, bien entendu, de l'art, bien que ce marché soit davantage défendu, pour ce qui est des œuvres entrées dans le domaine public, par les dispositions pénales concernant la protection du patrimoine que sur les lois relatives au droit d'auteur.

Si l'on s'en tient aux droits perçus par les sociétés de gestion collective, l'origine des droits est répartie en trois domaines équilibrés : un tiers provient de l'édition, autrement dit de la vente de copie (phonogrammes, vidéogrammes, reprographie, copie privée), un tiers des « lieux » de spectacle (spectacle vivant, lieux sonorisés, salles de

⁸²⁷ COMMISSION DU PARLEMENT EUROPEEN, *Suivi du livre vert – Le droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information*, 20.11.1996, COM(96) 568 final ; <http://www.ip-law.be/Lois/communication.droits.auteur.infosoc.1996.pdf>, p. 6.

⁸²⁸ INSTITUT FEDERAL DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE, *Histoire du droit d'auteur*, <http://www.urheberrecht.ch/F/heute/duh10.php?m=5&s=1>, chap. « Droit d'auteur et évolution technologique ».

cinéma) et un tiers de la télédiffusion (télévision, radios)⁸²⁹. Il serait toutefois fastidieux de se répandre en chiffres à propos de tous ces marchés, si bien que je m'attarderai sur ceux de la musique, du cinéma et du livre, dont les producteurs comptent parmi les plus virulents partisans d'un renforcement du droit d'auteur et des mesures de rétorsion contre la contrefaçon.

□ *Marché de la musique : autour du chiffre d'affaires*

Les rapports officiels publiés par les gestionnaires de la propriété intellectuelle eux-mêmes apportent une manne d'informations, dont on gardera toutefois en tête qu'elles proviennent de sources nécessairement partiales.

Le marché mondial du disque est très concentré. Il vérifie ce qui a été dit sur la propension du marché capitaliste à favoriser la concurrence monopoliste plutôt que la « concurrence parfaite », puisque quatre majorats seulement contrôlent 80% des parts de marché⁸³⁰ et «aturent la distribution»⁸³¹. La Fédération internationale de l'industrie phonographique (IFPI) annonçait un chiffre d'affaires de 26,9 milliards de dollars en 1999, pour « seulement » 17 milliards de dollars en 2010, les 9,2% de progression des ventes de fichiers musicaux en ligne ne parvenant pas à combler les 12,7% d'érosion du marché des CD. Pour expliquer cette baisse significative, l'IFPI invoquait le phénomène du téléchargement illégal, appelant à renforcer les mesures de lutte contre la contrefaçon⁸³².

Les chiffres pour 2008 relatifs à l'économie du droit d'auteur produits par la Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs (CISAC), dont le siège se trouve en France et qui réunit 232 sociétés d'auteurs dans 121 pays, font état de perceptions totales de 7,035 milliards d'euros, marquant une stabilisation après quatre années consécutives de croissance. Comme toutes les sociétés d'auteurs, la CISAC affirme à cette occasion que son but est de « garantir que la contribution des créateurs à l'économie est reconnue et rémunérée ». Entre 1995 et 2008, le montant des perceptions a presque doublé alors qu'il a progressé de 11% depuis la « crise du disque ». Toujours selon les chiffres produits par la CISAC, l'Europe reste la région qui génère le plus de revenus (64% des droits perçus dans le monde, soit 4,51 milliards d'euros, devant l'Amérique du Nord (seulement 19%, soit 1,35 milliards d'euros), et la musique reste la catégorie de répertoire qui pèse le plus en termes de droits perçus (87%) ; alors que les droits musicaux ont baissé de 3% en 2008, ceux de l'audiovisuel et des arts visuels ont progressé de 23%, grâce en particulier selon elle à l'application de lois favorables au droit de suite ; les chiffres produits par la CISAC permettent

⁸²⁹ Thomas PARIS, *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, op. cit., p. 74.

⁸³⁰ Jonas PULVER, *Marché musical, nouvelles voies – Pour se relancer, l'industrie doit séduire trois types de consommateurs* [a], dans *Le Temps*, 10.02.2011, p. 3.

⁸³¹ Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit., p. 460, note 2.

⁸³² Jonas PULVER, *Marché musical, nouvelles voies* [a], op. cit.

enfin de constater que les spectacles vivants ne compensent pas la chute des ventes de disques⁸³³.

Selon les chiffres publiés le 4 mai 2010 par le Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP), principal syndicat des producteurs de disques réunissant entre autres membres les quatre majorats, le marché physique du disque atteignait en France le chiffre record de 305 millions d'euros pour le seul premier trimestre 2002 ; en 2009, ce chiffre est passé à 101,1 millions d'euros, avant de remonter légèrement à 105,5 millions d'euros en 2010 ; entre 2009 et 2010, le téléchargement de musique par Internet a augmenté de 50,5%, pour atteindre le chiffre de 12,5 millions d'euros, toujours pour le seul premier trimestre, grâce notamment à une « croissance soutenue des ventes de titres à l'unité » ; en parallèle, le *streaming* croît de 103%. David El Sayegh, directeur général du SNEP, attribue cette remontée aux « effets psychologiques de la loi Hadopi auprès du grand public » et à « l'annonce d'une création d'une carte jeune numérique ». Cette tendance à la hausse du marché français est toutefois contredite par ceux de l'Observatoire de la musique, qui, avec un chiffre d'affaires arrêté à 178,9 millions d'euros constate une baisse de valeur du marché français de 7,1% sur le seul marché du CD audio pour le premier trimestre 2010, preuve que les chiffres ne permettent pas si facilement de conclure à un « effet positif » de l'action de l'Hadopi sur le marché du disque⁸³⁴. Le même SNEP, publiant le 14 septembre 2011 les chiffres du premier semestre 2011, devait du reste avouer une nouvelle baisse de 5,7%, allant de pair avec une forte progression des ventes numériques ; à entendre Denis Ladegaillerie, président du SNEP, la hausse des revenus numériques de 45% aurait pour la première fois compensé en juillet 2011 la baisse du marché physique sur le mois⁸³⁵. L'histoire ne dit pas si David El Sayegh attribue également cette baisse des ventes physiques à la loi Hadopi, dont les mécanismes s'étaient pourtant renforcés entre temps... La Fédération internationale de l'industrie phonographique (IFPI) observe dans ses propres chiffres la même tendance dans son rapport annuel 2009 publié fin avril 2010, soit une baisse en valeur de 7,2% du marché mondial à 17,03 milliards de dollars (soit 13,5 milliards d'euros) pour 2009.

La chute constatée des revenus de la musique dans le monde n'est cependant pas exclusivement due au « piratage », plus exactement au partage pair à pair de fichiers musicaux, comme l'affirment les majorats pour mieux masquer leurs propres carences. Si les offres légales de téléchargement ne permettent pas de rattraper le recul constaté sur les ventes de CD, on peut y voir en premier lieu les effets de l'aveuglement des majorats eux-mêmes, qui tardent toujours à s'implanter sérieusement sur l'Internet, puis à développer une offre numérique attrayante. Cette offre numérique musicale

⁸³³ Lionel COSTES, *Actualités – éclairage* [a], dans RLDI, n°57 (février 2010), p. 5.

⁸³⁴ Lionel COSTES, *Actualités – éclairage* [a], dans RLDI, n°61 (juin 2010), p. 5.

⁸³⁵ Lionel COSTES, *Actualités – éclairage* [a], dans RLDI, n°75 (octobre 2011), p. 5.

officielle pêche tant par la variété du choix proposé que par la manière de présenter œuvres et artistes, les majorats s'évertuant à proposer leurs titres comme s'il s'agissait de produits de lessive, lorsqu'ils ne freinent pas la mise à disposition de leur catalogue en faveur des plates-formes qui se développent. La musique vendue par iTunes serait de plus trop chère aux yeux des internautes, bien qu'elle soit moins coûteuse que chez les disquaires⁸³⁶. C'est que les majorats continuent d'imposer aux sites proposant des offres légales un prix très supérieur à celui qu'il pourrait être sur l'Internet – du fait de coûts de duplication, de stockage, d'exposition et de distribution quasi nuls – afin d'éviter un « conflit des canaux » et protéger leurs revendeurs physiques officiels d'une faillite assurée⁸³⁷. On nuancera toutefois cette remarque de Chris Anderson, dès lors que les majorats n'ont pas hésité depuis quelques années déjà à favoriser les grandes surfaces au détriment des disquaires, à seule fin d'augmenter leurs marges...

Il devient de ce fait difficile à l'internaute de comprendre pourquoi on ne fait pas appel à l'analyse marginale pour définir le prix des titres téléchargeables, alors que ce calcul a fait baisser de manière considérable le coût des billets d'avion. C'est du reste également l'avis du « prix Nobel » d'économie Paul Krugman, qui estime que le coût dérisoire de la duplication d'information ruine définitivement le modèle économique fondé sur la vente de copies : la vente de CD ne correspond plus, même de manière indirecte, à la vente d'un service, et le maintien de prix exorbitants sur ce marché ne manque pas d'interroger les amateurs de musique⁸³⁸. Enfin, le disque a perdu le seul point fort qui pouvait lui rester : sa valeur symbolique, et il ne faut pas en blâmer le téléchargement. C'est dans la stratégie commerciale des majorats qu'il faut chercher l'une des sources probables de la crise du disque et de la dépréciation des albums de musique. Dès 1986, les majorats, pour augmenter des profits déjà considérables, ont délaissé le réseau de vente des disquaires indépendants pour envahir les grandes surfaces alimentaires et spécialisées⁸³⁹ : dès lors que l'on accepte de voir les supports culturels avoisiner des paquets de lessive ou des yaourts afin d'augmenter ses marges, il ne faut pas s'étonner que les jeunes générations n'y aient plus attaché la même valeur symbolique que leurs aînés, et qu'ils s'opposent dès lors à payer les prix fort élevés qu'on continue d'exiger d'eux. Ce discrédit de la musique s'est poursuivi par la campagne de promotion du format qui devait supplanter le CD. Les majorats, croyant au début des années 2000 pouvoir imposer au public un nouveau standard technique, le « DVD Audio », ont un peu vite tenté de convaincre les consommateurs que le CD était dépassé, nourrissant l'espoir de les contraindre à réassortir complètement leur

⁸³⁶ Jonas PULVER, *Marché musical, nouvelles voies* [a], op. cit.

⁸³⁷ Chris ANDERSON, *La longue queue*, 12.10.2004, <http://www.internetactu.net/index.php?p=5911>, p. 7.

⁸³⁸ Guillaume CHAMPEAU, *Le Nobel d'économie Paul Krugman favorable au téléchargement gratuit* [a], 13.10.2008, <http://www.numerama.com/magazine/10833-le-nobel-d-economie-p-krugman-favorable-au-telechargement-gratuit.html> ; Guillaume CHAMPEAU, *Les Prix Nobel d'économie défavorables à la lutte contre le piratage* [a], 18.09.2010, <http://www.numerama.com/magazine/13967-les-prix-nobel-d-economie-defavorables-a-la-lutte-contre-le-piratage.html>.

⁸³⁹ André NICOLAS (OBSERVATOIRE DE LA MUSIQUE), *L'évolution des marchés de la musique en France 2003-2010*, http://rmd.cite-musique.fr/observatoire/document/MME_2003_2010.pdf, pp. 12-13.

discothèque. Cette campagne de promotion subit toutefois un échec retentissant et n'a pas manqué d'achever de déprécier le CD aux yeux des plus jeunes, lesquels ne se voient désormais plus dépenser de l'argent pour en acquérir⁸⁴⁰. La « crise du disque », marquée par un effondrement des ventes de CDs de l'ordre de 50% entre 2000 et 2008 un peu partout dans le monde, correspondant à environ 606 millions d'euros⁸⁴¹, doit donc beaucoup au manque de vision sur le long terme des majorats eux-mêmes. Cela est d'autant plus vrai qu'elle peut également être imputée à la réduction du catalogue opérée par les majorats, en vue notamment de maximiser leur profit : de l'aveu même de la RIAA, l'industrie du disque a sorti en 2000 25% d'albums en moins que l'année précédente, coupant d'autant ses investissements en faveur des artistes, alors que les ventes diminuaient de 10% dans le même temps⁸⁴².

De manière plus générale, cette chute coïncide avec les cycles engendrés par les changements de supports audio – un phénomène que les majorats se gardent bien d'évoquer. Une animation réalisée par Digital Music News constituée d'une succession de graphiques de type « camembert », un par année de 1980 à 2010 inclus, représentant le chiffre d'affaires de l'industrie du disque américaine selon la RIAA et réparti en fonction des différents types de supports, nous en convainc : en 1980, les disques vinyle, albums et « single » confondus, sont majoritaires (66,6%). Leur vente progresse jusqu'en 1982 (60,9%), puis s'affaisse au point qu'en 1990 ils ne représentent plus que 2,4% des ventes. En parallèle, les cassettes ont un poids de 19,1% en 1980, qui atteint son apogée en 1985 (55,3%). Dénotant un cycle de vie plus long que le vinyle, elles ont encore un poids de 49,4% en 1990 (année où le vinyle est tombé à 2,4%), de 20,6% en 1995, et de 4,4% en 2000. Le CD prend progressivement leur relève : apparu en 1983 (0,5%), sa part ne va pas cesser d'augmenter jusqu'en 2002 (95,5%) avant de décroître (49,1% en 2010) ; le DVD Audio, qui fait son apparition en 2002 (0,1%), n'a jamais décollé, et disparaît pour ainsi dire en 2006 (moins de 0,05%) ; la vraie relève du CD sera assurée par le téléchargement légal : apparu en 2004 (1,5%, albums et « single » confondus), il passe à 12,3% en 2007, puis à 32,1% en 2010, le poids de la vente de « single » dépassant celle des albums⁸⁴³.

Les deux périodes où les revenus globaux sont au plus bas, à savoir 1992 et 2003, correspondent ainsi à l'époque où les ventes de CDs dépassent pour la première fois celle des cassettes (1991), respectivement où la part des ventes de CDs commence à

⁸⁴⁰ Guillaume CHAMPEAU, *L'évolution de l'industrie du disque en un graphique animé* [a], 24.08.2011, <http://www.numerama.com/magazine/19622-l-evolution-de-l-industrie-du-disque-en-un-graphique-anime.html>.

⁸⁴¹ L'EXPANSION.COM, *10 chiffres pour comprendre la crise du disque* [a], 20.01.2009, http://lexpansion-lepress.fr/high-tech/10-chiffres-pour-comprendre-la-crise-du-disque_172553.html.

⁸⁴² George ZIEMANN, *RIAA's Statistics Don't Add Up to Piracy*, 11.12.2012, <http://www.azoz.com/music/features/0008.html>, cité par Stéphanie Jane BOOTH, *Pirater n'est pas voler, en sept mythes* [a], 06.06.2009, <http://climbtothestars.org/archives/2009/06/06/pirater-nest-pas-voler-en-sept-mythes>, mythe n°4 (« La chute des ventes de CDs est imputable au téléchargement illégal »).

⁸⁴³ PAUL (DIGITAL MUSIC NEWS), *30 Years of Music Industry Change, in 30 Seconds or less* [a], 16.08.2011, <http://www.digitalmusicnews.com/stories/081611thirty>.

décroître, que le DVD Audio ne parvient pas à relayer. Les « respirations » du chiffre d'affaires de l'industrie du disque apparaissent donc liées au changement de support, et donc à l'évolution technique, plutôt qu'au téléchargement illégal. Chaque changement de support entraîne trois phénomènes : la suspension des acquisitions du support déclinant, difficilement reliée par les ventes du support montant, dès lors qu'elles sont limitées par un nombre restreint de titres disponibles, et la décision du public d'emboîter le pas du progrès technique. L'échec retentissant du DVD Audio montre qu'un tel passage n'a rien d'automatique, et le nouveau support doit réellement montrer sa supériorité. Dans un troisième temps, le réassort nécessaire dans le nouveau support des titres préférés acquis sous les anciens formats vient doper *artificiellement* pour un temps les ventes, au fur et à mesure que s'étoffe le catalogue disponible.

C'est ce qui s'est produit au début des années 2000 en faveur du CD. Cela n'a pas manqué de gonfler les ventes de manière exceptionnelle jusqu'au début des années 2000, la vente de CD ayant « quasiment doublé en Europe » entre 1985 et 1995⁸⁴⁴. Lorsqu'on parle des effets du numérique sur les industries de la musique, l'honnêteté oblige à ne pas passer sous silence – comme le font pourtant les majorats – un de ses principaux effets positifs sur les ventes. C'est pour cela que le fait, pour les majorats, de prendre l'année 2000 pour référence afin d'asseoir leur thèse de la « chute » des ventes de disques qu'ils associent à la contrefaçon privée n'a rien d'innocent : il faut savoir que la taille globale du marché a marqué une très forte hausse au début des années 2000 « sous l'effet du CD produit et commercialisé en grande masse », si bien qu'elle tend à présent à retrouver son niveau normal⁸⁴⁵ : l'effondrement des ventes de CDs apparaît alors sous un jour bien éloigné de l'apocalypse annoncée à grands renforts médiatiques, mais cette fiction a néanmoins permis aux majorats, une fois de plus, de se jouer des députés et d'augmenter leurs rentes.

Un autre motif de la chute des ventes de musique, rarement mis en avant mais qui a sans doute toute son importance, tient en somme à leur propre succès : « Qui voudrait acheter des disques alors que l'on peut apprendre par cœur les chansons du Top 40 rien qu'en faisant ses courses à l'épicerie ? », s'interroge Janis Ian⁸⁴⁶. L'excès de consommation tue le désir et le rapport aux biens, martèle depuis des années un groupe de réflexion comme Ars Industrialis en France⁸⁴⁷ ; le marché de la musique, qui, des bacs des magasins spécialisés, a investi tout d'abord les chaînes de radios, puis, à travers elles, tous les aspects de notre vie quotidienne jusqu'à l'ambiance sonore des grandes surfaces, ne peut manquer de déprécier notre rapport à la musique commerciale.

⁸⁴⁴ COMMISSION DU PARLEMENT EUROPEEN, *Suivi du livre vert*, op. cit., p. 6.

⁸⁴⁵ Guillaume CHAMPEAU, *L'évolution de l'industrie du disque en un graphique animé* [a], op. cit.

⁸⁴⁶ Janis IAN, *The Internet Debacle : An Alternative View*, dans *Performing Songwriter Magazine*, mai 2002 ; <http://www.janisian.com/reading/internet.php>, p. 4.

⁸⁴⁷ Voir notamment Bernard STIEGLER, ARS INDUSTRIALIS, *Réenchanter le monde*, op. cit.

Nonobstant les faibles coûts de duplication ou de distribution qui sont les siens, l'Internet n'impose pas une diffusion gratuite au regard des coûts de production, et ce pour au moins deux raisons : d'une part, parce que l'auteur et les interprètes doivent pouvoir être rémunérés pour la prestation qui continue d'être la leur ; contrairement aux activités de la chaîne qu'Internet rend inutiles, leur apport demeure essentiel, même si l'on vient à admettre que la rémunération n'est pas nécessairement le principal motif qui les pousse à créer. D'autre part, parce que la gratuité a aussi son coût, d'ordre psychologique : celui de la commodité. Télécharger sur des sites illégaux prend souvent beaucoup plus de temps en raison d'appellations qui ne sont pas toujours fiables, de la piètre qualité technique d'une partie des œuvres proposées, 30% d'entre elles s'avérant défectueuses au point de nécessiter qu'on les télécharge à nouveau. Les risques de virus sont également plus grands, sans parler des risques légaux⁸⁴⁸. Il serait dès lors possible aux majorats de générer des bénéfices tout en attirant vers leurs offres la plupart de la population ; les études à propos de la licence légale ont montré du reste que les Français seraient prêts à payer une somme d'au moins 10 euros par mois pour pouvoir télécharger toutes œuvres musicales de leur choix dans la légalité, ce qui représente un chiffre d'affaires potentiel annuel, sur une base de dix millions d'internautes actifs, de l'ordre de un milliard deux cent mille euros. Indépendamment des critiques que certains développent à l'encontre de la licence globale, ce chiffre n'a rien de déraisonnable : en France toujours, seuls cinq à dix artistes déclarent des revenus annuels de l'ordre de dix millions d'euros, toutes sources confondues (ventes de disques, concerts et droits dérivés). Les revenus des autres artistes décroissent ensuite assez vite, très peu d'entre eux parvenant à vivre de leur activité⁸⁴⁹. Telle est la réalité du système actuel. De son côté, la SUISA commanditait une étude qui montrait que les Suisses trouvaient justifié de payer pour écouter de la musique, mais celle-ci, curieusement, n'entrait pas en matière sur le montant qu'ils étaient prêts à payer pour cela, et la SUISA se garde par ailleurs bien de commenter l'information selon laquelle les plus jeunes des sondés sont moins d'accord de payer que leurs aînés, sans doute pour lui permettre de justifier son propre modèle économique⁸⁵⁰.

D'autres sources de revenus sont étudiées : un système alternatif, mis en œuvre par le site Jamendo.com, permet aux internautes de télécharger gratuitement avant de décider de rémunérer l'artiste sous forme d'un don, en fonction du plaisir qu'ils ont éprouvé à l'entendre : contrairement à ce que l'on pourrait croire, les internautes ne négligent pas cette dette morale, notamment parce qu'ils savent que l'artiste percevra au moins 90%

⁸⁴⁸ Chris ANDERSON, *La longue queue*, op. cit., pp. 7-8.

⁸⁴⁹ WIKIPEDIA, L'ENCYCLOPÉDIE LIBRE, *Licence globale* [a], http://fr.wikipedia.org/wiki/Licence_globale.

⁸⁵⁰ GFS-ZÜRICH, *Résultats de l'enquête de l'institut GFS-Zürich pour la Suisa (extraits)* [a], janvier 2009, http://www.suisa.ch/fileadmin/user_upload/Downloads/Medienmitteilungen/Resultats_gfs_SUISA.pdf ; communiqué de presse de la SUISA du 19.05.2009 commentant les résultats du sondage : <http://www.suisa.ch/fr/nc/news/news-actuel/news/article/2009/05/19/umfrage-zeigt-musik-darf-etwas-kosten>.

de la somme versée⁸⁵¹ ; RadioHead a distribué 1,2 millions de copies d'un de ses albums sur la base de ce principe⁸⁵², et Nine Inch Nails a également bénéficié des retombées financières de la reconnaissance des internautes⁸⁵³. Certes, là où des artistes aussi connus peuvent se permettre de vivre de ce type de dons, des artistes en recherche de notoriété prennent davantage de risques, mais ils peuvent aussi percer par ce « bouche à oreille » du réseau alors que le filtrage des majorats, tout orienté vers la recherche de titres lucratifs, ne leur permet tout simplement pas d'exister. Si ce système ne prétend pas résoudre tous les problèmes des musiciens, du moins offre-t-il de nouvelles voies et permet-il de contredire ceux qui prétendent que l'économie du don n'est qu'un songe. Les concerts reviennent eux aussi d'actualité : depuis 2000, ils deviennent des moyens de compenser le terrain perdu par le disque. Des artistes comme Yannick Noah, David Guetta et Mylène Farmer ont déclaré pour 2010 des gains dépassant les 3 millions d'euros, alors que les stars planétaires comme Jay Z., Lady Gaga ou Justin Bieber déclarent des revenus de scène supérieurs à 10 millions de dollars⁸⁵⁴. Mais, là encore, l'avidité immodérée des intermédiaires a fait son œuvre : « l'augmentation significative du prix des billets, imputable à la course au rendement des sociétés de promotion et à l'inflation des cachets qui a suivi, a fait fuir les "fans". Ce filon connaît ainsi depuis 2009 un tassement significatif. »⁸⁵⁵

Il existe d'autres revenus possibles pour les artistes dans le domaine de la musique :

« Les produits dérivés, les gadgets ont aussi leurs amateurs. Les jeux vidéo permettent une "promotion ludique" des musiques, et Facebook devient le "vecteur de visibilité" privilégié pour les artistes et les maisons de disques. Enfin, le *streaming* permet tous les espoirs, générant des revenus – faibles – par les publicités lorsque le contenu est gratuit ou, comme le font les majors, sous forme d'un abonnement »⁸⁵⁶.

Mais tous ces revenus annexes ne sont pas mentionnés par les majorats, qui, pour mieux convaincre les députés – décidément très crédules – de leur « malheur », se contentent de focaliser les analyses sur les seules ventes de disques.

□ *Marché de l'édition : influence des grands groupes*

Le marché de l'édition est tout aussi important : rien qu'en Suisse, il a généré en 2011 un chiffre d'affaires de 763 millions de francs⁸⁵⁷. Plus que tout autre sans doute, il nous aide à comprendre dans quelle mesure l'adoption d'un modèle économique donné

⁸⁵¹ http://www.jamendo.com/fr/static/artists_why

⁸⁵² Scott COLOTHAN, *Exclusive: Radiohead Sell 1.2million Copies Of « In Rainbows »* [a], <http://www.gigwise.com/news/37670/exclusive-radiohead-sell-12million-copies-of-in-rainbows>.

⁸⁵³ Astrid GIRARDEAU, *Nine Inch Nails, gratuit et best-seller* [a], 06.01.2009, <http://www.ecrans.fr/Nine-Inch-Nails-gratuit-et-best,6052.html>.

⁸⁵⁴ Jonas PULVER, *Marché musical, nouvelles voies* [a], op. cit.

⁸⁵⁵ *Ibid.*

⁸⁵⁶ *Ibid.*

⁸⁵⁷ Nicolas DUFOUR, *Une loi pour les libraires plus que pour le livre* [a], dans *Le Temps*, 01.03.2012, p. 1.

influence le contenu publié, sa qualité et la manière dont l'offre peut agir sur les goûts du public.

André Schiffrin, éditeur new-yorkais et fils du fondateur des éditions de la Pléiade, analyse l'évolution de sa profession dans un essai intitulé *L'Édition sans éditeurs*, qui eut l'effet d'une bombe dans les milieux littéraires lors de sa sortie en 1999 ; sa suite, *Le Contrôle de la parole*, se concentre sur l'évolution de la situation en France jusqu'en 2005, qui confirme la situation aux États-Unis décrite dans le premier ouvrage⁸⁵⁸. André Schiffrin dénonce le système mis en place par les grands groupes dans ce domaine, les ravages sociaux qu'il opère et la censure qu'il impose. D'aucuns ont reproché à André Schiffrin de se montrer aigri ou excessif dans son bilan. L'attaque est basse, et se garde bien d'attaquer les faits cités et mis en perspective par un homme à qui l'on reproche surtout d'être resté intègre. Ce sont ces faits qui nous intéressent, et qui confirment point par point l'analyse des fondamentaux du capitalisme qui vient d'être effectuée, en particulier la différence extrême qui existe entre la *recherche* du profit et sa *maximisation*.

On observe tout d'abord dans l'édition le même phénomène de concentration des acteurs que dans le monde de la musique : aux États-Unis, le chiffre d'affaires d'une maison comme Random House avoisine le milliard de dollars ; elle sera elle-même rachetée par RCA, géant de l'électronique et de l'industrie des loisirs ; d'autres géants de l'électronique et du divertissement avaient fait de même, tels que CBS pour Holt, mus par la mode des « synergies »⁸⁵⁹. Pareille concentration, qui renforce la première, se retrouve dans la distribution, aux mains de grandes chaînes de librairies comme Barnes & Noble. Celle-ci ne cesse d'augmenter de manière impressionnante : là où en 1996 la grande distribution représentait 45,5% des livres disponibles sur le marché de détail aux États-Unis, elle dépasse trois ans plus tard à peine les 50%. Cette tendance est encore renforcée par les exigences de ces nouveaux acteurs dominants : Barnes & Noble, qui contrôle une part significative de la distribution et de la vente de livres aux États-Unis, réclame désormais un dollar supplémentaire par exemplaire pour les disposer dans des endroits stratégiques de leurs surfaces de vente, service que les libraires indépendants offrent gracieusement... et que seuls les éditeurs les plus importants peuvent se permettre de verser⁸⁶⁰. L'allusion faite à CBS permet de rappeler la concentration déjà citée dans l'industrie américaine des « médias », sur laquelle Ted Turner lui-même avait tenté d'alerter l'opinion⁸⁶¹. Elle fait écho au même phénomène à l'œuvre dans le domaine du cinéma, où l'on retrouve la concentration verticale opérée par les grands groupes rachetant les grands studios et les chaînes de

⁸⁵⁸ André SCHIFFRIN, *L'Édition sans éditeurs*, op. cit. ; André SCHIFFRIN, *Le Contrôle de la parole*, op. cit.

⁸⁵⁹ André SCHIFFRIN, *L'Édition sans éditeurs*, op. cit., pp. 41-42.

⁸⁶⁰ *Ibid.*, pp. 78-79.

⁸⁶¹ Voir ci-dessus, p. 449 s.

distribution, leur permettant ainsi de s'assurer la mobilisation des meilleures salles pour la projection de leurs propres films⁸⁶².

André Schiffrin nous rapporte que jusque dans les années 1980, les maisons d'édition envisageaient le profit en fonction d'une gestion globale de leur catalogue : ils acceptaient l'idée d'une perte sur certains types d'ouvrages, en particulier les premiers romans et les recueils de poésie, et admettaient que la première édition d'un ouvrage puisse ne pas atteindre l'équilibre, le bénéfice se faisant d'ordinaire sur les ventes aux clubs et grâce aux éditions de poche. La plupart de ces maisons n'étaient pas cotées en bourse, et généraient une marge de l'ordre de 3 à 4% après impôt, voire 1% chez une maison comme le Seuil⁸⁶³, pour un capital qui dépassait rarement dix millions de dollars⁸⁶⁴.

Ce paysage a bien changé depuis, aux États-Unis comme en France. Acquisées par des fonds de placement ou des groupes étrangers au monde de l'édition, tels que les géants de l'électronique, des « médias » ou du divertissement, ces maisons d'édition ont été soumises à des attentes de rentabilité de l'ordre de 12 à 15%⁸⁶⁵, voire 25% dès la première année et même, aussi invraisemblable que cela semble, de 40%⁸⁶⁶ ! Ces marges correspondent à celles exigées au sein des structures de leurs nouvelles maisons mères, au vu des investissements financiers plus lucratifs qu'elles peuvent espérer dans d'autres domaines boursiers. Celles, fort rares, qui parviennent à les atteindre sont de surcroît soumises à une augmentation constante de l'ordre de 10% de leur taux de rentabilité⁸⁶⁷, les condamnant tôt ou tard à l'échec. Il en est ainsi chez Reed Elsevier même pour celles de ses filiales qui génèrent pourtant un bénéfice correspondant à 30% de leur chiffre d'affaires⁸⁶⁸ ! À ces règles de rentabilité, particulièrement aberrantes dans ce domaine d'activité, s'ajoutent des méthodes de gestion qui les rendent encore plus difficiles à atteindre : les départements les plus rentables, comme ceux des livres de poche, sont détachés des structures gérant le catalogue de référence, avant que ne soit imposée l'obligation pour chaque titre de générer la marge imposée, et donc de ne produire les ouvrages dont on est certain qu'ils se vendront à plus de 20'000 exemplaires⁸⁶⁹. Il devient vite impossible à ce rythme de construire un fonds original visant le long terme⁸⁷⁰. Pour assurer un succès populaire aux fameux « blockbusters », il devient nécessaire d'accompagner leur sortie

⁸⁶² André SCHIFFRIN, *Le Contrôle de la parole*, op. cit., p. 57.

⁸⁶³ André SCHIFFRIN, *L'Édition sans éditeurs*, op. cit., p. 65.

⁸⁶⁴ André SCHIFFRIN, *L'Édition sans éditeurs*, op. cit., pp. 23-24 ; p. 37 ; André SCHIFFRIN, *Le Contrôle de la parole*, op. cit., p. 26.

⁸⁶⁵ André SCHIFFRIN, *L'Édition sans éditeurs*, op. cit., p. 60 ; p. 66 ; pp. 68-69.

⁸⁶⁶ André SCHIFFRIN, *Le Contrôle de la parole*, op. cit., p. 21.

⁸⁶⁷ *Ibid.*, p. 51.

⁸⁶⁸ André SCHIFFRIN, *L'Édition sans éditeurs*, op. cit., p. 68.

⁸⁶⁹ *Ibid.*, p. 64.

⁸⁷⁰ *Ibid.*, p. 42 ; pp. 53-54.

par un battage publicitaire de plus en plus coûteux, obligeant paradoxalement les éditeurs à jouer leur va-tout à chaque titre⁸⁷¹. Les ouvrages qui ne connaissent pas dès les premiers jours de leur sortie le succès escompté se voient impitoyablement relégués à l'arrière boutique ou même retournés à l'éditeur qui les vouera au pilon⁸⁷². En parallèle, les nouveaux propriétaires, ultra-libéraux, se mettent à imposer leur ligne éditoriale, supprimant du catalogue tous les ouvrages jugés contestataires⁸⁷³. Comme on peut s'y attendre, cela a pour effet de modifier profondément la structure de l'offre, excluant toute prise de risque et orientant l'activité autour de gros tirages écrits selon des méthodes éprouvées, le solde du catalogue se limitant à des livres « technico-commerciaux ». Ce changement de production s'accompagne d'un changement de personnel, formé notamment chez Disney à doper coûte que coûte la rentabilité, engageant le monde de l'édition dans la vente de produits dérivés et de disques⁸⁷⁴.

Ces acquisitions capables de ruiner en quelques années le savoir-faire des maisons d'édition traditionnelles et la culture vivante d'un pays se font aux dépens des professionnels souvent passionnés et compétents qui les animaient, mais aussi de la plupart des auteurs et du public. Elles profitent – sur le court terme – aux actionnaires de ces conglomérats, ainsi qu'à leurs dirigeants, dont le salaire perd toute mesure : le PDG de McGraw-Hill touche un salaire annuel de plus de 2 millions de dollars, celui de Viacom – au temps où elle était en passe d'être vendue pour rentabilité insuffisante – 3,25 millions de dollars, celui de Barnes & Noble 1 million de dollars, qui s'ajoutent aux 100 millions qu'il a touchés en options, sans parler en France de l'énorme salaire que se faisait verser Jean-Marie Messier, et de ses 20 millions d'euros d'indemnités prévues au cas où il serait acculé au départ⁸⁷⁵, si bien qu'André Schiffrin se demande si ces salaires exorbitants n'ont pas été versés aux dépens des livres et de leurs auteurs⁸⁷⁶. Ils confortent l'idée plus générale que le droit d'auteur ne sert plus tant les auteurs que les intermédiaires, observation qui se confirmera tout au long de l'histoire de ce droit⁸⁷⁷.

Au demeurant, même le profit démesuré que tirent les dirigeants de telles entreprises ne dure jamais très longtemps et les méthodes qu'ils imposent avec arrogance à leurs collaborateurs finissent souvent par se retourner contre eux. Peter Olson, responsable américain du groupe d'édition Bertelsmann, licenciait avec fracas en 2003 Ann Godoff, l'estimée directrice éditoriale de Random House et héritière de cette honorable

⁸⁷¹ *Ibid.*, pp. 58-59.

⁸⁷² *Ibid.*, pp. 78-79.

⁸⁷³ *Ibid.*, p. 54.

⁸⁷⁴ *Ibid.*, p. 67.

⁸⁷⁵ André SCHIFFRIN, *Le Contrôle de la parole*, op. cit., p. 12.

⁸⁷⁶ André SCHIFFRIN, *L'Édition sans éditeurs*, op. cit., p. 70 ; p. 79.

⁸⁷⁷ Voir ci-dessous, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), pp. 381 ss.

maison, alors qu'elle venait de signer un contrat de trois ans, au prétexte qu'elle « avait systématiquement échoué à réaliser les objectifs de rentabilité à long terme et sur l'exercice budgétaire » ; il est vrai qu'Ann Godoff n'avait rapporté « que » le tiers des 6 millions de dollars de bénéfices annuels que l'on exigeait d'elle. Ce discours ouvertement humiliant fut complaisamment repris par une presse incapable d'y poser un regard critique, et qui omit scrupuleusement de remarquer que les 4 millions qui lui manquaient correspondaient d'assez près au bénéfice réalisé en format de poche grâce à son fonds, mais que Peter Olson avait retiré à Random House au profit de Vintage⁸⁷⁸. Par un retour des choses et pour les mêmes raisons, Peter Olson était à son tour débarqué en 2008 par l'exécutif de Bertelsmann du poste de PDG de Random House qu'il occupait alors⁸⁷⁹.

Cette partie de « chaises musicales » n'est pas le seul prix à payer pour une telle politique commerciale. La recherche à outrance du profit appliquée aux domaines de la musique, de l'édition ou du cinéma ne manque pas de modifier de fond en comble la motivation de la création, contrairement à ce qu'affirmait fallacieusement Peter Olson au New York Post, allant jusqu'à prétendre qu'« il n'y a pas de contradiction entre la qualité littéraire et les résultats financiers »⁸⁸⁰. Cette affirmation, qu'André Schiffrin qualifie « d'absurdité flagrante », se trouve, on l'a vu, manifestement démentie par les faits si l'on entend par « résultats financiers » les bénéfices dégagés par la recherche non du profit, mais de sa *maximisation*. Lynn Hirschberg, qui a consacré un long portrait complaisant de Peter Olson en 2003 dans le Times Magazine, n'est pas dupe et note que le but d'une maison comme Random House reste « le succès financier plutôt que l'excellence littéraire »⁸⁸¹. De la même manière, la motivation de la création cinématographique se trouve profondément bouleversée par la vente de produits dérivés, les films étant désormais conçus en vue de leur promotion. On peut se demander si le fond n'est pas atteint lorsqu'on apprend par Tom Schatz que les producteurs hollywoodiens de films pour enfants conçoivent dès l'écriture de leur scénario un nombre de personnages suffisamment important pour permettre à McDonald's de disposer d'assez de figurines en plastique à distribuer aux enfants, assurant au film une publicité sans égale⁸⁸², prenant en otage les générations montantes et les formant à notre modèle de consommation insatiable.

Même sur le plan financier, cette avidité entraîne des résultats catastrophiques sur le moyen terme : après avoir appauvri jusqu'à l'indigence les meilleurs catalogues et

⁸⁷⁸ André SCHIFFRIN, *Le Contrôle de la parole*, op. cit., pp. 50-53.

⁸⁷⁹ Mark LANDLER, *Random House Chief to Step down, Executives say* [a], dans The New York Times, 06.05.2008 ; <http://www.nytimes.com/2008/05/06/books/06book.html?partner=rssnyt&emc=rss>

⁸⁸⁰ André SCHIFFRIN, *Le Contrôle de la parole*, op. cit., p. 52.

⁸⁸¹ « Financial success, rather than literary excellence, is the goal » (Lynn HIRSCHBERG, *Nothing Random* [a], dans The Times Magazine, 20.07.2003 ; <http://www.nytimes.com/2003/07/20/magazine/20RANDOM.html>, p. 1).

⁸⁸² Tom SCHATZ, *Conglomerates and the Media*, The New Press, New York 1998, cité par André SCHIFFRIN, *Le Contrôle de la parole*, op. cit., p. 58.

contraint les différentes maisons d'un même groupe à se concurrencer au point d'offrir des « avances sur droits » défiant toute raison aux auteurs à succès du moment, la recherche frénétique de rentabilité à court terme fait place à un ralentissement sévère du rythme de croissance : en 1997 par exemple, Random House déclara un bénéfice correspondant à seulement 1% de son chiffre d'affaires, bien au-dessous de ce qu'elle annonçait avant l'arrivée de S. I. Newhouse, le directeur éditorial du magazine *Vogue*⁸⁸³.

En France, Gallimard a doublé de taille le 5 septembre 2012 avec le rachat de Flammarion, alors en mains de l'italien RCS MediaGroup. L'Autorité de la concurrence, par décision du 30 août 2012, n'a rien trouvé à y redire, au motif que le nouveau groupe, presque entièrement détenu par la famille Gallimard, reste avec ses 530 millions d'euros de chiffre d'affaires loin derrière les plus gros acteurs du marché, Hachette Livre du groupe Lagardère et Éditis du groupe Planeta, qui ont généré en 2011 des chiffres d'affaires respectivement de 2'038 et 706 millions d'euros, distribution comprise. Il devient ainsi le premier groupe indépendant dans l'Hexagone⁸⁸⁴. L'annonce est suivie des désormais classiques assurances de respect de « l'âme » de chacune des anciennes entités, au vu de leur « complémentarité »⁸⁸⁵. Il ne faut pourtant pas être grand clerc pour anticiper les « inévitables » compressions de doublons, ne fût-ce que dans le domaine de la distribution, ainsi que l'appauvrissement progressive des fonds qui s'ensuivra, qui seuls peuvent justifier une telle opération. Cette fusion annonce aussi une lutte accrue contre le « piratage », puisque c'est l'un des motifs affichés par Antoine Gallimard pour la justifier⁸⁸⁶. Si certains ont prétendu que les thèses d'André Schiffrin, jugées excessives, ne décrivaient au mieux que la situation aux États-Unis, mais assurément pas en France, on voit qu'il n'en est rien. L'ouvrage d'Olivier Bessard-Banquy, *L'Industrie des lettres*, montre clairement qu'il n'en est rien, à quelques détails près⁸⁸⁷. Olivier Bessard-Banquy note le changement de rôle d'éditeur, aux États-Unis comme en Europe : d'intermédiaire « au service de la création » entre l'auteur et ses lecteurs, il est devenu « un véritable opérateur culturel », qui « se fait fort d'adapter la création au goût supposé du public »⁸⁸⁸. Nous retrouvons, une fois de plus, la notion de *fabrication de la demande* par l'offre.

⁸⁸³ André SCHIFFRIN, *L'Édition sans éditeurs*, op. cit., p. 59.

⁸⁸⁴ Jean-Pierre MULLER, AGENCE FRANCE PRESSE, *Feu vert au rachat de Flammarion par Gallimard* [a], dans *Le Monde.fr*, 30.08.2012, http://www.lemonde.fr/livres/article/2012/08/30/feu-vert-au-rachat-de-flammarion-par-gallimard_1753358_3260.html ; Anne FEITZ, *Gallimard double de taille avec le rachat de Flammarion* [a], dans *Les Échos.fr*, 28.06.2012, <http://www.lesechos.fr/entreprises-secteurs/tech-medias/actu/0202142863461-gallimard-double-de-taille-avec-le-rachat-de-flammarion-338426.php>.

⁸⁸⁵ Marianne PAYOT, *Antoine Gallimard : « Le rachat de Flammarion, une opportunité historique »* [a], dans *L'Express*, 05.09.2012, http://www.lexpress.fr/culture/livre/antoine-gallimard-les-francais-restent-tres-attaches-au-livre_1156895.html.

⁸⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁸⁷ Olivier BESSARD-BANQUY, *L'Industrie des lettres*, op. cit.

⁸⁸⁸ *Ibid.*, p. 122.

Tous ces changements ont été le plus souvent analysés « comme quasi inévitables, comme des sous-produits naturels du capitalisme »⁸⁸⁹. Si André Schiffrin affirme qu'il n'en est rien, il semble plutôt, à la lumière de l'analyse du capitalisme qui précède, que ce résultat était *inévitabile* dès lors que l'on admet le capitalisme comme système économique de référence, mais que c'est l'adoption de ce dernier, qui, elle, peut être parfaitement évitée. Sur le fond, l'analyse reste semblable.

□ *Répartition des gains*

Les chiffres d'affaires évoqués plus haut ne deviennent vraiment parlants qu'en connaissant la décomposition du prix d'un CD acquis à la FNAC ou dans une grande surface. Reprenons donc les résultats de l'enquête menée en 2003 par le magazine Numérama sur la base des données avancées par le SNEP. L'analyse rappelle à titre liminaire le rôle de chacun des intervenants de la chaîne musicale afin de pouvoir juger si la part attribuée à chacun est justifiée par la prestation effectuée. L'auteur compositeur crée l'œuvre que les artistes-interprètes vont exécuter ; le producteur (maison de disque) financera la promotion de l'interprète, l'enregistrement de l'interprétation et le pressage du CD effectué par l'éditeur phonographique ; il organisera les concerts, ainsi que les aspects de « relations publiques ». Le distributeur des supports prendra alors le relais et le grossiste assurera la vente des supports destinés à la revente. Le détaillant, qui, de plus en plus, joue également le rôle de distributeur, se charge de la vente au public.

Une fois le prix de la TVA déduit (19,6% en France !), le solde se décomposera comme suit : 7% pour le parolier, entre 10% et 19% pour l'interprète, selon le contrat signé et la notoriété de l'intéressé, 22% pour la distribution, et le solde, soit 52 à 61%, pour les maisons de disques. Si l'on détaille la part revenant aux maisons de disques, elle se décompose à son tour comme suit : 6% pour les frais d'enregistrement, 21% pour la fabrication du disque (estimation généreuse), 25% de frais généraux, 31% de frais de promotion et... 17% de marge d'exploitation. On retiendra de tout ceci que la marge des distributeurs et celle des maisons de disques est généreuse, et que les frais de promotion sont fort onéreux, puisqu'ils représentent 16 à 19% du prix hors TVA du disque⁸⁹⁰. Il faut encore prendre en compte les frais généraux des sociétés de perception, telles que la SACEM pour la France ou la SUISA pour la Suisse, sur lesquels je reviendrai⁸⁹¹.

Ces chiffres correspondent à ceux publiés dans le magazine informatique *01net.com* à propos des ventes en ligne de fichiers musicaux sur l'*iTunes store* : sur la vente d'un titre à 99 centimes d'euros, la SACEM percevrait 7 centimes à titre de droits d'auteur

⁸⁸⁹ André SCHIFFRIN, *Le Contrôle de la parole*, op. cit., p. 54 ; Antoine Gallimard, pour justifier son acquisition de Flammarion, affirme dans la même veine qu'il « n'avait pas le choix » (Marianne PAYOT, *Antoine Gallimard : « Le rachat de Flammarion, une opportunité historique »* [a], op. cit.)

⁸⁹⁰ NUMERAMA, *Prix des CD : où va votre argent ?* [a], 20.11.2003, <http://www.numerama.com/magazine/d/1/8051-Prix-des-CD-ou-va-votre-argent.html>.

⁸⁹¹ Voir ci-dessous, chap. « Les sociétés de gestion collective », pp. 276 ss.

en faveur du compositeur et/ou de l'auteur des paroles, dont elle ne leur reverse que 2 centimes ; s'y ajoutent 14 centimes pour l'interprète⁸⁹².

Mais les artistes ne sont pas toujours aussi bien rémunérés. Courtney Love rapporte que le groupe TLC, malgré la vente de CDs pour 175 millions de dollars, ne touchait que 2% du prix de vente, soit quarante fois moins que le profit que se partageaient entre eux son *manager*, son producteur et sa maison de disques. De même, Toni Braxton, bien qu'elle eut vendu pour 188 millions de dollars de CDs, ne touchait que 35 centimes par album en application du contrat défavorable qu'elle avait initialement signé⁸⁹³.

Dana Hilliot, le fondateur du label musical en ligne « Another Record », résume assez bien la situation, nous rappelant en des termes assez crus que le marché du disque n'est pas là pour nourrir les artistes, mais ses intermédiaires :

« les artistes auxquels le marché s'intéresse s'enrichissent bien moins que certains intermédiaires, et il vaut sans doute mieux pour son compte en banque être le PDG d'une major qu'un artiste, même à succès. [...] »

Il ne relève pas de la mission de sociétés privées de présenter la diversité du paysage musical, ni de rendre justice à des artistes peu médiatisés, pas plus que de découvrir de nouveaux talents (quoi qu'"ils" en disent !) : la vocation de l'industrie du disque, à quelque échelle que ce soit, reste avant tout de vendre des produits dérivés de la musique, de minimiser les risques liés à l'investissement et de favoriser autant que possible l'enrichissement des intermédiaires qui travaillent autour de ce produit. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les majors entreprennent désormais de maîtriser le produit de A à Z, de la création à la distribution, en fabriquant de toute pièce des artistes, incarnant les Pygmalion modernes : qui serait mieux à même de satisfaire le marché que les principaux acteurs du marché (c'est-à-dire les industriels) – la musique représente un investissement trop risqué pour qu'on laisse les artistes y prendre part.

Le marché consacre non pas les artistes, mais les intermédiaires, les techniciens, les producteurs, les promoteurs, les médias, les distributeurs, les disquaires. L'artiste en tant que tel n'a rien à y faire "en personne" : il ne peut s'y inscrire que dans la mesure où son travail est susceptible d'être rentable, il n'est au fond qu'un représentant de commerce supplémentaire dans la chaîne des représentants de commerce qui s'emploient à diffuser le produit de la musique. »⁸⁹⁴

Voilà qui a le mérite d'être clair et qui rejoint la position d'Alan Light, ancien rédacteur de la revue *Spin* :

« Une compagnie multimédia a l'obligation de réaliser des bénéfices pour ses actionnaires, et non de faire les meilleurs disques, et il est naïf de prétendre faire autrement. »

Non seulement le marché du disque n'est pas là pour nourrir les artistes, mais il permet aux intermédiaires de développer la relation entre les artistes et leur public en fonction du profit qu'ils pourront en retirer. Pour ce faire, ces derniers favorisent – comme ils le

⁸⁹² 01NET.COM, *La Sacem voit d'un mauvais œil les offres de musique illimitée* [a], dans 01 Net.com, 20.06.2008, éditorial ; <http://www.01net.com/editorial/382829/la-sacem-voit-d-un-mauvais-oeil-les-offres-de-musique-illimitee/?rss>.

⁸⁹³ Courtney LOVE, *Courtney Love does the Math* [a], 14.06.2000, http://www.salon.com/2000/06/14/love_7.

⁸⁹⁴ Dana HILLIOT, *De la Dissémination de la musique* [a], février 2005, www.outsiderland.com/danahilliot/pdf/dissemination.pdf, p. 13.

font dans tout autre marché – les désirs les plus courants, les plus « standard » de leur clientèle, et poussent la logique du profit jusqu'à construire la demande en fabriquant des « artistes » au profil lisse susceptibles de répondre à un large public international :

« les maisons de disques embauchent en fonction des espoirs de vente, privilégiant les modes les plus récentes et inondant le marché de clones. Tout ce que jouent la radio et MTV semble être sorti de la même chaîne de montage. »⁸⁹⁵

Nous retrouvons, intacte, la fabrication capitaliste de la demande par l'offre et la tendance des producteurs à réduire systématiquement la diversité du choix des acheteurs au profit d'une standardisation de l'offre et d'un renforcement de la « concurrence monopoliste », que le conflit judiciaire ayant opposé l'association Kokopelli au semencier Graines Baumaux SAS a cruellement mis en lumière⁸⁹⁶. Poussé par le profit, le marché traditionnel du disque physique gère ses catalogues dans une logique contraire au développement de la diversité : il est toujours plus profitable financièrement, dans une logique de rareté, d'exploiter un catalogue réduit aux seuls « succès » du moment : et si la culture est entendue dans le sens de ce qui nous ramène à nos racines sociales et nous permet de développer notre personnalité, autrement dit si la culture entend, conformément à ce que prône la définition de l'UNESCO à propos du « patrimoine culturel immatériel »⁸⁹⁷, être le « creuset de la diversité culturelle » qui « contribue à promouvoir [...] la créativité humaine », le marché du disque physique tel que l'organise le capitalisme s'avère assurément *anti-culturel*.

Courtney Love et Steve Albini nous donnent deux autres exemples concrets de répartition de gains dans le monde de la musique. Courtney Love, dans un article paru en l'an 2000, fait le détail des postes relatifs à la production d'un album à succès qui se vendra à un million d'exemplaires : un contrat qui, de prime abord, semble de rêve, avec 20% de droits (« royalties ») et un million de dollars d'avance pour un groupe de quatre membres ne leur laissera en bout de compte, après remboursement de l'avance et le paiement des frais de promotion, que 45'000 dollars chacun, avec lesquels il leur faudra vivre un an⁸⁹⁸. Steve Albini, musicien de rock et producteur entre autres albums de *In Utero* du groupe Nirvana, publiera en 1993 un article qui fera date : *The Problem*

⁸⁹⁵ Claudine AUGER, Laurent LAPIERRE, *L'Industrie du disque au Canada*, 10.06.2002, <http://www.gestiondesarts.com/index.php?id=1373>, chap. « L'émotion n'y est plus ».

⁸⁹⁶ KOKOPELLI, *La Biodiversité sacrifiée sur l'autel de la productivité - La Cour de Justice de l'Union Européenne désavoue Kokopelli et son avocat général*, 13.07.2012, http://kokopelli-semences.fr/juridique/proces_perdu_2012 ; l'arrêt arrêt de la Cour européenne du 12 juillet 2012 : CJUE, 3^{ème} Ch., 12.07.2012, affaire C-59/11 ; <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=125002&pageIndex=0&doclang=FR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=36859> ; voir aussi Blanche MAGARINOS-REY, *Retour sur un procès perdu*, juillet 2012, <http://kokopelli-semences.fr/juridique/proces-perdu>.

⁸⁹⁷ Convention de l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine immatériel du 17 octobre 2003 ; voir ci-dessus, p. 221.

⁸⁹⁸ Courtney LOVE, *Courtney Love does the Math* [a], op. cit., cité par Stéphanie Jane BOOTH, *Pirater n'est pas voler, en sept mythes* [a], op. cit., mythe n°3, « Les artistes sont des gens qui vendent des CDs »

with Music, qui offre le mérite d'établir la répartition finale des gains entre l'ensemble des acteurs. Certains des nombreux postes figurant dans ce décompte passent pour n'être plus d'actualité, mais un site comme Negativland.com assure que pour l'essentiel ils restent riches d'enseignement.

Pour une tournée de cinq semaines dont la recette s'élève à 50'000 dollars et un album, vendu à 250'000 exemplaires et rapportant 3'000'000 de dollars de chiffre d'affaires, considérant qu'un taux de 11,7% revient contractuellement au groupe à titre de droits, la répartition entre acteurs sera la suivante, le groupe de musique comptant quatre membres⁸⁹⁹ :

Label:	\$ 710,000
Producteur:	\$ 90,000
Manager:	\$ 51,000
Studio:	\$ 52,500
Label précédent:	\$ 50,000
Agent:	\$ 7,500
Avocat:	\$ 12,000
Chaque membre du groupe:	\$ 4,031.25

Afin d'éviter tout malentendu, Steve Albini précise :

« À un quart de son contrat, le groupe a fait gagner plus de 3 millions de dollars à l'industrie mais se trouve dans le rouge de 14'000 dollars sur leurs "royalties". Chaque membre du groupe a gagné un tiers d'un salaire moyen de 7/11, mais ils ont fait un tour de bus pendant cinq semaines. Il se passera la même chose pour le prochain disque mis à part que le label leur demandera d'y investir plus de temps, de travail et d'argent. La tournée suivante se déroulera de la même manière, à ceci près que l'avance de "merchandising" ayant déjà été payée, le groupe ne verra pas un centime de "royalties" sur la vente de t-shirts. »⁹⁰⁰

Tout semble bon aux majorats du disque pour augmenter leur profit. Dana Hilliot affirme qu'« il ne relève pas de la mission de sociétés privées [...] de découvrir de nouveaux talents » ? On notera pourtant que la SNEP a demandé en 2011 l'instauration d'un « dispositif de soutien » de 50 millions d'euros sur cinq ans à la production phonographique locale qu'elle a pourtant elle-même divisée en 2002, et ce alors qu'elle bénéficie déjà de crédits d'impôts⁹⁰¹... Les entreprises capitalistes semblent décidément trouver normal que la société civile prenne en charge et sans la moindre contrepartie les frais qui leur permettront de générer leurs bénéfices très privés.

⁸⁹⁹ Steve ALBINI, *The Problem with Music* [a], 1993, <http://www.negativland.com/albini.html> ; trad. française de Jean-Marc Rimette, <http://www.reimspunknroll.free.fr/download/albinitraduit.rtf>.

⁹⁰⁰ Steve ALBINI, *The Problem with Music* [a], op. cit.

⁹⁰¹ Lionel COSTES, *Actualités – éclairage*, dans RLDI, n°75 (octobre 2011), p. 5.

Les majorats

❑ *Des intermédiaires qui ne représentent pas les auteurs*

Janis Ian, auteure/interprète américaine de Jazz, lauréate d'une dizaine de *Grammy Awards*, est également connue pour sa critique des majorats de la musique, développée dans deux articles qui ont fait le tour du monde : *The Internet Debacle : An Alternative View* (mai 2002) et *Fallout : A Follow Up To The Internet Debacle* (août 2002). Elle se montre particulièrement outrée lorsque les majorats prétendent représenter les intérêts des auteurs, alors qu'ils ne servent que les leurs :

« C'est affreux de penser que l'on demande aux consommateurs d'assumer la responsabilité des problèmes de l'industrie, qui existaient bien avant l'Internet. C'est encore pire de penser que l'on raconte aux consommateurs que *leur* rôle est de *nous* protéger, nous, les artistes, alors que notre propre industrie dilapide les dollars que nous gagnons dans des vengeance personnelles et stériles. »⁹⁰²

Plusieurs faits montrent que les majorats de la musique ne représentent jamais qu'eux-mêmes, et qu'ils ne servent en rien les intérêts des auteurs, dont on peut même dire qu'ils leur sont inféodés :

- On voit difficilement comment les majorats peuvent prétendre représenter des artistes alors qu'ils se sont fait céder la titularité de leurs droits patrimoniaux. C'est là, sur le plan juridique, la marque la plus flagrante du fait qu'ils ne font qu'exploiter des œuvres dont ils ont acquis la propriété, et qui sont donc devenues leur. Cette remarque se justifie d'autant plus aux États-Unis, le *copyright* américain ignorant l'existence des droits moraux, si ce n'est par le biais de la Convention de Berne.
- Propriétaires des matrices (« *masters* »), des chutes et même des « démos » des artistes, les maisons d'enregistrement ne leur permettant pas d'autoriser le téléchargement gratuit de leurs œuvres pour les faire connaître au public ; les contrats qu'ils passent avec les artistes sont si durs qu'ils les rendent pour ainsi dire propriétaire de leurs voix, et excluent qu'ils puissent même mettre à disposition des internautes des enregistrements de leurs spectacles (« *live tracks* ») ;
- Aux États-Unis, le contrat standard proposé par l'industrie du disque court sur sept albums, sans limite de temps, alors qu'elle peut unilatéralement et selon ses propres critères considérer qu'un album est « commercialement ou artistiquement inacceptable » et l'écarter par ce motif de ce décompte ; dans tout autre domaine contractuel, et sous nos latitudes, un tel engagement serait considéré comme excessif et, de ce fait, nul et de nul effet ;
- Les majorats américains de la musique contraignent les auteurs/interprètes à accepter une clause par laquelle ils acceptent de ne recevoir que les trois quarts du montant minimum que le Congrès exige qu'ils leur paient...
- Les droits « très généreusement » concédés par les majorats aux auteurs/éditeurs ont passé de 6 cents par face en 1960 à 8 cents ;
- Lorsque les albums sont retirés des bacs, les auteurs ne les reçoivent même pas en retour, et les majorats peuvent les transférer à une autre maison de disques ; de la sorte, des carrières peuvent être brisées en fonction de l'attitude de la nouvelle propriétaire des œuvres ;

⁹⁰²

Janis IAN, *The Internet Debacle : An Alternative View*, op. cit., p. 6 ; c'est l'auteur qui souligne.

- Toujours parce que la maison de disques « possède » en quelque sorte la voix de l'interprète par contrat, même après qu'elle a décidé de sortir ses interprétations des bacs, l'interprète n'est pas libre d'effectuer de nouveaux enregistrements ailleurs ; et même lorsque le contrat de base est arrivé à échéance, le chanteur subit encore la clause provisionnelle de ré enregistrement (« *re-record provision* ») l'interdisant d'enregistrer, parfois pendant plusieurs décades, les chansons qu'il avait interprétées pour son ancienne maison⁹⁰³.
- Les majorats, bien qu'ils se plaignent des intermédiaires, ne cessent de les protéger par rapport aux artistes ; ainsi BMG facture 11 dollars par CD aux artistes qui acquièrent leurs propres albums pour les vendre dans le cadre de leurs concerts ;
- Les majorats de la musique ont dépensé quelque 45 millions de dollars en 2001 pour financer leurs groupes de pression (« *lobbies* »)⁹⁰⁴ ; en regard, les artistes touchent une si faible commission sur les ventes de CD que cela fait écrire à Paul Grisot : « Les artistes [...] ont été moins affectés par la chute des ventes de CD que les maisons de disques, puisqu'ils ne perçoivent en général qu'un pourcentage limité sur les ventes de disques. »⁹⁰⁵
- Sous la pression de la puissante RIAA, représentante des majorats de la musique, un « amendement technique » ajouté en novembre 1999 au *Copyright Act* américain a accordé le statut de « *work for hire* » aux prestations des majorats, ce qui a eu pour effet d'étendre à 35 ans la prescription de leurs dettes à l'encontre des auteurs. Joint aux difficultés toujours plus grandes faites aux groupes qui, confrontés aux violations parfois graves des engagements contractuels des majorats, ne voient pas d'autre issue pour se libérer de contrats manifestement inégaux que de se mettre en faillite, cet *addendum* revient à livrer les artistes aux majorats et à rendre leurs créances imprescriptibles dans les faits⁹⁰⁶.

□ *Exploitation contractuelle des auteurs*

La stratégie contractuelle des majorats de la musique est tout aussi effarante. Rien de tel que le témoignage de Steve Albini pour en comprendre la mécanique, qui table à la fois sur l'inexpérience des groupes à leurs débuts et sur les difficultés qu'éprouvent les moins fortunés à faire valoir leurs droits aux États-Unis :

« De nos jours, les majors impliquées dans la recherche de nouveaux groupes ont toutes un type de pointe, une sorte de commercial, spécialiste du A&R (Artiste & Répertoire), qui peut montrer le coté sympathique des choses à un groupe en recherche de label. [...] Le responsable A&R est le premier à prendre contact avec les groupes et en tant que tel, le premier à leur promettre la lune.

Ces types n'ont pas le droit de rédiger les contrats. Ils présentent une "lettre d'intention" qui mentionne vaguement certaines conditions et qui affirme que le groupe signera sur le label une fois qu'un contrat sera signé. Ce qui fait peur à propos de cette lettre, c'est qu'il s'agit d'un document tout à fait légal et contractuel. Cela signifie qu'une fois signée, le groupe est dans l'obligation de travailler avec le label. Si le label leur propose un contrat qu'ils ne souhaitent pas signer, tout ce que ce label fait est d'attendre. Il y a des centaines d'autres groupes qui n'attendent qu'une chose : signer ce même contrat, ainsi le label est en position de force. Ces lettres n'ont pas

⁹⁰³ *Ibid.*, respectivement p. 6 ; p. 8 ; p. 9.

⁹⁰⁴ *Ibid.*, p. 10

⁹⁰⁵ Paul GRISOT, *Numérisation de la musique et convergence des médias : les mutations de l'industrie musicale* [r], juin 2008, Université Robert Schuman, Institut d'Études politiques de Strasbourg ; http://urs-srv-eprints.u-strasbourg.fr/333/01/GRISOT_Paul_2008.pdf, p. 121.

⁹⁰⁶ Courtney LOVE, *Courtney Love does the Math* [a], op. cit., chap. « Recording Industry Association of America (RIAA) ».

de délai d'expiration, donc le groupe reste lié jusqu'à la signature d'un contrat, peu importe combien de temps ça dure. Et le groupe ne peut signer avec un autre label, ni même auto produire ses disques, à moins d'être dégagé de cet engagement, ce qui n'arrive jamais ! Ne vous méprenez pas : une fois qu'un groupe a signé une lettre d'intention, il signera un contrat qui conviendra au label ou disparaîtra.

Un de mes groupes favoris a été pris en otage pendant près de deux ans par un de ces types du genre "il ressemble pas à un mec de l'industrie", à cause d'une telle lettre. Il n'a tenu aucune de ses promesses (ce qu'il a d'ailleurs fait avec un groupe connu), donc le groupe a voulu partir. Un autre label était intéressé, mais quand on lui a demandé de laisser partir le groupe, il a dit qu'il lui faudrait une compensation financière ou des parts dans les bénéfices du groupe, voire les deux. Le second label, effrayé par un tarif sans doute trop élevé, préféra refuser. »⁹⁰⁷

❑ *Critique du « star system »*

Enfin, le modèle économique fondé sur la notoriété de quelques vedettes mondiales, plus connu sous le nom de « star system », mis en place par les majorats de la musique et qui complète leur stratégie d'économies d'échelle, peut se résumer ainsi : « on produit à perte jusqu'au succès, en finançant de jeunes talents par les profits réalisés sur les vedettes, rendues captives par des avances conséquentes. »⁹⁰⁸ Cette remarque montre clairement à quel point le « star system », dans son principe même qui n'est du reste pas sans rappeler les pratiques des usuriers, s'inscrit contre les artistes et non en défense de leurs droits. Pour pouvoir s'émanciper de leur maison de disques, les artistes doivent pouvoir lui rembourser grâce aux droits (« royalties ») convenus sur les ventes la totalité des avances sur recette dont il a bénéficié au moment de la sortie d'un album. Or ces droits sont si faibles qu'ils ne lui permettent de les rembourser qu'à partir de 100'000 exemplaires vendus (France), voire 500'000 exemplaires (États-Unis) ; à titre d'exemple, un tel résultat ne fut atteint en 2004 que par 120 albums, hors bande originale de films ou compilations, soit moins de 6% des albums commercialisés par les majorats⁹⁰⁹. Autant dire que les artistes qui ont réussi à se libérer de l'emprise financière de leur maison de disques ne sont pas légion.

La stratégie des avances sur recettes, couplée avec des dépenses conséquentes engagées par les maisons de disques qui vont grever rapidement l'avance concédée, participe pour beaucoup de la captivité des artistes à l'égard des majorats, au point que le système tout entier semble construit pour assurer leur exploitation. Tel est notamment l'avis de Steve Albini⁹¹⁰. Stephanie Booth résume pour sa part: « Si les

⁹⁰⁷ Steve ALBINI, *The Problem with Music* [a], op. cit.

⁹⁰⁸ Véronique MORTAIGNE, Nicole VULSER, *Après la chute des ventes de disques, l'industrie musicale se recompose* [a], dans *Le Monde*, 25.01.2008 ; http://www.lemonde.fr/culture/article/2008/01/25/apres-la-chute-des-ventes-de-disques-l-industrie-se-recompose_1003673_3246.html.

⁹⁰⁹ Paul GRISOT, *Numérisation de la musique et convergence des médias* [r], op. cit., p. 104, note 35, citant Marc BOURREAU, Benjamin LABARTHE-PIOL, *Crise des ventes de disques et téléchargements sur les réseaux Peer-to-peer. Le cas du marché français* [a], dans *Réseaux*, n°139 (mai 2006), pp. 105-144, et Eric S. BOORSTIN, *Music Sales in the Age of File Sharing*, 2004, Princeton University ; <http://www.cs.princeton.edu/~felten/boorstin-thesis.pdf>.

⁹¹⁰ Michka ASSAYAS, *Dictionnaire du Rock*, Robert Laffont, coll. Bouquins, Paris 2000, pp. 20-21.

artistes sont perdants, c'est parce que les maisons de disque ont conçu le système pour qu'ils le soient. »⁹¹¹

Les sociétés de gestion collective

Favoriser les intermédiaires, bien plus que les auteurs : tel est bien, comme l'admet Dana Hilliot en cohérence avec tout ce que nous savons des fondamentaux du capitalisme, le but des lois actuelles sur le droit d'auteur, inspirées directement pour la plupart par les majorats eux-mêmes⁹¹². S'il est clair que les majorats font partie de ces intermédiaires, qu'en est-il des organismes de gestion collective ? Ne doit-on pas plutôt les considérer comme représentants des auteurs, conformément à l'image qu'ils cultivent et aux raisons qui les ont vu naître ? Thomas Paris, soucieux de présenter le droit d'auteur dans sa dimension concrète, situe ces sociétés de perception au cœur du système⁹¹³. Il peut donc s'avérer instructif d'analyser l'une d'elles, active en France dans le domaine de la musique, l'un des plus complexes à gérer : la Société des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique, plus connue sous son acronyme, la SACEM. Certaines comparaisons seront établies avec les pratiques de son équivalent suisse, la Société suisse pour les droits des auteurs d'œuvres musicales, elle aussi plus connue sous le nom de SUISA.

□ *Une rente assurée par un quasi monopole*

Bien que la loi n'oblige aucun auteur à solliciter ses services, la SACEM est littéralement incontournable pour qui entend percevoir en France des droits sur ses créations musicales. Elle est considérée comme l'unique interlocuteur des radios et des établissements diffusant de la musique dans leurs locaux, tels que les grands magasins, les salles de cinéma ou les discothèques, charge à la SACEM de redistribuer entre artistes les revenus perçus. Le système est parfaitement rôdé, au point qu'il ne laisse guère de choix aux auteurs, aux compositeurs ou aux interprètes. Cette position de quasi monopole entraîne son lot de situations ubuesques, qu'on trouve relatées çà et là sur l'Internet. Une anecdote en dit long sur le pouvoir de la SACEM ; un musicien vient de participer à une émission radiophonique durant laquelle une de ses compositions a été diffusée. Appelé à la fin de l'émission à remplir la « déclaration SACEM », le musicien surprend l'animateur en lui apprenant qu'il n'a rien à remplir car il n'est pas sociétaire de la SACEM et ne réclame aucun droit pour cette diffusion. L'animateur lui rétorque : « que vais-je donc bien pouvoir leur dire : que j'ai diffusé cinq minutes de silence ? »⁹¹⁴

⁹¹¹ Stéphanie Jane BOOTH, *Pirater n'est pas voler, en sept mythes* [a], op. cit., mythe n°3 (« Les artistes sont des gens qui vendent des CDs »).

⁹¹² Dana HILLIOT, *De la Dissémination de la musique* [a], op. cit.

⁹¹³ Thomas PARIS, *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, op. cit., chap. « la gestion collective, au cœur du système », pp. 79 ss.

⁹¹⁴ xxx

Cette position de quasi monopole, la SACEM la doit à son statut de vénérable institution – fondée en 1851, c'est l'une des premières organisations de ce type au monde : ne percevait-elle pas pour la seule année 2009 un montant de l'ordre de 850 millions d'euros sur une base de 40 millions d'œuvres gérées pour le compte de 132'000 auteurs et éditeurs ?⁹¹⁵ Mais il ne faudrait pas en déduire trop vite un plébiscite des auteurs : il est aussi possible d'y voir le pragmatisme de ses sociétaires, conscients qu'ils sont des complications au-devant desquelles ils iraient en choisissant une autre voie, d'autant plus que les accords passés entre les sociétés de perception internationales interdisent à un auteur ou à un compositeur français de se faire représenter par un autre organisme de collecte dans le monde, notamment en Europe⁹¹⁶. De fait, plusieurs sites Internet très critiques à son égard sont publiés par certains de ses membres⁹¹⁷.

La gestion de cette entreprise privée chargée d'une mission de service public apparaît depuis longtemps trop opaque à certains. Le fait est que Irène Inchauspé et Rémy Godeau, auteurs du livre *Main basse sur la musique. Enquête sur la SACEM*⁹¹⁸, relatent dans leur avant-propos les difficultés qu'ils ont rencontré au cours de leur enquête pour obtenir des informations précises sur une société où même l'État n'avait aucun droit de regard jusqu'en 2001. La SACEM est une machine de guerre dont les frais de gestion sont élevés : pour un montant perçu de 850 millions d'euros⁹¹⁹, ils s'élèvent à quelque 127,5 millions d'euros (redistribution annoncée de 85% des sommes perçues entre 1999 et 2009) ; alors que 65,7% de ses frais tient dans les salaires qu'elle verse à ses 1425 employés⁹²⁰, celui de son patron, Bernard Miyet, pointé d'ailleurs par un rapport de la Commission permanente de contrôle des sociétés de perception et de répartition des droits (SPRD) en 2010, s'élèverait à 600'000 euros, auxquels s'ajoutent 30'000 euros de notes de frais ; les quatre plus gros salaires suivants atteindraient une moyenne de 304'885 euros⁹²¹. Cela laisse aux 1445 autres employés un salaire annuel moyen de 56'711 euros, qui n'a rien de négligeable à l'heure actuelle pour la France, étant précisé que le salaire de Bernard Miyet serait trente à quarante fois supérieur au salaire le plus bas, alors que l'écart entre les salaires ne cesse d'augmenter au sein de la SACEM. Si on compare à présent ces chiffres avec

⁹¹⁵ SACEM, <http://www.sacem.fr/cms/home/la-sacem/etudes/la-sacem-etudes>.

⁹¹⁶ WIKIPEDIA, L'ENCYCLOPEDIE LIBRE, S.A.C.E.M., http://www.wikipedia.org/wiki/Société_des_auteurs_compositeurs_et_éditeurs_de_musique, chap. « Polémiques ».

⁹¹⁷ Par exemple : FONDATION ANTI-SACEM, *Dévoilement des principes d'exploitation du « droit d'auteur » et du « copyright » dont auteurs et compositeurs ne sont pas*, <http://centrebombe.org/anti-sacem.html>

⁹¹⁸ Irène INCHAUSPE, Rémy GODEAU, *Main basse sur la musique – Enquête sur la Sacem*, Calmann-Lévy, Paris 2003.

⁹¹⁹ Ce montant est d'actuellement 961,3 millions d'euros (Emmanuel BERRETTA, *Comment la Sacem se goinfre* [a], 10.04.2010, dans Le Point.fr, <http://www.lepoint.fr/actualites-medias/2010-04-10/comment-la-sacem-se-goinfre/1253/0/442942>)

⁹²⁰ WIKIPEDIA, L'ENCYCLOPEDIE LIBRE, S.A.C.E.M., op. cit.

⁹²¹ Emmanuel BERRETTA, *Comment la Sacem se goinfre* [a], op. cit.

ceux concernant les revenus des artistes, considérant qu'à travers le monde moins de 1% des auteurs gagne sa vie grâce à ses droits d'auteur, on peut considérer que le nombre d'artistes à qui la SACEM permet de vivre de leurs droits est inférieur à celui de ses employés⁹²². Dit crûment mais sans grand raccourci : avec la SACEM, le droit d'auteur profite davantage à ceux qui ne créent rien.

On peut en dire autant, toutes proportions gardées, de la Suisse. Le rapport 2008 de la SUISA, l'organisme helvétique de perception des droits d'auteur dans le domaine musical, faisait état d'un chiffre d'affaires record : augmentation du revenu des licences de près de 7%. Sur les 141,27 millions de francs collectés, 121,6 millions sont reversés aux auteurs⁹²³.

□ *Critique de certaines perceptions*

Les sources de perception des redevances sont multiples : achat d'une œuvre sur support physique, déclaration des chaînes de radiodiffusion (radios et télévisions) à l'occasion de la diffusion d'une œuvre protégée, sondages portant sur des événements programmés, abonnements des auditeurs et téléspectateurs auprès des sociétés désignées (Billag pour la Suisse) et abonnements conclus auprès de sites agréés de téléchargement ou d'écoute d'œuvres en ligne (« *streaming* »), ainsi que redevances perçues sur la vente des supports de données, au titre de droits sur les copies privées. Les concerts privés donnent aussi lieu à une déclaration et au paiement de droits, sauf s'il s'agit d'un concert donné dans le cercle familial, cercle dont la définition est fort restrictive.

Ces sources de perceptions sont parfois contestées, voire choquent des pans toujours plus importants de la société civile. La contestation est de deux ordres : elle porte parfois sur le montant perçu, ou sur la source elle-même. Concernant le montant perçu, je rappellerai le conflit judiciaire qui a opposé la SACEM au Syndicat National des Discothèques (SNDL) entre 1978 et 1992, ce dernier estimant qu'elles lui payaient une redevance trop élevée. La Cour de justice européenne finira par reconnaître en 1989 la position dominante occupée par la SACEM. Celle-ci ne parvenant pas à justifier ses tarifs par rapport à ceux pratiqués par ses homologues européennes, en 1993, le Conseil de la Concurrence désavoue la SACEM, et un an plus tard le taux de redevance sur les recettes des boîtes de nuit finit par passer de 8,25% à 3,70%⁹²⁴.

La SACEM, qui avait jusque là défendu sa position en invoquant les principes du droit d'auteur et son rôle – monopolistique – de défense des auteurs, était ainsi jugée à l'aune du droit de la concurrence, et l'intervention du Conseil de la Concurrence a indéniablement eu pour effet « de modifier l'équilibre des forces en présence : la

⁹²² Ce chiffre reste biaisé en faveur de la Sacem, car nombre d'artistes qui déposent leurs œuvres à la Sacem n'ont pas l'ambition de vivre de leurs œuvres et n'y consacrent pas le plus clair de leur temps.

⁹²³ 20MINUTES.CH du 23.06.2009, p. 12.

⁹²⁴ Irène INCHAUSPE, Rémy GODEAU, *Main basse sur la musique – Enquête sur la Sacem*, op. cit. ; Thomas PARIS, *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, op. cit., p. 170.

SACEM [...] agissait sous couvert du droit d'auteur mais désormais sous la menace du droit de la concurrence »⁹²⁵. Si l'arrêt qui donna raison aux discothèques fut parfois critiqué à ce titre, les tensions grandissantes entre le droit d'auteur et d'autres principes généraux comme ceux du droit de la concurrence et du droit à la culture, qui mettent en question la légitimité même du droit d'auteur, laissent présager que cette première incursion du droit de la concurrence sera suivie d'autres ; d'où la nécessité de réorienter la réflexion relative à ce droit très particulier en l'ancrant sur ses grands principes plutôt que de faire de lui le lieu d'un arbitrage entre différentes filières purement commerciales.

Certains cadres de perception sont ouvertement contestés, voire ont été occasion de scandale : en 2006, à l'occasion du spectacle de fin d'année de l'école de Peillac, en France, les élèves d'une maîtresse qui partait à la retraite lui ont chanté *a capella* la chanson écrite notamment par Hugues Auffray, *Adieu Monsieur le Professeur*, sans avoir prévenu auparavant la SACEM alors que le spectacle, sans but lucratif mais bel et bien programmé – autrement dit annoncé à l'avance – avait lieu dans un lieu jugé public. La SACEM, prévenue de la chose par voie de presse, envoya aux organisateurs de la fête une facture forfaitaire de 75 euros, couvrant tout le contenu du spectacle. Précisons qu'il ne pouvait s'agir d'une amende, la SACEM n'étant pas un organisme public et ses perceptions ne pouvant en conséquence être assimilées à des taxes. L'affaire, relayée par Ouest-France⁹²⁶, choqua la France entière. Hugues Auffray finit par payer lui-même la note à la SACEM (!), non sans avoir indiqué à la commune de Peillac que sa décision n'impliquait aucun désaveu du principe de la juste rémunération des auteurs.

Cette affaire, anecdotique en soi, illustre les limites d'un système où la propriété s'entend comme un droit exclusif imposable à tous et en presque toutes circonstances, aux dépens d'un sens plus médiéval laissant place à certains usages collectifs visant à renforcer la cohésion sociale. La propriété foncière, qui, au Moyen Âge, cohabitait avec des droits coutumiers ne diminuant en rien la substance de la terre, trouve une analogie dans la société de la connaissance avec les rapports établis entre le droit d'auteur et ses exceptions. Personne ne saurait prétendre que des chants d'enfants, dans le cadre d'une représentation certes publique mais sans but lucratif, sont susceptibles de menacer la possibilité offerte aux artistes par le droit d'auteur de vivre de leurs œuvres. Hugues Auffray, à sa décharge, semble l'avoir compris. Une société où il n'est plus possible de s'approprier un succès populaire – censé de ce fait avoir déjà nourri ses auteurs – et de le partager à d'autres, dans la simple joie d'être ensemble, sans avoir à mettre la main à sa bourse est une société condamnée à se disloquer. C'est ce que la société civile française a justement retenu de cette histoire, et qui condamne à

⁹²⁵ Thomas PARIS, *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, op. cit., p. 186.

⁹²⁶ Nathalie FLOCHLAY, *L'école doit payer des droits pour une chanson* [a], dans Ouest-France, 13.07.2006 ; http://www.ouest-france.fr/Bretagne_detail.asp?idDOC=315631.

ses yeux le droit d'auteur – si ce n'est dans son principe, du moins dans sa mise en œuvre.

Un autre sujet de litige porte sur la rémunération perçue sur la vente des supports de données. Le « droit exceptionnel » à la copie privée, limité à un usage privé et strictement personnel, peut s'exercer sans avoir à requérir l'autorisation de l'auteur, et, jusqu'à une époque récente, sans avoir à rémunérer l'auteur. Les sociétés de gestion des droits d'auteur ont œuvré sans relâche pour que cet usage soit subordonné à une rémunération en faveur de l'auteur. Il en est du reste ainsi pour la plupart des « exceptions » que compte le droit d'auteur, ainsi qu'en droit anglo-saxon pour l'exercice du « *fair use* » (« utilisation équitable »). Dans les brisées du droit de perception s'appliquant aux photocopies, ce droit d'accise pour la copie privée sonore et audiovisuelle a été instauré en France par la loi 85-660 du 3 juillet 1985 sur les droits voisins du droit d'auteur, dite « loi Lang ». D'abord prélevé sur les cassettes audio et vidéo, cette rémunération a été étendue à partir de l'an 2000, toujours sous la pression des sociétés de gestion des droits d'auteur, aux supports d'enregistrements numériques tels que les CD-R, les DVD-R, les clefs USB, ainsi que sur les cartes mémoire des baladeurs MP3 et des décodeurs numériques de téléviseurs intégrant des disques durs afin de permettre la copie d'émissions et de films. Ces droits s'élèvent par exemple à 0,33 cents d'euro par CD-R de 650 Mo, et à 1,27 d'euro par DVD-R de 4,7 Go⁹²⁷.

La Suisse a suivi ce régime⁹²⁸ qui s'est généralisé en Europe à l'exception du Royaume-Uni, de l'Irlande et du Luxembourg. La copie privée n'est désormais tolérée par la directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information visant à harmoniser le droit d'auteur en Europe qu'à la condition de prévoir une *compensation équitable* en faveur des titulaires de droits. On peut dire que ce qui, aux yeux des autorités européennes, n'est désormais qu'une exception accessoire à interpréter de manière la plus restrictive possible ne doit sa survie qu'au constat des industries du loisir de la difficulté technique de mise en œuvre – faute d'un standard en la matière – d'une implémentation systématique de dispositifs anti-copie sur les supports numériques. C'est dans ce contexte qu'il faut comprendre l'engagement des sociétés de gestion des droits en faveur d'une manne qui rapportait en 2007, sur l'ensemble du territoire européen, un montant global de 155 millions d'euros⁹²⁹.

⁹²⁷ S.O.F.I.A. (SOCIÉTÉ FRANÇAISE DES INTERETS DES AUTEURS DE L'ÉCRIT), *Historique législatif de la copie privée numérique en France* [a], <http://www.la-sofia.org/sofia/Adherents/lang/fr/cpn.jsp> ; voir aussi Thomas PARIS, *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, op. cit., pp. 62 ss.

⁹²⁸ Denis MASMEJAN, *Les baladeurs frappés par le droit d'auteur*, dans *Le Temps*, 12.07.2007, p. 27.

⁹²⁹ S.O.F.I.A. (SOCIÉTÉ FRANÇAISE DES INTERETS DES AUTEURS DE L'ÉCRIT), *Historique législatif de la copie privée numérique en France* [a], op. cit. ; la Sacem fait état d'un montant de 121,6 millions de francs français pour 1999 sur le seul territoire français. Ce document contient à sa fin un tableau comparatif des montants perçus par type de support et par pays ; la France vient en premier, suivie du Danemark (pour les supports numériques), de la Hollande puis de la Suisse (SOCIÉTÉ DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS

Ces différentes extensions de la source de la perception ont chaque fois entraîné une levée de boucliers parmi les utilisateurs et, sans grande surprise, parmi les fabricants d'électronique grand public. Trois arguments au moins plaident contre une telle rémunération. Certains appareils sont destinés en grande partie à la duplication de textes rédigés par l'utilisateur lui-même ; tel est le cas par exemple des photocopieuses qui se trouvent dans les entreprises. Les montants sont ainsi perçus auprès des auteurs mêmes des documents copiés, qui, n'étant pas membres d'une société de gestion des droits d'auteur, ne toucheront aucun montant en retour. Quant à ceux qui acquièrent le droit de télécharger un film, une chanson ou un texte, ils sont assurés de payer à deux reprises le droit d'auteur sur l'œuvre : avec le prix d'achat, puis sur le support de stockage, qui n'est pas vendu avec l'œuvre et qui demeure pourtant indispensable pour la bonne exécution de la transaction : on ne peut en effet assimiler le téléchargement légal – et donc presque toujours payant – à une copie privée, puisque le transfert de fichier qu'il suppose relève de l'acquisition originale. Enfin, on peut se demander si le principe même d'une telle perception est justifié, et si le droit de copie privée ne devrait pas au contraire être accordé au public sans contrepartie financière, en compensation du droit reconnu par la société civile aux auteurs, lequel, faut-il le rappeler, constitue une exception au principe de libre circulation des idées et au droit d'accès à la culture, voire aux libertés d'information et d'expression – dont la liberté de création fait partie⁹³⁰.

□ *Une redistribution inéquitable*

Le mode de redistribution des sommes perçues pose lui aussi question. La répartition peut se faire en application de deux principes : l'utilisation effective ou l'extrapolation de sondages et statistiques. Le premier principe semble le plus juste, et la SACEM parvient à répartir plus de 80% des sommes perçues sur sa base, là où la plupart des autres sociétés de perception favorisent la pratique des sondages, plus économique, qui favorise très clairement les « valeurs sûres » au détriment des artistes qui auraient réellement besoin de leurs mannes. Le principe de l'utilisation effective est mis en œuvre par la SACEM soit au moyen de programmes que les organismes de radio et de télédiffusion, ainsi que les organisateurs des principales manifestations publiques lui communiquent, soit au moyen de relevés d'écoutes effectués lors de manifestations telles que les bals, suivis de l'analyse de ces enregistrements, permettant d'identifier la plupart des œuvres jouées et de les attribuer aux auteurs et interprètes concernés. À l'instar de la SACEM, la SUISA privilégie le principe de l'utilisation effective⁹³¹. Malgré tous ces efforts, les sommes perçues sur les supports de données vierges sont nécessairement réparties en fonction de statistiques, puisqu'il n'est pas possible de connaître l'usage privé fait des supports vendus.

DE MUSIQUE, *Les chiffres de la copie privée et de la taxe sur les supports vierges*, http://saceml.deepsound.net/chiffres_copie_privée.html).

⁹³⁰ Voir ci-dessous, partie 07 (« Recherche de nouveaux équilibres »), chap. « Les "limites" du droit d'auteur », pp. 837 ss.

⁹³¹ François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, CEDIDAC, Lausanne 1999, n°637, p. 446.

Si la pratique des sondages, on l'a vu, permet une répartition nettement moins équitable que le principe de l'utilisation effective, ce dernier n'est toutefois pas sans reproches : si l'on considère que c'est l'offre qui conditionne la demande, alors ce type de redistribution assure les annonceurs du retour de leur investissement, et cautionne le principe du matraquage commercial. Dans une économie de la rareté, cela revient à renforcer le système mis en place par les majorats et à tuer dans l'œuf toute percée d'un artiste qui ne se livrerait pas à leurs caprices.

□ *Y a-t-il représentation des auteurs ?*

La SACEM justifie constamment son action par son rôle de représentante des intérêts des auteurs. Mais est-ce réellement le cas ? La notion de représentation est une notion de droit très précise, une institution apparentée au mandat qui suppose non seulement que le représentant agisse *dans l'intérêt* du représenté, mais qu'il le fasse *en son nom*, autrement dit qu'il agisse « dans la sphère juridique » du représenté⁹³², défendant ainsi ses droits et obligations mêmes⁹³³, si nécessaire aux dépens de ses propres intérêts. Cela se traduit concrètement par plusieurs éléments, notamment par la possibilité offerte au représenté de préciser ses consignes au représentant et de lui demander des comptes, mais surtout par celle de « restreindre ou de révoquer les pouvoirs » de son représentant⁹³⁴, de « reprendre la main » en tout temps. Ces règles correspondent du reste à l'image que la société civile se fait de la représentation. Or les rapports existant entre la SACEM et ses sociétaires sont bien différents, et c'est à tort par exemple que certains compositeurs croient être libres d'autoriser dans certaines circonstances les tiers – fût-ce leurs propres amis et fût-ce à titre gracieux – à diffuser leur musique⁹³⁵. En effet, les statuts de la SACEM sont clairs et ne laissent planer aucune ambiguïté sur la question : les auteurs qui désirent s'y affilier sont contraints de lui céder par convention de fiducie *tous* leurs droits patrimoniaux sur l'*ensemble* de leurs créations musicales passées, présentes et à venir, et ce durant une période *incompressible* de dix ans, renouvelable tacitement de dix ans en dix ans⁹³⁶. Bien que cette cession intervienne dans le cadre d'une convention de fiducie, qui se caractérise par le fait que la résiliation du contrat par l'artiste entraînera pour la SACEM une obligation de restitution, le caractère incompressible de sa durée fait douter du rôle de simple représentation que la société de gestion prétend endosser. De plus, la durée de la période initiale de la cession, comme celle des périodes subséquentes – extrêmement longue, quelques soient les justifications administratives avancées – ne manque pas

⁹³² En droit suisse, dans ce sens : Pierre TERCIER, *Les Contrats spéciaux*, Schulthess, Zurich/Bâle/Genève 2003 (3^{ème} édition), n°5294, p. 766.

⁹³³ En droit suisse, voir par exemple art. 32 al. 1 COS : « Les droits et les obligations dérivant d'un contrat fait au nom d'une autre personne par un représentant autorisé passent au représenté ».

⁹³⁴ En droit suisse, voir par exemple art. 34 al. 1 COS.

⁹³⁵ TOF, *Musiciens attention, le contrat Sacem est une grosse arnaque* [a], 18.02.2005, <http://www.diogene.ch/fuckshowbiz/index.php?2005/02/18/14-sacem-la-grosse-arnaque>.

⁹³⁶ Art. 1 al. 2 et art. 2 al. 1 Statuts Sacem (SACEM, Statuts, http://www.sacem.fr/files/content/sites/fr/files/mediatheque/sacem/missions/statuts_reglement_general/statuts_reglements_sacem_2013.pdf).

d'accroître considérablement le pouvoir de la SACEM sur l'artiste. Pendant ce temps, l'artiste, traité comme un mineur, est contraint de laisser la SACEM gérer comme elle l'entend les droits qui lui ont été cédés. L'exemple qui vient d'être donné à propos d'Hugues Aufray montre à quel point l'auteur n'est pas libre de l'usage qui est fait de son œuvre ; la nécessité dans laquelle le chanteur s'est trouvé de devoir lui-même désintéresser la SACEM pour permettre à la classe de Peillac de bénéficier de sa renonciation à toucher ses droits le prouve bien. Même si par ailleurs la SACEM est tenue statutairement de rendre des comptes à ses sociétaires, cette obligation n'a plus grand chose à voir avec la reddition de comptes d'un représentant. De plus, un artiste isolé n'a aucun espoir d'influencer la politique de la SACEM lors d'une de ses assemblées générales, et il ne peut décider unilatéralement de lui retirer ses pouvoirs si certaines des décisions prises ne lui plaisent pas, contrairement à l'actionnaire qui peut la plupart du temps revendre en tout temps son titre au plus offrant ou au client qui peut révoquer le contrat qui le lie à son avocat.

Il est dès lors juridiquement fondé de prétendre que la SACEM, en défendant le droit d'auteur, défend avant tout ses *propres* intérêts, et ses revendications ne peuvent qu'indirectement se recommander de la défense de ceux des artistes. Dès lors que ses statuts auraient pu adopter un tout autre équilibre, comme on le verra avec la SUISA, le rôle de « représentante » qu'elle prétend jouer tient en partie de l'hypocrisie ; en imposant cette cession aux auteurs sans leur proposer la moindre alternative, tout en profitant des droits qui leur sont accordés par la loi pour asseoir auprès d'eux son propre monopole, elle instaure un rapport de force inadmissible en éthique.

La SUISA, son pendant suisse, propose pour sa part des conditions contractuelles plus respectueuses de l'auteur⁹³⁷. Bien qu'elles soient elles aussi fondées sur le principe d'une cession fiduciaire des droits de l'auteur courant sur l'ensemble de ses œuvres pendant toute la durée du contrat⁹³⁸, certains droits patrimoniaux peuvent être exclus de la cession sur demande de l'auteur⁹³⁹ ; d'autre part, le modèle contractuel que propose l'organisme de gestion, bien qu'il ne soit pas résiliable en tout temps comme l'exige le droit suisse⁹⁴⁰, s'apparente à une sorte de mandat⁹⁴¹ dont la durée initiale est de deux ans, renouvelable à la fin de chaque année civile pour un an, pour autant qu'il n'ait pas été résilié dans le respect d'un délai de préavis de six mois⁹⁴². La cession, en tant qu'elle entraîne la passation du *plein pouvoir juridique* en faveur du fiduciaire jusqu'au terme de la fiducie, dépossède toutefois complètement l'auteur de ses droits et

⁹³⁷ SUISA, *Statuts 2011*, http://www.suisa.ch/fileadmin/user_upload/Downloads/Publikationen/Statuts.pdf, art. 4.2 ; SUISA, *Modèle de contrat de gestion*, [http://www.suisa.ch/fr/membres/auteurs/documents-pour-auteurs/?redirect_url=?index.php=id&tx_damdownloadcenter_pi1\[file\]=689&cHash=8e76ec045e52f31462d396625df85848](http://www.suisa.ch/fr/membres/auteurs/documents-pour-auteurs/?redirect_url=?index.php=id&tx_damdownloadcenter_pi1[file]=689&cHash=8e76ec045e52f31462d396625df85848).

⁹³⁸ SUISA, *Modèle de contrat de gestion*, op. cit., art. 3 al. 1 ; art. 2 al. 1.

⁹³⁹ *Ibid.*, art. 3 al. 4.

⁹⁴⁰ art. 404 al. 1 COS: « Le mandat peut être révoqué ou répudié en tout temps ».

⁹⁴¹ SUISA, *Modèle de contrat de gestion*, op. cit., art. 1 § 2 ; art. 9, qui envoie aux art. 394 ss COS.

⁹⁴² *Ibid.*, art. 11 al. 2.

restreint considérablement ses pouvoirs, à tel point qu'en droit suisse, contrairement au mandant⁹⁴³, le fiduciaire ne dispose pas d'un droit de restitution dans la faillite du fiduciaire⁹⁴⁴.

D'autres éléments montrent que les sociétés de gestion collective se battent pour défendre avant tout leur modèle, davantage que l'intérêt particulier des auteurs. Le fait que la plupart se trouvent en situation de concurrence entre elles n'y est pas étranger. Le système de gestion de ces droits devient toujours plus complexe et pousse les uns et les autres à investir des sommes importantes dans des systèmes informatisés. Ce sont à leur tour ces dépenses qui les poussent à « un incessant combat pour l'extension des droits gérés »⁹⁴⁵, dont on a vu les effets à propos de la copie privée, désormais soumise à rémunération au détriment de toute la société civile⁹⁴⁶.

Nonobstant leur prétention à représenter les auteurs, la plupart des sociétés de gestion des droits font donc pleinement partie des intermédiaires dont Dana Hilliot affirmait qu'ils étaient les principaux bénéficiaires du système actuel ; tel est notamment le cas lorsque le contrat qu'elles imposent à l'auteur est d'une durée excessive, comme c'est manifestement le cas pour la SACEM.

L'État, partie prenante

L'État compte lui aussi à part entière parmi les acteurs du système. Son arbitrage n'est pas neutre, mais poursuit des intérêts qui lui sont propres, le plus souvent en faveur des industries des loisirs : « l'État apparaît donc comme un acteur particulier, avec des intérêts propres, qui arbitre plus en fonction d'impératifs que de grands principes de justice ou d'efficience. »⁹⁴⁷

Les intérêts des États dans la protection des industries des loisirs sont multiples : vient en premier lieu le discours maintes fois servi de la création d'emplois et de richesses, qui élude trop souvent les montages financiers et juridiques sophistiqués par lesquels les entreprises transnationales se jouent à présent des frontières. Mais derrière l'industrie des loisirs se profilent également des ambitions plus souterraines : elle joue pour les États, on l'a vu, le rôle d'ambassadeur des modèles socio-économiques qui les portent, un rôle stratégique dont les retombées économiques ne sont pas anodines⁹⁴⁸. On parle alors, revenant sous le couvert des « grands principes », de « rayonnement » et de « puissance d'une civilisation »⁹⁴⁹, mais de fait, dans le modèle capitaliste, la

⁹⁴³ Art. 401 al. 3 COS.

⁹⁴⁴ JT 1994 II 2.

⁹⁴⁵ Thomas PARIS, *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, op. cit., p. 142.

⁹⁴⁶ Voir ci-dessus, pp. 515 s

⁹⁴⁷ Thomas PARIS, *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, op. cit., p. 178.

⁹⁴⁸ Voir ci-dessus, chap. « Influence en retour de la culture sur l'économie », pp. 241 ss.

⁹⁴⁹ Philippe DOUSTE-BLAZY, *Ne perdons pas la bataille mondiale de l'audiovisuel*, dans *Le Monde*, 30.03.1999, cité par Thomas PARIS, *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, op. cit., p. 179 ; Philippe Douste-Blazy, au jour de la parution de cet article, officiait encore en tant que ministre français de la culture.

culture est avant tout envisagée en tant qu'argument commercial ou sous l'angle de la « société de l'information », qui intègre la gouvernance des services. Roland Lienhardt, avocat parisien, montre de son côté en quoi la conception française du droit d'auteur bénéficie en France davantage au Ministère de la culture qu'aux auteurs⁹⁵⁰.

Ces perspectives alléchantes de profits et de levées d'impôts font trop souvent oublier aux États la protection des auteurs :

« Dans ces secteurs à forte perspective de croissance, susceptibles de générer de l'emploi, la protection des artistes passe au deuxième plan des priorités des autorités politiques, derrière des considérations en termes de développement économique. Ainsi, en matière d'œuvres audiovisuelles, la loi accorde-t-elle la primauté à l'achèvement de l'œuvre, quitte à suspendre quelques prérogatives de droit moral. »⁹⁵¹

S'ajoutent à ces motivations des raisons moins avouables, voire scandaleuses, qui se traduisent par ce que Lawrence Lessig et Philippe Aigrain qualifient de *corruption*⁹⁵². La proximité d'intérêts existant à l'heure actuelle entre dirigeants politiques et industriels fait préférer aux premiers la défense de leur avantage personnel ou de celui de leur parti, en profitant de leur position pour favoriser les généreux financiers de leurs campagnes. L'adoption du DADVSI en France doit beaucoup à ces rapprochements douteux et hautement dommageables à la cause publique entre représentants des majorats et milieux politiques⁹⁵³.

L'Internet « pair à pair »

Si les intermédiaires peuvent encore se permettre de ne verser à l'auteur que la portion congrue des bénéfices à partager, alors qu'il fournit la « matière première » et la raison d'être du marché culturel⁹⁵⁴, c'est en raison même de leur position, qui semble indispensable pour assurer le lien entre l'auteur et son public. Les prix et les conditions qu'ils imposent au public n'est pas l'effet d'une rencontre entre une offre et une demande, mais le reflet d'un pur rapport de force. Cette position stratégique des intermédiaires, nous la rencontrerons pour la littérature dès le début de l'imprimerie : si le droit reconnu à l'auteur sur son œuvre n'est pas la conséquence de l'imprimerie, cet outil de production et les réseaux de distribution qu'il rend nécessaires pour assurer

⁹⁵⁰ Roland LIENHARDT, *Cultivez-vous! Il m'en restera toujours quelque chose... 1% du budget de l'État pour quoi faire ?*, Leader Music, Paris 1998 ; <http://www.nodula.com/cultivez-vous.html>.

⁹⁵¹ Thomas PARIS, *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, op. cit., p. 180.

⁹⁵² Lawrence LESSIG, *Corruption* [a], op. cit. ; Lawrence LESSIG, *Corruption, Criticism* [a], op. cit. ; Philippe AIGRAIN, *Préparation de la décision politique* [a], op. cit.

⁹⁵³ Philippe AIGRAIN, *Préparation de la décision politique* [a], op. cit.

⁹⁵⁴ Je ne parle pas ici des « auteurs » qui sont de purs « produits culturels » fabriqués de toutes pièces par les campagnes de relations publiques financées par les majorats.

le lien entre l'auteur et ses lecteurs fonde bien la position de force des intermédiaires dans le modèle commercial classique de la rareté⁹⁵⁵.

Lorsqu'il décrit de manière crue le marché traditionnel du disque, Dana Hilliot entend nous rendre attentifs à l'avantage qu'offre Internet pour la diversité culturelle. Internet peut en effet être pensé comme une sorte d'immense réseau « pair à pair » favorisant les rapports directs entre acteurs. On parle parfois dans ce sens de la « désintermédiation » opérée par l'Internet, accentuée par le « web 2.0 ». Internet peut s'avérer l'outil rêvé pour rectifier la position dominante que les intermédiaires ont prise dès le XV^e siècle grâce aux outils de production réclamant une infrastructure et des moyens financiers qui échappent à l'auteur, et que le système capitaliste a puissamment renforcée.

□ *Rien qu'un outil, mais un outil puissant*

Mais il convient de ne pas se leurrer en faisant de l'outil à lui seul la solution politique d'un problème de société. Cette attitude relèverait, nous l'avons vu, de l'illusion technique si bien dénoncée par Jacques Neirynck⁹⁵⁶. L'économie capitaliste a déjà démontré de son côté sa capacité à dévoyer cet instrument de communication et de création collective révolutionnaire qu'est l'Internet, qui avait pourtant été créé, aux dires de l'un de ses principaux inventeurs, Tim Berner Lee, pour permettre des échanges ouverts entre les personnes⁹⁵⁷ : cette déviance, qui est devenue patente, nous rappelle combien l'instrument, même lorsqu'il est développé en vue d'un but précis, ne peut s'opposer par sa seule structure à des utilisations poursuivant une autre fin. En d'autres termes, la société ne peut faire l'impasse sur les buts collectifs qu'elle entend poursuivre à travers le système technique qui est le sien.

Le droit d'auteur est devenu le droit des intermédiaires parce que nous avons de longue date favorisé la recherche de la maximisation du profit à l'acquisition d'une richesse intérieure, qui seule est susceptible d'assigner la place qui convient à la recherche du profit, et de la soumettre aux besoins effectifs. En d'autres termes, nous avons privilégié – en matière de « croissance » comme dans le domaine technique – l'outil sur le but, la fortune sur l'enrichissement personnel et social. La loi française Hadopi se proposant de supprimer l'accès à l'Internet de ceux qui s'adonnent au téléchargement illégal d'œuvres numériques, de nombreuses voix se sont élevées contre cette mesure, la qualifiant de contraire aux droits de l'homme, plus exactement à la liberté d'expression et la liberté d'accès à l'information. Or Vinton Cerf, l'inventeur du protocole TCP/IP, et de ce fait l'un des promoteurs d'Internet, le rappelle vigoureusement : l'accès à l'Internet n'est pas un droit de l'homme. Si l'Internet est un outil qui peut contribuer à servir la liberté d'expression, il ne doit pas

⁹⁵⁵ Voir ci-dessous, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), chap. « L'Imprimerie à caractères mobiles », pp. 401 ss.

⁹⁵⁶ Jacques NEIRYNCK, *La grande illusion de la technique*, op. cit.

⁹⁵⁷ xxx

être confondu avec ce droit : les droits de l'homme décrivent les conditions nécessaires aux hommes « pour vivre en bonne santé et librement, comme l'interdiction de la torture et la liberté de conscience. C'est une erreur de faire entrer une technologie dans cette magnifique catégorie, le risque étant d'attribuer de la valeur au mauvais objet. [...] Soit, la liberté d'expression et la liberté d'accès à l'information sont des libertés cruciales, mais elles ne dépendent d'aucune technologie en particulier et sont valables à toute époque. » L'accès à l'Internet n'est pas davantage un droit civique, bien que « Les droits civiques [...] diffèrent des droits de l'homme parce qu'ils nous sont conférés par la loi, et qu'ils ne nous sont pas intrinsèques par la seule vertu de notre humanité ».

Une question fondamentale demeure aux yeux de Vincent Cerf : celle de

« la responsabilité qu'ont les créateurs de ces technologies eux-mêmes de soutenir les droits de l'homme et les droits civiques. L'Internet a offert une plate-forme largement accessible et égalitaire de création, de partage et d'information, et ce, à une échelle planétaire. Résultat, il existe de nouvelles manières pour les gens d'exercer leurs droits humains et civiques. Dans ce contexte, les ingénieurs ont non seulement l'obligation impérieuse de donner du pouvoir aux utilisateurs, mais aussi l'obligation d'assurer la sécurité des usagers des réseaux. »⁹⁵⁸

L'outil peut cependant permettre d'atteindre des buts impossibles à accomplir sans son entremise. Chris Anderson, le rédacteur en chef de la revue *Wired*, a révélé en 2004 par un article qui a connu un immense écho, *La Longue Queue*, comment la vente par Internet permettait d'assurer aux œuvres une meilleure exposition et une plus grande longévité commerciale que ne le faisait le modèle traditionnel. Ce dernier subit en effet de trois manières la « tyrannie de l'espace physique », le conditionnant à une logique de la rareté : par la surface de vente et les rayons disponibles, limités, par le coût d'exposition de la marchandise, qui impose un renouvellement minimum du stock pour chaque titre disponible, et par la nécessité de réunir une clientèle dans un espace géographique concentré. Ces trois contraintes imposent une « tyrannie du plus petit dénominateur commun qui génère d'insipides tubes d'été et de la pop préfabriquée », laquelle fausse à son tour les idées que nous nous faisons sur les attentes du public :

« La majorité de nos présomptions sur le goût populaire ne font qu'exprimer l'inadéquation entre la demande et l'offre – une réponse du marché à l'inefficacité de la distribution »⁹⁵⁹.

Certes, une récente étude publiée en 2009 par Will Page, économiste à la MCPS-PRS Alliance, une organisation de gestion des droits d'auteur à but non lucratif, indique que les marchés de niche constituant « la longue queue » ne sont pas les mines d'or inexploitées annoncées par Chris Anderson, et le marché reposerait encore sur quelques succès :

« Sur le marché en ligne des singles, 80% du chiffre d'affaires est généré par environ 52'000 titres. En ce qui concerne la vente d'albums, les chiffres sont encore plus implacables : sur les 1'230'000

⁹⁵⁸ Xavier de LA PORTE, *L'Accès à l'Internet n'est pas un droit de l'homme* [a], 16.01.2012, dans InternetActu.net, n°319 (20 janvier 2012) ; <http://www.internetactu.net/2012/01/16/l'accès-a-l'internet-n'est-pas-un-droit-de-l'homme>.

⁹⁵⁹ Chris ANDERSON, *La longue queue*, op. cit.

albums disponibles, seuls 173'000 ont été achetés. 85% n'ont donc pas vendu une seule copie de toute l'année. »⁹⁶⁰

Encore faut-il s'inquiéter de savoir si ce résultat n'est pas le fait d'un référencement et d'appels à la curiosité des internautes inexistants ou mal pensés. *La Longue Queue* suppose que l'internaute soit amené à découvrir des titres ou des groupes moins connus que ceux qu'il cherchait initialement. Mais une telle prestation n'est pas à la portée du premier venu, et l'étude de Will Page semble surtout montrer que cela semble hors d'atteinte pour ceux qui pensent encore pouvoir vendre de la musique comme s'il s'agissait de paquets de lessive. Contrairement à ce qu'indique son étude critique, *La Longue Queue* a démontré pour l'essentiel qu'il était *possible* de développer une autre approche de la vente dans le domaine de la musique grâce à l'Internet, et que certains parvenaient à le faire, chiffres en mains.

Pour la *Recording Industry Association of America* (RIAA), seuls 10% des CD grand public seraient bénéficiaires⁹⁶¹. Quant à l'enseigne « grand public » Wall-Mart, elle ne propose à ses clients que les albums dont elle pense qu'ils peuvent être vendus à plus de cent mille exemplaires, ce qui élimine d'office de ses bacs le 99% des albums existants et amoindrit d'autant leurs chances de trouver acquéreur. Pour Chris Anderson, on peut y voir la marque d'un modèle économique dépassé, puisque le recours au numérique permet de rentabiliser des catalogues bien plus conséquents que les 40'000 titres composant le « stock liquide » de la plupart des distributeurs traditionnels : sur le site de Rhapsody, un site musical d'écoute en ligne (« *streaming* ») sur abonnement où plus de 735'000 titres sont disponibles, les derniers des 400'000 titres les plus demandés sont demandés deux à trois fois par mois au moins, ce qui leur permet d'être eux aussi bénéficiaires⁹⁶². Comment cela est-il possible ? C'est l'Internet qui le permet.

Ne souffrant d'aucune des trois contraintes physiques qui viennent d'être exposées, l'Internet permet à un site d'agréger des publics dispersés, de proposer un choix très large et de profiter des coûts de reproduction et de distribution pour ainsi dire nuls afin de proposer des prix bien inférieurs à ceux du marché traditionnel. La vente par Internet peut ainsi se focaliser sur la mise en valeur d'un immense catalogue plutôt que sur la rentabilisation d'un lieu de vente aux dimensions limitées. Faisant référence aux conseils de lecture dispensés par des sites comme Amazon.com et aux avis des lecteurs disponibles sur ce site, Chris Anderson montre qu'au lieu de cantonner l'amateur à des désirs de lecture souvent fabriqués par le matraquage publicitaire, les succès du moment peuvent servir au contraire à ouvrir ses choix par des propositions plus

⁹⁶⁰ Pamela MICHEL, *La Monétisation des contenus musicaux dans l'espace numérique : la téléphonie mobile* [r], mémoire de Master 2 Administration et gestion de la musique, Paris IV Sorbonne, 2009 ; http://www.memoireonline.com/11/09/2880/m_La-monetisation-des-contenus-musicaux-dans-lespace-numerique-la-tele5.html#fnref39, chap. 1.1.1.3 « La théorie de la longue Traîne ».

⁹⁶¹ Chris ANDERSON, *La longue queue*, op. cit., p. 3.

⁹⁶² *Ibid.*, p. 4.

audacieuses partant de sa demande initiale, favorisant ainsi la distribution d'œuvres moins connues ou moins récentes, mais assurément plus originales et plus proches de sa sensibilité.

L'Internet, dans la mesure où il favorise les contacts directs entre acteurs sociaux, permet aussi de s'affranchir de la plupart des intermédiaires. Dans le domaine des droits d'auteur, cela offre aux auteurs une chance inestimable de se libérer des majorats et de repenser leur rapports avec les sociétés de gestion de droits. Là où les majorats imposaient aux artistes des conditions financières inadmissibles, mais néanmoins jugées contraignantes par tous ceux qui croyaient pouvoir ainsi acquérir plus de visibilité, les artistes peuvent espérer atteindre à moindre coût leur public, sans que quiconque interfère dans leur évolution créative. Parlant des artistes, Paul Grisot expose les changements qui s'annoncent :

« La facilité de promotion sur Internet, à travers des sites tels que YouTube, peut permettre d'accroître rapidement et à peu de frais (donc de manière indépendante des majors) leur notoriété. Les labels de taille restreinte, qui sont capable de suivre de manière attentive un artiste, sont certainement appelés à se développer. Les nouveaux types de labels qui apparaissent sont ceux qui, d'ailleurs, sont plus à l'écoute des artistes, et proposent un système de partage des droits radicalement différent de ceux des maisons de disques traditionnelles, où l'artiste pourrait toucher jusqu'à la moitié du prix de vente d'un titre en téléchargement légal (www.reshapemusic.fr). Sur le site de vente légale Reshape-music.com par exemple, il est reversé à l'artiste 50% du prix de vente public. D'autres labels de production en ligne (production qui a un coût très limité) revendiquent la proximité avec l'artiste, et la proximité de ce dernier avec le public puisque les consommateurs font un acte militant en achetant un titre dont ils savent que la moitié du prix est reversé au créateur. »⁹⁶³

Marie-Françoise Marais prétend dans l'éditorial du rapport 2010 de l'Hadopi qu'elle préside que, dans le combat qui oppose « la liberté du créateur à disposer de son œuvre et celle de "l'être connecté" à accéder à la connaissance, à la culture », les intermédiaires seraient « l'un des maillons indispensables d'une chaîne qui garantit l'égalité des chances et la diversité des contenus »⁹⁶⁴. À l'en croire, ce conflit serait un faux combat, et de plus un combat « archaïque ». Ce jugement est pourtant manifestement contredit par les témoignages de Chris Anderson et de Dana Hilliot, sans parler de ceux de Courtney Love et de Steve Albini, dont on peut soupçonner qu'ils sont plus impartiaux et surtout plus au fait des usages numériques. L'avis de Madame Marais est également démenti par André Schiffrin concernant le monde de l'édition et par l'analyse historique et économique développée dans le présent travail, qui montre combien l'auteur a depuis plus de trois siècles été spolié de ses droits par les intermédiaires – précisément en raison du caractère incontournable de leurs prestations – et combien les intérêts privés de ces derniers s'opposent aux intérêts bien compris de la société civile à partager la connaissance et à accéder à des œuvres

⁹⁶³ Paul GRISOT, *Numérisation de la musique et convergence des médias* [r], op. cit., p. 121.

⁹⁶⁴ HADOPI, *Rapport d'activité 2010*, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/stockage/rapports-publics/114000603/0000.pdf>, p. 4.

variées permettant à chacun de découvrir et développer sa propre personnalité, plutôt qu'à des catalogues limités aux seuls succès (« hits ») du moment. À trop s'inquiéter des intermédiaires, on en oublie les auteurs et la relation directe à leur public qu'il s'agirait de promouvoir davantage. C'est ce que le Centre d'Études Internationales de la Propriété Intellectuelle (CEIPI) reproche à la Commission européenne, relevant qu'en se fixant pour objet dans son *Livre vert sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance* du 16 juillet 2008 de « prendre en considération le point de vue des éditeurs, des bibliothèques, des établissements d'enseignement, des musées, des services d'archives, des chercheurs, des personnes handicapées et du grand public »⁹⁶⁵, elle en vient à prôner un « droit d'auteur sans auteurs »⁹⁶⁶. Archaïque est bien plutôt la position de ceux qui ne veulent pas voir que l'Internet, à l'évidence, érode passablement le rôle des intermédiaires et la logique pyramidale et objectifiante qu'ils véhiculent ; la virulence des positions de ces derniers et leurs tentatives pour pérenniser leurs rentes au moyen de la loi montre assez qu'ils le savent.

□ *Un choix de société*

La contrefaçon atteint actuellement un tel niveau que ce phénomène ne peut être circonscrit à une question d'ordre strictement économique : il révèle l'affrontement de deux modèles de société autour de l'usage que l'on entend faire d'Internet au sein de la société humaine.

La Haute Autorité pour la Diffusion des œuvres et la protection sur Internet (Hadopi) s'attendait, peu avant le début de son activité, à recevoir 50'000 saisines par jour de la part des ayants-droit⁹⁶⁷. Cinquante mille saisines par jour sur le seul territoire français, voilà qui en dit long sur la distance séparant le législateur et les intérêts des majorats qu'il entend protéger d'une part, de la société civile d'autre part. Alors que tout étudiant en droit apprend qu'une loi qui n'est pas suivie par une majorité significative de la population peut être qualifiée d'*inique*, le législateur français persévère dans son action répressive : de juin 2010 à juin 2011, 1'023'079 demandes d'identification ont été formulées par l'Hadopi aux fournisseurs d'accès, suivies de 471'000 envois de courriels de première semonce et 20'600 courriels de seconde semonce aux internautes⁹⁶⁸. Ce chiffre serait sans doute plus élevé si l'Hadopi disposait de moyens supplémentaires.

⁹⁶⁵ COMMISSION DU PARLEMENT EUROPEEN, *Livre vert – Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, 16.07.2008, COM(2008) 466 final, http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-info/greenpaper_fr.pdf, p. 3.

⁹⁶⁶ CENTRE D'ÉTUDES INTERNATIONALES DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (CEIPI), *Quelles limites au droit d'auteur dans la société de l'information ? Réponse du CEIPI au Livre Vert sur « le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance »*, 07.01.2009, <http://www.ceipi.edu/uploads/media/Reponse-livre-vert-07-janvier.pdf>, p. 2.

⁹⁶⁷ Lionel COSTES, *Éditorial*, dans *Revue Lamy du droit de l'immatériel*, n°62 (juillet 2010), p. 3.

⁹⁶⁸ HADOPI, *Rapport d'activité 2010*, op. cit., p. 11.

L'affrontement sans précédent qui oppose tenants d'un durcissement du droit d'auteur et ceux qui prônent son assouplissement, voire sa suppression pure et simple, trouve les premiers décontenancés par l'importance et la vigueur du phénomène. L'approche même de la loi française « Création et Internet » témoigne de façon symptomatique de l'inadaptation du volet pénal des lois sur le droit d'auteur en matière d'échanges privés d'œuvres protégées. L'apparente « tolérance » de la répression graduée en trois étapes mise en œuvre par l'Hadopi (la fameuse « procédure de réponse graduée ») cache mal les hésitations du pouvoir sur les moyens de faire rentrer dans le rang tous ceux qui en sont sortis. Quant à l'efficacité de cette politique de la menace, critiquable en soi, nous verrons sous peu qu'elle reste à démontrer.

Dans ce débat, il importe de ne pas confondre choix sociétal et arguments mercantiles. Ainsi est-ce avec raison que Jeremy Geelan, dans son article *It's been a Crazy Couple of Days in the Blogosphere*⁹⁶⁹, renvoie dos à dos Lawrence Lessig et Nicolas Carr. Dans un article dont le titre, *The Ethics of Web 2.0*, indiquait clairement qu'il entendait se situer sur le champ de l'éthique, Lawrence Lessig, distinguant « vrais » et « faux » échanges, avait accusé le site YouTube de corrompre les idéaux de partage du « Web 2.0 » en ne permettant pas aux internautes de télécharger les vidéos pour pouvoir les partager comme ils le désirent, mais d'exercer un contrôle ultime sur le contenu en les obligeant à se rendre sur son site pour les visualiser en ligne (« *streaming* »)⁹⁷⁰. Nicholas Carr devait réagir à cette approche de l'Internet opérée par Lawrence Lessig en raison même de son caractère éthique, qu'il assimile à de la moralisation et au refus de voir le monde tel qu'il est, c'est-à-dire n'ayant d'intérêt que pour le profit, en un mot... capitaliste⁹⁷¹. Jeremy Geelan, lui, s'éloignant de l'idéologie des deux auteurs, constate que le « *streaming* » mis en œuvre par YouTube permet bien le partage des informations et que l'approche de Lawrence Lessig semble être ici économique plutôt qu'éthique, puisqu'il reproche à YouTube non pas de faire quelque chose qui serait incorrect, mais de se tromper de modèle économique porteur à long terme, ce qui n'a rien à voir avec l'éthique. Richard Stallman, lui, défend le modèle du logiciel libre non parce qu'il serait économiquement porteur, mais parce qu'il est *libre*, précisément.

Ainsi est-il toujours réducteur d'analyser le phénomène de la contrefaçon sous le seul angle économique, ou même en ultime analyse.

□ *Le modèle socio-économique influence la demande*

Là où la maximisation des profits et la logique de la rareté imposée par les contraintes matérielles restreignent le choix proposé par les disquaires et les libraires traditionnels,

⁹⁶⁹ Jeremy GEELAN, *Lessig vs. Carr: « It's been a Crazy Couple of Days in the Blogosphere »* [a] (ci-après : *Lessig vs. Carr*), 18.11.2006, http://jeremy.linuxbloggers.com/the_ethics_of_.htm.

⁹⁷⁰ Lawrence LESSIG, *The Ethics of Web 2.0 : YouTube vs. Flickr, Revver, Eyespot, blip.tv, and even Google* [a] (ci-après : *The Ethics of Web 2.0*), 20.10.2006, http://lessig.org/blog/2006/10/the_ethics_of_web_20_youtube_v.html.

⁹⁷¹ Nicholas CARR, *Web 2.0lier than you* [a], 23.10.2006, http://www.rough.type.com/archives/2006/10/web_20ier_than.php.

limitant leur offre aux titres en vogue et aux ventes sûres, l'Internet l'étoffe, contribuant ainsi à la richesse et à la diversité culturelle :

« Les amateurs s'aventurent jusqu'au bout du long catalogue des titres disponibles, ils vont beaucoup plus loin que ce qu'ils pourraient faire dans des magasins traditionnels [...]. Et plus ils trouvent de titres, plus ils en réclament. Plus ils s'éloignent des sentiers battus, plus ils se rendent compte que leur goût est plus personnel qu'ils n'auraient pu l'imaginer (ou que ce que le marketing, le manque d'alternatives et une culture tirée par les Hits avaient pu leur faire croire). »⁹⁷²

Chris Anderson ajoute : « le secteur sait assez mal ce que veulent les gens. En fait, nous-mêmes, ne savons pas bien ce que nous voulons. »⁹⁷³ Nous retrouvons ici la capacité des statistiques et des modèles préconçus à enfermer notre liberté dans des attitudes prescrites. Les dirigeants des principales maisons d'édition contrôlées par des fonds de placement, des géants de l'électronique, des « médias » ou du divertissement ont décidé une fois pour toutes quelle étaient les attentes du public et lui infligent leurs vues, courtisant ses attentes les plus discutables. Il est vrai que la formation et « l'éducation » du public n'ont pas le vent en poupe et rappellent par trop les opérations d'endoctrinement des masses orchestrées au sein de « camps de rééducation » par certains pouvoirs arbitraires. Les critiques concernant le caractère « élitiste » de la culture sont déjà beaucoup plus discutables, le but des tenants de la « culture de masse » pouvant être ambigu⁹⁷⁴. Le respect de la sujétité suggère toutefois l'importance d'aider l'autre à se découvrir, par une démarche constructive mais néanmoins respectueuse de son identité. Cette démarche devrait constituer la mission principale de la culture. Cette dernière a toujours eu pour fonction de proposer à tout membre d'une communauté un ancrage social, un espace de reconnaissance mutuelle, tout en incitant chacun à construire sa personnalité et à donner sens à son existence en l'aidant à devenir l'explorateur familier de son espace intime. C'est la fonction d'éducation du public qui justifiait pourtant le rôle de l'éditeur en tant qu'intermédiaire, et seuls ceux qui parvenaient à étendre son horizon et lui donner à connaître des regards enrichissants sur le monde ont acquis une bonne réputation. La culture apparaît ainsi comme initiatrice d'identité – la sienne propre et celle que l'on reconnaît à l'autre, en un mouvement unique – bien plus que simple divertissement ou moyen de tromper la vacuité de ses fins de semaine. Un tel apprentissage de vie prend du temps, et, s'il n'est pas incompatible avec l'idée d'un certain profit économique permettant à l'auteur de vivre de son activité ou de s'assurer les moyens d'organiser des événements culturels, il se conjugue très mal avec l'approche capitaliste et ses exigences de rendement maximum et immédiat, encore moins avec l'idée que seuls les détenteurs du capital doivent voir leur patrimoine s'accroître, l'auteur n'ayant en règle générale que son inspiration et sa ténacité pour lui. La partie consacrée à la recherche

⁹⁷² Chris ANDERSON, *La longue queue*, op. cit., p. 2.

⁹⁷³ *Ibid.*, p. 4.

⁹⁷⁴ Voir ci-dessus, chap. « Ambiguïté de la culture de masse », pp. 229 ss.

d'une fondation éthique⁹⁷⁵ montrera en quoi la démarche créatrice et culturelle s'inscrit dans la nature la plus profonde de l'être humain en tant que sujet libre, et en quoi la défense d'une culture ainsi comprise s'avère essentielle pour chacun d'entre nous.

Dans cet ordre d'idées, parvenir à flatter le mauvais goût de la population ne prouve pas qu'elle soit incapable de priser autre chose que les affligeantes et parfois dégradantes émissions de télé réalité. De nombreux exemples montrent qu'il est possible de trouver un public pour des titres et des sujets réputés difficiles : l'un des numéros de la revue *New World Writing* fut consacré à la poésie coréenne contemporaine ; il n'en fut pas moins publié à 70'000 exemplaires⁹⁷⁶. Les attentes réelles du public peuvent de surcroît surprendre et sortir des conditionnements qu'on lui inflige. Anna Gavalda a été révélée par son recueil de nouvelles intitulé *Je voudrais que quelqu'un m'attende quelque part*. Comme tout jeune écrivain, elle proposa en primeur son manuscrit aux éditeurs les plus connus, qui le refusèrent tous. Son œuvre finit par trouver grâce auprès d'un éditeur parisien moins visible, Le Dilettante, qui l'édition en 1999 tout en la prévenant qu'elle ne devait pas escompter vivre de son art, et encore moins de ses nouvelles. Le succès fut toutefois au rendez-vous. Sans Le Dilettante, jamais les lecteurs n'auraient pu découvrir les nouvelles d'Anna Gavalda et les plébisciter. On prédit le même échec à Paolo Coelho pour *L'Alchimiste* : jamais un écrit initiatique comme le sien, écrit par quelqu'un qui ne résidait pas aux États-Unis et dont la version originale était écrite en portugais n'aurait la moindre chance d'être lu en dehors des frontières du Brésil. Ce fut pourtant un des plus grands succès mondiaux de la décennie. En contrepoint, d'autres exemples montrent que l'abaissement du niveau intellectuel n'assure pas toujours les plus gros bénéfices⁹⁷⁷.

On constate cependant que des livres qu'on ne songerait pas aujourd'hui à confier à d'autres éditeurs que des presses universitaires, qui plus est sous un tirage confidentiel et à prix prohibitif, étaient autrefois destinés à un public de plusieurs dizaines de milliers de lecteurs⁹⁷⁸. Il n'est pas dit qu'un tel changement soit à mettre sur le compte d'un brutal effondrement des attentes du public, mais plutôt à l'efficacité du conditionnement de la demande par une offre maintenue volontairement et majoritairement de piètre qualité :

« comment accepter l'idée que soudain il n'existe plus de lecteurs pour s'opposer à l'idéologie dominante, pour s'intéresser à des solutions alternatives ? De fait, le remarquable succès des livres politiques publiés par *The New Press* confirme à la fois l'existence d'un vrai public et la nécessité pour l'édition de jouer un rôle à contre-courant des idées du moment. »⁹⁷⁹

La sensibilisation du public à des programmes télévisuels de haut niveau ou à des romans à lire ailleurs que sur la plage ou sur un quai de gare nécessite assurément une

⁹⁷⁵ Voir ci-dessus, partie 03 (« Recherche d'une fondation éthique »), pp. 99 ss.

⁹⁷⁶ André SCHIFFRIN, *L'Édition sans éditeurs*, op. cit., p. 26.

⁹⁷⁷ *Ibid.*, p. 49.

⁹⁷⁸ *Ibid.*, p. 28.

⁹⁷⁹ *Ibid.*, p. 77.

démarche de longue haleine, associée à beaucoup de culture, de curiosité et d'enthousiasme et à un talent certain pour les partager, toutes qualités dont sont assurément dépourvus les responsables des actuelles machines commerciales. Alberto Vitale, nommé directeur de Random House à la fin des années 1980 à la place de l'estimé Bob Bernstein, ne se lassait-il pas de répéter à qui voulait l'entendre qu'il était « bien trop occupé pour ouvrir un livre »⁹⁸⁰ ? Lorsqu'une journaliste du *New York Times* spécialisée dans le domaine de l'édition, Felicity Barringer, croit pouvoir conclure à « une modification du marché » pour expliquer la différence entre la situation actuelle et celle prévalant dans les années 1950, où des ouvrages réputés sérieux figuraient parmi les meilleures ventes de romans, il ne lui vient pas à l'idée qu'elle puisse tout simplement tenir à ce qui est offert aux lecteurs⁹⁸¹. Ce que *El Pais* mettait sur le compte de la « censure du marché » n'est pas autre chose que le parti-pris de financiers avides au point de ne pas publier les titres dont ils supposent qu'ils seront vendus à moins de 20'000 exemplaires⁹⁸², et qui, par mépris affiché ou inconscient pour le public, préjugent de ses goûts et l'abusent en le confortant dans des « choix » guidés et faciles : « il est tenu pour acquis qu'il n'existe pas de vrai public pour les livres qui demandent un effort intellectuel »⁹⁸³. André Schiffrin va même jusqu'à conclure que « nous sommes devant une volonté manifeste de niveler par le bas les exigences éditoriales pour répondre à la demande du capital international »⁹⁸⁴. Il faut alors entendre par « censure du marché » une véritable *censure de l'offre* où « les publics potentiels sur certains sujets sont inexploités, pour la simple raison que personne ne cherche à les atteindre. Que ce soit par racisme ou par élitisme, bien des lecteurs sont ainsi renvoyés à leur néant. »⁹⁸⁵ Une fois de plus, notre « société des chiffres » s'abuse et s'avère n'être qu'une « société de l'apparence » se croyant réaliste là où son « objectivité » la conduit à perdre de vue l'essentiel de ce qui nous fait *sujets*. Le sujet ne peut commencer d'exister que pour celui qui sait écouter ses silences.

Lorsque André Schiffrin s'interroge sur la difficulté des secteurs publics à promouvoir des chaînes de haut niveau capable d'attirer un niveau de fréquentation élevé, il en vient à la conclusion que « personne n'a véritablement essayé de *sensibiliser* le public à des programmes de haut niveau »⁹⁸⁶. Se contenter de *proposer* des programmes de qualité au public revient en effet à le maintenir dans le rôle passif de consommateur qui lui a été assigné par les industries du loisir et dont la dynamique le pousse précisément à « descendre sa pente » plutôt qu'à la monter, pour reprendre

⁹⁸⁰ *Ibid.*, p. 52.

⁹⁸¹ André SCHIFFRIN, *Le Contrôle de la parole*, op. cit., p. 53.

⁹⁸² André SCHIFFRIN, *L'Édition sans éditeurs*, op. cit., p. 64.

⁹⁸³ *Ibid.*, pp. 83-84.

⁹⁸⁴ André SCHIFFRIN, *Le Contrôle de la parole*, op. cit., p. 54.

⁹⁸⁵ André SCHIFFRIN, *L'Édition sans éditeurs*, op. cit., p. 85.

⁹⁸⁶ André SCHIFFRIN, *Le Contrôle de la parole*, op. cit., pp. 67-68 ; c'est moi qui souligne.

l'expression marquante d'Antoine de Saint-Exupéry⁹⁸⁷. La diffusion de programmes de qualité ne suffit plus. Encore faut-il qu'elle se complète de mesures d'accompagnement, sous forme d'une maïeutique, d'une véritable politique d'apprentissage. Aider l'autre à se trouver oblige à se mettre activement à son écoute et de travailler à lui permettre de développer son autonomie.

L'Internet, par son caractère virtuel et délocalisé, permet de contrer le phénomène de standardisation qui nous a été imposé par l'offre traditionnelle en matière de culture : « Le choix infini révèle d'autres vérités sur ce que les consommateurs veulent vraiment et sur la manière dont ils le veulent »⁹⁸⁸. Cette remarque n'entend pas nier la soumission d'Amazon.com ou d'autres sites de ce type aux valeurs capitalistes – la réorientation et l'ouverture des internautes se fait dans la perspective d'augmenter les ventes – ni l'exploitation de l'utilisateur pour le profit financier des seuls propriétaires du site⁹⁸⁹, mais prend en compte les spécificités d'Internet. C'est en effet la nature même d'Internet qui permet le développement de la curiosité et de goûts plus originaux chez les visiteurs de ce site, ainsi que la constitution effective d'une communauté de lecteurs et d'une publicité par le « bouche à oreille » à travers la publication des avis des internautes sur un livre. Seules les petites librairies ou les disquaires spécialisés très bien implantés localement et animés par des vendeurs passionnés peuvent prétendre à une qualité de conseil équivalente, voire supérieure, mais elles sont constamment menacées par les grands distributeurs, qui donnent l'impression d'un plus grand choix, bien « qu'attendu ».

La question du partage des gains ne porte ainsi pas seulement sur la distribution des gains effectifs, mais concerne aussi et surtout la possibilité offerte à une œuvre de rencontrer son public. L'avènement de l'Internet permet de modifier de manière fondamentale cet aspect, et de se libérer d'une offre avant tout filtrée par les majorats et leur logique de la rareté, qui se focalise sur les « succès », qu'ils soient effectifs ou simplement augurés.

□ *Un environnement étranger à la logique du copyright*

Pour plusieurs auteurs, dont Stan Liebowitz et Julio Cole, le *copyright*, pensé en fonction du monde de l'imprimerie et structuré autour de la notion de copie, ne serait ni adapté à une informatique gouvernée par les traitements automatiques et qui multiplie les copies au cours du processus d'accès à l'œuvre – notamment sur l'écran, dans la mémoire vive, dans les serveurs « proxy » –, ni à l'Internet au sein duquel il est impossible de tracer tous les échanges d'œuvres. Les « contorsions » auxquelles les juristes doivent avoir recours pour traiter le moindre problème semble le prouver à

⁹⁸⁷ Antoine de SAINT-EXUPÉRY, *Citadelle*, Gallimard, coll. Folio, Paris 1980 [1948].

⁹⁸⁸ Chris ANDERSON, *La longue queue*, op. cit., p. 2.

⁹⁸⁹ Marie-Anne DUJARIER, *Le travail du consommateur de McDo à eBay : comment nous coproduisons ce que nous achetons*, La Découverte, coll. Cahiers libres, Paris 2008, quatrième de couverture.

l'envi⁹⁹⁰. Julio Cole nous invite à repenser en profondeur ce droit, et surtout à nous interroger sur ce que serait le monde de la création sans le *copyright*. Ce professeur du Guatemala imagine qu'il continuerait d'exister, bien que les mutations qui ne manqueraient pas de s'ensuivre puisse entraîner une perte importante de revenus pour les auteurs. Il pronostique aussi que cette disparition réorienterait la production vers une amélioration de la qualité aux dépens de la quantité des titres actuellement publiés – analyse qui ne semble pas prendre en compte les dernières évolutions du monde de l'édition dénoncées par André Schiffrin, lequel déplore déjà une importante perte de la variété des titres⁹⁹¹. Bien qu'il n'entende pas remettre en cause le principe de leur rémunération, Julio Cole se contente de déplorer les effets qu'entraînera pour les auteurs la nécessaire adaptation du droit à l'univers moderne des communications électronique :

« Aujourd'hui, avec nos technologies modernes, nous n'avons plus aucun moyen raisonnable et pratique pour compter toutes les copies qui sont faites, et faire en sorte que soient acquittées les royalties légalement dues... C'est sans doute bien injuste pour les auteurs. »⁹⁹²

Une telle attitude est-elle acceptable vis-à-vis des auteurs ? Ne table-t-elle pas trop sur le fait que leurs intérêts sont (trop) défendus par les droits actuels ? La voie proposée est-elle la seule envisageable ? Les bénéfices de l'exploitation du *copyright* avoués par la RIAA et par d'autres institutions représentant les intérêts des investisseurs restent très élevés, bien qu'ils ne prennent pas en compte les transactions au pair à pair – à leur grand dam bien sûr. Dès lors que, comme nous le verrons⁹⁹³, les droits patrimoniaux ont durant toute l'histoire du droit d'auteur été détournés au profit des investisseurs et des intermédiaires, et que ceux-ci s'avèreraient encore lucratifs même si l'on renonçait à taxer l'essentiel des échanges sur l'Internet relevant actuellement de la contrefaçon privée, et considérant que cela éviterait d'énormes coûts de transaction pour (ne pas parvenir à) les faire respecter, est-il encore temps d'imaginer un droit enfin favorable à l'auteur et qui tienne compte des caractéristiques de l'Internet et des échanges numériques ?

Le « piratage » et ses effets

□ Origine du terme

Les majorats, relayés par la presse et les commissions étatiques officielles – il est vrai très « courtisées » par les groupes de pression financés par l'industrie des loisirs –, affublent souvent du nom de « pirates » ceux qui accèdent illégalement aux œuvres

⁹⁹⁰ Julio H. COLE, *Étendre les copyrights : une idée contestable* [a], op. cit., p. 7 ; voir aussi Stan J. LIEBOWITZ, *Policing Pirates in the Networked Age*, dans *Cato Policy Analysis*, n°438 (15.05.2002), <http://www.cato.org/pubs/pas/pa438.pdf>.

⁹⁹¹ André SCHIFFRIN, *L'Édition sans éditeurs*, op. cit. ; voir ci-dessus, chap. « Marché de l'édition : influence des grands groupes », pp. 263 ss.

⁹⁹² Julio H. COLE, *Étendre les copyrights : une idée contestable* [a], op. cit., p. 7.

⁹⁹³ Voir ci-dessous, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), chap. « Conclusion intermédiaire », pp. 511 ss.

protégées, que cet accès suppose ou non copie de l'œuvre. En France pourtant, seuls les téléchargements, autrement dit les accès nécessitant copie de l'œuvre, sont considérés comme illégaux, ce qui en exclut les lectures en ligne (« *streaming* »)⁹⁹⁴, alors qu'en Suisse le téléchargement privé est encore – pour un temps sans doute limité – interprété comme une copie privée⁹⁹⁵. Ce terme de « pirates » désignait à l'origine – faut-il le rappeler – les majorats eux-mêmes et leur manière assez désinvolte de considérer la « juste » rétribution des auteurs et des interprètes. Mike Jagger rappelait par exemple à la BBC⁹⁹⁶ : « Quand les Rollings Stones ont décollé, on ne se faisait pas d'argent parce que les compagnies de disque ne vous payaient pas ! Elles ne payaient personne ! »⁹⁹⁷ Janis Ian se montre tout aussi critique envers ces entreprises dont elle fustige le comportement envers *leurs* artistes⁹⁹⁸. Manipulation des uns, complaisance des autres, le résultat est là : les majorats ont réussi à retourner cette image à leur profit, se posant comme les gardiens des intérêts des auteurs et de la morale, attitude qui n'est pas sans rappeler celle des libraires parisiens développée dans le mémoire que déposa en 1725 leur avocat, Maître Louis d'Héricourt⁹⁹⁹. Je privilégierai donc pour ma part les appellations de « contrevenants » ou de « contrefacteurs privés », moins connotées.

□ *Un peu d'Histoire*

Avant d'aborder la question de la contrefaçon privée sur l'Internet par des techniques d'échanges d'œuvres telles que le pair à pair, il est nécessaire de replacer ce débat dans son contexte historique. À chaque progrès technique, les majorats n'ont cessé de crier « au loup ! », assurant que le public les égorgeait par ses pratiques : cela a été le cas de la musique diffusée par la radio dès l'apparition des émissions sur ondes courtes, puis de la télévision, puis des cassettes audio-analogiques... Jack Valenti, le défenseur ultra conservateur de l'industrie hollywoodienne qui dirige depuis 1966 la *Motion Picture Association of America*, sert actuellement aux Autorités étasuniennes le même discours qu'il a servi en 1982 au Congrès étasunien à propos des cassettes VHS et des magnétoscopes qui permettaient à l'utilisateur d'enregistrer des films diffusés par les chaînes de télévision. Ce fut à chaque fois le même propos alarmiste qui annonçait la fin imminente de la création humaine dans le monde et le chômage pour tous¹⁰⁰⁰. Et,

⁹⁹⁴ xxx

⁹⁹⁵ Simon KOCH, *Le Téléchargement à tout va reste permis*, dans *Le Matin*, 01.12.2011, p. 12.

⁹⁹⁶ BBC NEWS, *Sir Mick Jagger goes back to exile* [a], 14.05.2010, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/entertainment/8681410.stm>.

⁹⁹⁷ MON IPHONE M'A TUER, *Marielle Gallo ou Lady Gaga ?*, 26.05.2010, <http://moniphonematuer.blogspot.com/search/label/Piratage>.

⁹⁹⁸ Janis IAN, *The Internet Debacle : An Alternative View*, op. cit., pp. 6 ss.

⁹⁹⁹ Voir ci-dessous, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), chap. « Les Lumières », pp. 415 ss.

¹⁰⁰⁰ Jack VALENTI, *P2P : le témoignage de Jack Valenti devant le Sénat US – 20 ans après avoir fustigé le magnétoscope, le retour du boss d'Hollywood*, du 30.09.2003, traduction Éléonore Pamart, http://www.freescape.eu.org/biblio/article.php?id_article=169 ; témoignage recueilli par le Sénat le 30.09.2003, http://www.senate.gov/~gov_affairs/index.cfm?Fuseaction=Hearings.Testimony&HearingID=120&WitnessID=41.

chaque année, l'industrie hollywoodienne engrange des centaines de millions de dollars de bénéfices.

□ *Une distinction capitale*

Précisons à titre liminaire que le téléchargement d'œuvres musicales sur Internet, qu'il convient ici de distinguer de la distribution à travers les réseaux « pair à pair » au sein desquels les œuvres sont mises à disposition du tout venant, va rarement au-delà d'un usage privé dans le cadre du cercle familial, étendu toutefois fréquemment aux connaissances proches. On peut en dire autant des téléchargements de films. Nous sommes très éloignés des réseaux de la criminalité internationale que décrivait une Condoleezza Rice, secrétaire d'État américaine sous la présidence de George W. Bush, mêlant hardiment devant les représentants de l'OMPI jeunes amateurs de morceaux musicaux s'échangeant des fichiers et réseaux maffieux internationaux, tout en confondant dans la foulée violation du droit des marques et violations du droit d'auteur, intérêts privés des majorats et intérêts publics.

Il est donc essentiel d'opérer la distinction clairement adoptée notamment par Patrick Waelbroeck et Martin Peitz entre contrefaçon privée (« *end-user piracy* ») et commerciale (« *commercial piracy* »)¹⁰⁰¹, cette dernière faisant l'unanimité contre elle, raison pour laquelle les majorats oeuvrent à une efficace confusion des genres. Cela est d'autant plus primordial dans un contexte où les groupes de pression des majorats et les commissions officielles qui les écoutent¹⁰⁰² placent sans nuances et sous la même enseigne téléchargement illégal de morceaux de musique par un collégien et contrefaçon internationale d'albums musicaux ou de marques de luxe, ou encore préparation clandestine de médicaments opérée par des réseaux organisés, voire fabrication officielle de médicaments génériques dans les pays où ce procédé est appelé à sauver des vies humaines...¹⁰⁰³ Or les recherches sur la contrefaçon privée confirment, lorsqu'elles se penchent sur le profil des copieurs comme le fait par exemple celui de l'Université Paris XI et UFC-QueChoisir, que

¹⁰⁰¹ Patrick WAELBROECK, Martin PEITZ, *The Effect of Internet Piracy on Music Sales : Cross-Section Evidence* [r], dans *Review of Economic Research on Copyright Issues*, 2004, vol. 1(2), pp. 71-79, p. 71.

¹⁰⁰² Voir notamment le projet de rapport de la députée française Marielle Gallo sur le renforcement de la propriété intellectuelle qui a été présenté à la commission des affaires juridiques de l'Union européenne en juin 2010 (Marielle GALLO, députée européenne, *Droit des auteurs dans l'environnement européen*, 02.12.2009, http://www.mariellegallo.eu/actualites/droits_des_auteurs_dans_l_environnement_europ_en). Parmi les nombreuses critiques de ce rapport, citons : LA QUADRATURE DU NET, *Rapport Gallo : le pire du dogmatisme en matière de copyright et de brevet au parlement européen*, 29.01.2010, http://www.laquadrature.net/fr/rapport-gallo-le-pire-du-dogmatisme-en-matiere-de-copyright-et-de-brevet-au-parlement-europeen#footnote2_3j4e5h9 et Guillaume CHAMPEAU, *La Quadrature du Net espère le rejet du rapport Gallo sur la propriété intellectuelle* [a], 25.05.2010, dans *Numerama*, <http://www.numerama.com/magazine/15798-la-quadrature-du-net-espere-le-rejet-du-rapport-gallo-sur-la-proprieete-intellectuelle.html>.

¹⁰⁰³ C'est ainsi qu'il a fallu toute la pression de l'opinion internationale, profondément outrée par son avidité et son manque de scrupules, que le groupe Novartis a retiré sa plainte judiciaire visant à interdire au gouvernement indien le droit d'organiser la fabrication d'un médicament générique contre le sida, susceptible de sauver des milliers de vies humaines.

« l'échange de copie est une pratique très répandue qui concerne pratiquement toutes les catégories sociales. Les copieurs ne peuvent pas uniquement être assimilés à des jeunes irresponsables ou à des resquilleurs. En fait, près de 11 millions d'internautes en France téléchargent de la musique sur Internet (soit plus de 40% des internautes). [...] L'enquête menée dans la rue (dont les résultats sont les moins biaisés d'un point de vue statistique) montre que parmi les individus déclarant utiliser Internet, 70% déclarent posséder des copies de musique ou de films. »¹⁰⁰⁴

Le phénomène frappe de manière aussi généralisée le marché des logiciels informatiques. Dans son rapport intitulé *Piratage sur Internet : une menace pour votre sécurité*, la Business Software Alliance, qui réunit les plus gros éditeurs de logiciels mondiaux, estime qu'aujourd'hui « environ 41 % des logiciels installés sur les ordinateurs personnels sont obtenus illégalement, avec un manque à gagner pour l'industrie du logiciel de 53 milliards de dollars ».¹⁰⁰⁵

Il serait dès lors dangereux de s'engager sans réflexion sur une criminalisation à outrance de ce type de comportement, surtout si elle n'est effectuée qu'en vue de défendre l'intérêt exclusivement pécuniaire de quelques investisseurs, qui ne coïncide pas nécessairement avec celui des auteurs.

Il ne s'agit pas pour autant de faire l'apologie des téléchargements opérés sans l'accord de l'auteur, mais bien d'expliquer les causes du phénomène combattu, dans l'ordre d'influence, par les accords ACTA, les accords de Genève (traités OMPI I et II), la Directive européenne 2001/29/CE, ses lois de transposition nationales et, finalement, l'Hadopi en France, afin de comprendre que les majorats ont participé activement à la crise qu'ils traversent alors qu'ils œuvrent à présent pour faire payer à la société civile leur manque de vision et les conséquences de leur avidité par le biais d'un renforcement de leurs droits. Étudions donc d'un peu plus près les attentes de la société civile et comparons-les avec la réponse des majorats à l'irruption de l'Internet.

□ *Motivations de la contrefaçon privée*

On ne peut aborder la question du piratage sans s'inquiéter de sa motivation. Il en existe de fait plusieurs.

➤ **Un effet des limitations de la copie privée**

À croire Mark Mulligan, vice-président de la société d'observation des industries numériques Forrester Research, nous assistons à d'importants changements de comportement : « La musique elle-même n'est plus le produit en soi. L'expérience, la manière de la vivre et de la consommer, voilà ce qu'il faut vendre. » Il observe trois types de consommateurs :

¹⁰⁰⁴ UNIVERSITE PARIS XI (LABORATOIRE ADIS), UFC-QUECHOISIR, *Peer-to-peer, gravure, échanges – Une étude inédite des comportements des internautes*, 20.12.2005, – *Une étude inédite des comportements des internautes*, 20.12.2005, <http://www.quechoisir.org/telecom-multimedia/image-son/musique/communiquer-peer-to-peer-gravure-echanges-une-etude-inedite-des-comportements-des-internautes>, p. 1 ; p. 13.

¹⁰⁰⁵ [E] BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE, *Piratage sur internet : une menace pour votre sécurité*, cité par [E] CHAMPEAU, 41 % de logiciels piratés sur les PC des particuliers selon la BSA

« les plus de 25 ans, qui écoutent la radio, achètent des disques et les copient ; la tranche des 16-25 ans, qui se partage entre téléchargement légal et illégal ; les 12-15 ans enfin, les "digital natives", qui consomment de la musique sur les réseaux sociaux, sur YouTube et sur leurs téléphones portables. Les "digital natives" ne voient pas d'intérêt à "posséder" de la musique, autrement dit à la télécharger et à conserver des fichiers musicaux sur leur propre disque dur. Ils veulent avant tout y avoir accès et la partager, partout et en tout temps. La clef est de donner au consommateur le sentiment que la musique est gratuite, en couplant par exemple une offre de *streaming* illimité à l'achat d'un téléphone. »¹⁰⁰⁶

Cette typologie est confirmée par d'autres études sur la contrefaçon privée¹⁰⁰⁷. Elle démontre que les majorats du disque se trouvent en fâcheuse position, puisque les générations les plus jeunes sont les plus réticentes à s'inscrire dans leur modèle du « star system » et du client payeur. Leurs revenus, du reste, ne le leur permettraient pas. Quoi qu'on puisse trouver à redire de cette approche des jeunes générations, il est impératif d'en tenir compte et de tenter de la comprendre.

On oublie ainsi trop vite que la contrefaçon privée est portée par le durcissement des protections qui ont ainsi « créé » de toutes pièces l'illégalité de pratiques autrefois tolérées, voire parfaitement légales : il est en effet difficile d'expliquer aux jeunes internautes pourquoi il était possible à leurs parents d'enregistrer librement les musiques diffusées sur les chaînes radiophoniques ou les films et les concerts programmés par les chaînes télévisées, alors qu'on leur reproche actuellement de télécharger des œuvres disponibles sur l'Internet... Ils ne comprennent pas davantage pourquoi le concept de la licence globale suscite tant de résistances alors qu'il correspond au modèle en vigueur pour les stations radiophoniques ou au droit de réception des programmes télévisés. Il s'avère encore plus délicat de leur expliquer la position d'une entreprise comme Sony qui, en tant que fabricant de matériel électronique grand public, vendait caméscopes VHS – qui plus est « dézonables »¹⁰⁰⁸ – permettant d'enregistrer les films diffusés par les canaux télévisuels et postes de radio couplés à des enregistreurs de sons, là où, en tant que puissant majorat de la musique et du cinéma, elle s'oppose farouchement à leur utilisation en invoquant les lois sur le droit d'auteur... De telles hypocrisies tendent à ôter tout crédit à une protection des droits de l'auteur pourtant respectable dans son principe. Elles sont souverainement ignorées par les députés de tous bords. Les exemples du « piratage » comme pratique analogue aux usages légaux du passé abondent. Habités à pouvoir prêter à leurs amis les livres qu'ils ont acquis, les amateurs de musique peuvent trouver naturel de pouvoir faire écouter et connaître à leurs proches les morceaux qu'ils préfèrent, à cette différence près – certes de taille – que les fichiers échangés n'ont pas été légalement acquis par les intéressés. Mais le « pair à pair » n'est pas le seul mode de téléchargement, et les transmissions de fichiers acquis légalement par un internaute via

¹⁰⁰⁶ Jonas PULVER, *Marché musical, nouvelles voies* [a], op. cit.

¹⁰⁰⁷ Voir ci-dessous, chap. « Le pair à pair innocenté de la « crise du disque », pp. 307 ss.

¹⁰⁰⁸ La plupart des lecteurs, une fois entré un code d'initialisation complaisamment transmis « sous le manteau » par le vendeur, mais généralement informé par le fabricant lui-même, peuvent lire les supports provenant de toutes les zones géographiques.

la messagerie électronique ou les applications de réseautage social comme Facebook correspondraient parfaitement aux usages qui se développaient autrefois dans le cadre de la copie privée sans que le législateur trouve à y redire. Ces droits passés n'ont pas été oubliés, ou plutôt ont été intégrés à des habitudes qu'il est difficile à présent de contrer.

En regard, les industries de la musique correspondent assez au capitalisme de prédateurs et de rentiers décrits par Michel Villette et Catherine Vuillermot, qui les éloignent du modèle de l'entrepreneur schumpetérien, inventif et familier des prises de risque¹⁰⁰⁹. Qu'on en juge plutôt : la loi « Création et Internet », que le groupe Vivendi-Universal a fait voter au législateur français¹⁰¹⁰, reporte et la tâche de surveillance de l'usage des œuvres qui incombe naturellement aux majorats et aux sociétés de gestion des droits d'auteur en tant que titulaires, respectivement gestionnaires, de ces droits et les coûts du contrôle qui s'ensuivent sur les épaules de la société civile : les fournisseurs d'accès se retrouvent en effet responsables de tracer tous les échanges de leurs clients, alors que les internautes sont désormais tenus, pour s'exonérer du soupçon que par simple dénonciation à l'Hadopi les ayants-droit font désormais planer sur eux, d'installer un système de sécurité sur leur propre ordinateur pour prouver leur bonne foi. Ce faisant, le législateur français rend les internautes *présumés coupables* de contrefaçon alors même que le droit pénal, dans les ordres juridiques *civilisés*, fonde la culpabilité sur une faute dûment prouvée. Il ne reste aux internautes qu'à former des vœux pour que le logiciel de sécurité mis en place à leurs frais soit efficace, afin de satisfaire un législateur qui évince une question de droit – la culpabilité de l'internaute et la violation du droit d'auteur qui lui est imputée – par une illusion techniciste.

Dans la même ligne, en Suisse, la SUISA adopte dans son rapport annuel 2010 un ton qui ne manque pas de déranger, stipendiant les FAI et les désignant en termes à peine voilés comme complices des « pirates », indiquant qu'ils devraient être responsabilisés sur la légalité des données qui transitent par leurs infrastructures¹⁰¹¹. Les vœux de la SUISA dessinent un monde de délation où, appliqués au domaine de la téléphonie, les opérateurs seraient obligés de vérifier le contenu de toutes les conversations téléphoniques utilisant leurs infrastructures techniques et, le cas échéant, de dénoncer à la police les infractions pénales constatées pour s'éviter une condamnation en tant que complices. On voit par cet exemple le caractère franchement malsain de telles revendications, qui de surcroît n'ont pas d'autres fins qu'économiques. Même le

¹⁰⁰⁹ Michel VILLETTE, Catherine VUILLERMOT, *Portrait de l'homme d'affaires en prédateur*, La Découverte, Paris 2005.

¹⁰¹⁰ La relation entre les industries des loisirs et la loi « Création et Internet » – également appelée « loi Vivendi » – est patente, puisqu'elle a été orchestrée tambour battant pour le gouvernement en place par Janelly Fourtou, épouse de Jean-René Fourtou, alors PDG de Vivendi. Janelly Fourtou, également députée européenne pour l'UMP de Nicolas Sarkozy, osait ne pas indiquer de relations avec l'industrie dans sa déclaration officielle d'intérêts, ce qui en dit long sur son honnêteté intellectuelle (Philippe AIGRAIN, *Préparation de la décision politique* [a], op. cit.).

¹⁰¹¹ SUISA, *Rapport annuel 2010* [r], http://www.suisa.ch/fileadmin/user_upload/Downloads/Publikationen/SUISA-Rapport-Annuel-2010.pdf, pp. 8-9.

système français de la « riposte graduée » ne trouve pas grâce aux yeux de cet organisme, alors qu'il s'agit du système le plus policier mis en place dans le monde.

➤ **Des prix excessifs**

La première justification du téléchargement illégal qui se dégage des études est le prix prohibitif des œuvres musicales ou des films, souvent joint à la nécessité d'acquérir un album entier, composé d'une douzaine de morceaux, pour pouvoir accéder aux deux ou trois d'entre eux que l'on désire entendre. On peut déplorer à la suite de Sébastien Vaas¹⁰¹² cette « culture de l'extrait », nourrie par la pratique du « surf » sur l'Internet et l'usage des liens hypertextuels qui – comme son nom le suggère – reste superficielle en ce qu'elle nous éloigne de la lecture attentive de livres ; contrairement à de simples articles, résumés ou « billets », les livres n'ont pourtant pas leur pareil pour nous permettre de découvrir la pensée d'un auteur, ses cheminements et ses motivations, au-delà de ses humeurs de l'instant. De même, en théorie du moins, « un disque présente un ensemble construit, composé de morceaux qui s'articulent entre eux témoignant d'une conception globale et d'une cohérence artistique »¹⁰¹³. Dans la réalité mercantile toutefois où les « artistes » eux-mêmes sont fabriqués, les morceaux qui s'alignent à la suite du titre phare de l'album se révèlent surtout moins travaillés, pour ne pas dire bâclés – maximisation du profit et urgence imposée par la mode obligeant : « on trouve aussi beaucoup de mauvaises chansons entre les titres d'albums à succès diffusés à la radio »¹⁰¹⁴.

Prix prohibitif, donc : il n'est pas rare de voir le prix d'un CD dépasser en France les vingt euros. C'est l'un des arguments les plus souvent cités pour expliquer la contrefaçon privée ; ce point est notamment confirmé par l'étude menée par l'Université Paris XI et l'UFC-QueChoisir publiée en décembre 2005, selon laquelle plus de 96% des internautes pratiquant le téléchargement illégal trouvent le prix des originaux trop élevés, 72,5% d'entre eux se déclarant même « tout à fait d'accord » avec ce point de vue¹⁰¹⁵. Les prix pratiqués seraient-ils néanmoins justifiés par les coûts de fabrication ou de distribution, voire par le montant reversé à l'auteur, ou s'avèrent-ils le résultat d'un calcul de maximisation de la rente s'exerçant aux dépens de la société civile toute entière ? L'étude menée par le magazine Numérama trahit une marge attribuée aux distributeurs et aux maisons de disques que l'on peut qualifier de « confortable », compte tenu de l'importance de leur catalogue, auteurs et interprètes ne gagnant leur vie que sur un nombre beaucoup plus restreint de titres. De fait, les pertes avouées du fait des contrefacteurs augmentent sensiblement pour les titres ayant fait l'objet d'une forte médiatisation : « Aujourd'hui la commercialisation de *singles*, quelques minutes de musique destinées à ne durer que quelques semaines, pâtit tout particulièrement du piratage. En effet ce sont les produits au coût promotionnel le plus

¹⁰¹² Sébastien VAAS, *L'Enfer du virtuel*, op. cit.

¹⁰¹³ Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, thèse, op. cit., p. 460.

¹⁰¹⁴ Chris ANDERSON, *La longue queue*, op. cit., p. 5.

¹⁰¹⁵ UNIVERSITE PARIS XI (LABORATOIRE ADIS), UFC-QUECHOISIR, *Peer-to-peer, gravure, échanges*, op. cit., p. 3.

élevé qui enregistrent le plus gros manque à gagner »¹⁰¹⁶. Cela montre bien l'importance de ce poste dans le prix total imposé à l'amateur de musique.

La politique des majorats a du reste été condamnée en septembre 2002 par la justice américaine, qui les a reconnu coupables d'avoir maintenu leur prix artificiellement élevé

Le prix prohibitif ne doit pas être compris dans son seul sens relatif, autrement dit en termes de pouvoir d'achat des amateurs par rapport au prix qui leur est imposé par le marché, mais aussi, de manière plus profonde, par rapport à la qualité estimée du contenu. Une étude de 2007 menée pour le gouvernement canadien par Birgitt Andersen et Marion Frenz se conclut notamment et de manière fort éclairante sur la remarque suivante :

« Au sujet de l'appétit pour la musique, nous constatons que les personnes affirmant avoir un intérêt "très élevé" ou "relativement élevé" pour la musique achètent beaucoup plus de CD que les personnes affirmant avoir un intérêt "très faible" pour la musique.

De plus, les résultats fondés sur l'ensemble de la population indiquent que les Canadiens ayant constaté une amélioration de la qualité de la musique ont accru leurs achats de musique sous format électronique. Les personnes qui, parmi celles partageant des fichiers poste à poste, ont constaté une dégradation de la qualité de la musique ont, quant à elles, diminué leurs achats de pistes de musique sous format électronique. Ainsi, l'intérêt pour la musique et l'appréciation de sa qualité semblent être corrélés positivement avec l'achat de musique. »¹⁰¹⁷

On peut donc en conclure que si les téléchargements pair à pair sans l'accord de l'auteur ne conduisent pas à une décision d'achat, c'est en partie parce que le contenu ne semble pas, par sa qualité, le justifier aux yeux de l'internaute. Nous abordons ainsi la troisième justification de la contrefaçon privée.

➤ La découverte de l'offre

Le troisième motif du téléchargement est la découverte de titres en vue d'un éventuel achat ultérieur : même la première étude commandée par la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (Hadopi) et publiée en janvier 2011 intitulée *Hadopi, biens culturels et usages d'Internet : pratique et perception des internautes français* reconnaît que « les internautes déclarant un usage illicite ont une dépense moyenne supérieure [à 36 euros par mois en biens culturels] »¹⁰¹⁸ ; « plus on est cultivé, plus on dépense pour la culture » résume Jérémie Zimmermann, porte-parole de la Quadrature du Net¹⁰¹⁹. Ce motif, qui conduit à distinguer de manière stricte échanges de titres entre individus sans but lucratif et grand banditisme est systématiquement occulté par les majorats, qui assimilent un peu rapidement tout téléchargement illégal à un « manque à gagner », voire, de manière

¹⁰¹⁶ Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, thèse, op. cit., p. 461.

¹⁰¹⁷ ANDERSEN Birgitte, FRENZ Marion, *L'incidence du téléchargement de musique et du partage de fichiers poste à poste sur les ventes de musique*, op. cit., p. 39.

¹⁰¹⁸ [J] HADOPI, *Hadopi, biens culturels et usages d'Internet*, T0 (23.01.2011), p. 81, conclusions

¹⁰¹⁹ [E] PULVER, *La Licence globale, ou la rétribution récompensée*, entrevue avec Jérémie Zimmermann

mensongère, à un « vol ». De telles affirmations devraient être vigoureusement combattues : inexactes, voire frauduleuses sur le plan juridique, elles sont de plus manipulatoires en ce qu'elles « préparent l'opinion publique à la répression pénale », pour reprendre le titre d'un article paru sur le site Netlex¹⁰²⁰.

Janis Ian, dans son très remarqué article *The Internet Debacle : An alternative View*, confirme que sur les 75'000 internautes visitant chaque année son site, les 1'200 téléchargements gratuits opérés depuis son site des titres *Society's Child* et *At Seventeen* qui valurent à l'auteure/compositeure/interprète qu'elle est un immense succès au milieu des années 1970, ont, de l'aveu des intéressés eux-mêmes, incité l'acquisition de 180 CD chaque année pour un montant de 2'700 dollars, sans compter les achats opérés dans des magasins et les participations à des concerts¹⁰²¹. Du point de vue de l'artiste, le succès dépend de sa visibilité, si bien qu'il est de son intérêt d'autoriser le téléchargement gratuit de ses œuvres, qui lui procure cette visibilité tant recherchée¹⁰²². Antoine Gitton insiste lui aussi sur la nécessité – dans la perspective même d'assurer à l'auteur de quoi vivre de son œuvre – de partir du vrai besoin de l'artiste, qui est d'exister face à son public au lieu d'envisager la question du point de vue des exploitants :

« Avant même de penser être rémunéré, le créateur souhaite donc être publié, diffusé et reconnu, c'est à dire dans le respect de l'intégrité de son œuvre »¹⁰²³.

Sur un marché qui s'enrichit au bas mot de 32'000 nouveaux titres chaque année rien qu'aux États-Unis, la fonction de découverte ne doit pas être négligée. Les estimations les plus prudentes estiment de fait à 100'000 le nombre de nouveaux albums disponibles sur CD. Or qui est prêt à payer 16 dollars, 15 euros ou 20 francs rien que pour découvrir un album dans un tel contexte ? Qui, financièrement, pourrait se le permettre ? C'est ainsi que l'argument de la découverte renforce celui des prix excessifs. Enfin, Janis Ian relève que la contrefaçon privée permet non seulement de découvrir des nouveautés, aussi d'accéder à des morceaux qui ne sont plus disponibles sur le marché du disque, ce qui constitue une autre forme de découverte¹⁰²⁴.

➤ Un penchant compulsif pour la collection

Cette approche est d'autant plus contestable qu'il s'ajoute aux motifs de téléchargement qui viennent d'être cités une autre raison, sans doute fort sous-évaluée : le penchant compulsif des internautes pour l'accumulation d'informations qu'ils n'auront jamais le temps ni le goût de consulter. Tel est le cas lorsqu'on trouve sur le disque dur de certains utilisateurs finaux plus de vingt mille titres musicaux : si on

¹⁰²⁰ [J] NETLEX, La Loi Hadopi : une préparation de l'opinion à la répression pénale ?

¹⁰²¹ Janis IAN, *The Internet Debacle : An Alternative View*, op. cit., p. 2.

¹⁰²² *Ibid.*, p. 5.

¹⁰²³ Antoine GITTON, *Proposition*, <http://www.gitton.net/Editoriaux/proposition.htm>.

¹⁰²⁴ Janis IAN, *The Internet Debacle : An Alternative View*, op. cit., p. 4 ; voir aussi Patrick WAELBROECK, Daniel BOUNIE, Marc BOURREAU, *Pirates or Explorers ? Analysis of Music Consumption in French Graduate Schools* [r], 09.06.2005, <http://ssrn.com/abstract=739284>.

estime leur durée moyenne à quatre minutes et demie, ce qui représente donc une durée d'écoute ininterrompue de plus de soixante jours, peut-on raisonnablement penser que ces fichiers aient été téléchargés en vue d'être tous écoutés ? Or une telle situation n'a rien d'exceptionnel. Philippe Astor avoue télécharger des morceaux qu'il n'aurait jamais eu la mauvaise idée d'acheter : « Ais-je tout écouté ? Certes. Les aurais-je tous achetés si mon budget me le permettait ? Certes pas. »¹⁰²⁵

➤ **Le cas particulier des logiciels informatiques**

À croire la Business Software Association (BSA), le « piratage » de logiciel aurait entraîné des pertes financières de l'ordre de 11 milliards de dollars de manque à gagner pour la seule année 1998 et conduit à la suppression de 109'000 emplois. La BSA affirme par ailleurs que 38% des logiciels utilisés dans le monde sont des copies illégales. Or la contrefaçon privée des logiciels semble servir tout autant les intérêts financiers des éditeurs que celle des fichiers musicaux sert ceux des majorats, mais elle le fait d'une manière spécifique.

Les entreprises utilisent toutes les mêmes logiciels bureautiques et les mêmes applications métier, essentiellement distribuées sous licences privatives, pour deux raisons principales : afin de s'assurer que leurs clients pourront lire leurs documents et qu'elles pourront lire en retour ceux que leur transmettent leurs clients, autrement dit pour des questions de compatibilité, mais aussi parce ce sont ceux que leurs employés savent utiliser. Un tel choix leur assure des économies de formation et un gain de productivité. Or leurs employés savent utiliser ces logiciels, avant même leur première embauche, parce qu'ils ont pu s'entraîner quotidiennement dessus chez eux. Il faut en effet utiliser fréquemment un logiciel pour savoir utiliser ses principales fonctions. Or les logiciels du marché coûtent souvent très cher. L'acquisition des logiciels de base de PAO (Photoshop, Illustrator, XPress) revient à environ 25'000 francs, alors que l'acquisition des principaux logiciels utilisés par un « *Web designer* » coûte plus de 15'000 francs. Dans la mesure où il apparaît déraisonnable de penser qu'un infographiste de PAO ou qu'un « *Web designer* » peuvent financer ces licences grâce au salaire qui leur est versé, il faut en conclure que les éditeurs de tels logiciels comptent sur la contrefaçon privée pour permettre aux employés de se familiariser et même d'acquérir la maîtrise de leurs outils, afin d'inciter les entreprises à acquérir leurs licences, cette fois-ci au prix fort : « le piratage verrouille le marché et interdit le choix des entreprises »¹⁰²⁶.

Ainsi la BSA manipule le public lorsqu'elle prétend que la contrefaçon privée de logiciels professionnels entraîne un manque à gagner colossal pour les éditeurs qu'elle représente. Quant aux pertes d'emplois, le lien direct qu'elle établit entre ces manques à gagner, en soi discutables, et les licenciements du secteur informatique manque tout

¹⁰²⁵ Philippe ASTOR, *Chronique d'une victoire amère* [a], 07.11.2007, <http://www.zdnet.fr/blogs/2007/11/07/chronique-d-une-amere-victoire>.

¹⁰²⁶ ARNO*, *Le Piratage au service des monopoles*, 25.08.2000, <http://www.uzine.net/article94.html>, p. 2.

simplement de sérieux dans un système économique où l'on réduit les effectifs à la fin d'exercices particulièrement rentables, à seule fin être maximiser les profits.

➤ **Droit à la culture contre encouragement à la créativité ?**

Isabelle de Lamberterie, dans un excellent article paru dans la revue *Réseaux*¹⁰²⁷, articule autour du droit à la culture et du droit d'auteur l'opposition qui fait rage entre les prétentions du public à accéder aux œuvres et celle des auteurs à pouvoir vivre de leur création que leur promet le droit d'auteur. Cette opposition, rappelle-t-elle, doit toutefois s'inscrire dans une lecture du droit d'auteur en tant qu'exception au principe de libre circulation des idées.

Sous cet angle, les échanges pair à pair de contenus sans l'accord de l'auteur pourraient se prévaloir d'un « droit à la culture », le prix prohibitif imposé au public par les majorats se lisant comme un obstacle concret à ce droit, sans pour autant assurer aux auteurs de pouvoir vivre de leur art. De fait, cette opposition, classique, n'est pas pertinente, en ce sens que la créativité, qu'il s'agit d'encourager à travers le droit d'auteur, se nourrit elle-même d'un accès à la culture : l'artiste procède avant tout par imitation, assimilation de la tradition et des moyens développés par ses pairs. Je montrerai, dans la partie consacrée à la recherche d'une fondation éthique¹⁰²⁸, que cette opposition tient à ce qui de fait apparaît comme une polarité inhérente à notre parcours personnel pour accéder à notre humanité. L'opposition mise en scène par ceux qui en tirent profit, et qui reprend en somme la dichotomie entre *producteurs* et *consommateurs* propre au capitalisme, apparaît à un niveau de réalité supérieur davantage comme un jeu de complémentaires, toute cristallisation sur le paradigme du conflit risquant de tuer à la fois la créativité et l'accès à la culture. Transposé aux revendications du public en matière de partage, cette complémentarité fait qu'en un sens l'accès aux œuvres et leur partage incite lui aussi à la créativité. Il pourrait dès lors s'avérer dangereux de n'y voir qu'actes de « piraterie », autrement dit comportements séditieux qu'il s'agit de combattre à tout prix. Grâce à l'Internet « pair à pair »¹⁰²⁹, le public peut exprimer son rejet du « star system » qui voit des « artistes » construits comme des produits commerciaux lui être imposés au prix d'un matraquage publicitaire à l'échelle planétaire contribuant fortement à la cherté des albums, là où il désire au contraire pouvoir contribuer au succès des œuvres par le « bouche à oreille » des Réseaux et acquérir à des prix beaucoup plus abordables les œuvres que les prescripteurs de son choix lui auront appris à goûter. Lorsqu'il s'interroge sur les raisons qui poussent les studios hollywoodiens à s'acharner sur les sites de téléchargement ou d'accès à distance (« *streaming* ») alors que la plupart des études sérieuses montrent sans ambiguïté qu'ils exercent un effet positif sur les ventes de films, Guillaume Champeau a cette explication instructive :

¹⁰²⁷ Isabelle de LAMBERTERIE, *De l'incitation à la création au droit à la culture*, op. cit.

¹⁰²⁸ Voir ci-dessus, partie 03 (« Recherche d'une fondation éthique »), pp. 99 ss.

¹⁰²⁹ Voir ci-dessus, chap. « L'Internet "pair à pair" », pp. 285 ss.

« S'ils continuent à lutter contre le piratage, malgré les études qui démontrent régulièrement ses effets positifs sur la consommation globale, c'est parce que les studios livrent une bataille plus générale de contrôle de la distribution. C'est là la clé. C'est elle qui leur fait refuser toute licence globale, qui autoriserait des millions de citoyens à distribuer eux-mêmes la musique ou les films qu'ils aiment. Qui contrôle la distribution contrôle l'offre, donc la concurrence. »¹⁰³⁰

D'un point de vue macroscopique, la contrefaçon privée n'occasionnerait donc pas de dommages significatifs aux majorats. Les attaques des studios ne sont de ce fait pas tant commerciales que stratégiques, si bien que la société civile se trouve prise en otage par des majorats agissant – grâce à l'aveuglement ou à la complicité du législateur – non pour protéger leur investissement, mais bien pour assurer la maximisation des profits que leur rente de monopoleur leur permet d'escompter.

□ *Effets réels de la contrefaçon privée*

➤ **Le pair à pair innocenté de la « crise du disque »**

Nous avons vu que la « crise du disque », qui aurait vu chuter de moitié le chiffre d'affaires des majorats de la musique, ne serait pas à mettre sur le seul compte du pair à pair, contrairement à ce que les majorats s'évertuent à le faire accroire au législateur¹⁰³¹.

Plusieurs études émanant d'instituts sérieux viennent confirmer cette analyse et tendent à démontrer que le pair à pair n'a pas causé cette crise, voire contribue de manière significative à la vente du disque et des prestations musicales dans leur ensemble :

- Stanley Liebowitz a identifié trois types d'effets positifs potentiels de la copie illégale pour les détenteurs de droits : l'« appropriabilité indirecte », les externalités de réseau et l'effet d'exposition. Il montre par là que la copie illégale a des effets moins négatifs qu'on ne pourrait le croire. La notion d'« appropriabilité indirecte » lui permet de montrer que la capacité d'effectuer des copies non autorisées augmente la valeur que les utilisateurs accordent à l'original, et donc leur consentement à le payer ; le titulaire des droits voit la demande augmenter en raison de la valeur produite par la possibilité d'effectuer des copies non autorisées des titres légalement acquis ; ainsi la possibilité de copier un CD original pour l'écouter dans sa voiture valorise l'exemplaire acquis et augmente la demande (1985)¹⁰³².
- l'étude menée par Felix Oberholzer-Gee (Harvard Business School) et Koleman Strumpf (University of North Carolina) : *The Effect of File Sharing on Record Sales - An Empirical Analysis*, fondée sur l'analyse d'une base

¹⁰³⁰ Guillaume CHAMPEAU, *Hollywood enterre une étude qui démontre que les pirates sont de bons clients* [a], 22.01.2011, <http://www.numerama.com/magazine/19391-hollywood-enterre-une-etude-qui-demonstre-que-les-pirates-sont-de-bons-clients.html>.

¹⁰³¹ Voir ci-dessus, chap. « Marché de la musique : autour du chiffre d'affaires », pp. 257 ss.

¹⁰³² Françoise BENHAMOU, Joëlle FARCHY, *Droit d'Auteur et Copyright*, op. cit., pp. 66-67.

contenant 0,01% des données mondiales en matière de téléchargements (mars 2004)¹⁰³³ ;

- le rapport de Tariq Krim pour l'ADAMI : *Le Peer-to-Peer, un autre modèle économique pour la musique* (16 juin 2004)¹⁰³⁴ ;
- un rapport de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) : *OECD Report on Digital Music: Opportunities and Challenges* (13 décembre 2005)¹⁰³⁵ ;
- l'étude de l'Université Paris XI (laboratoire ADIS) et de l'Union fédérale des consommateurs (UFC-QueChoisir) : *Peer-to-peer, gravure, échanges, une étude inédite des comportements des internautes* (20 décembre 2005)¹⁰³⁶ ;
- un rapport de Birgitte Andersen et de Marion Frenz commandé par le gouvernement canadien : *L'impact de téléchargement de musique et du partage en P2P sur l'achat de musique : une étude pour Industry Canada* (4 mai 2007)¹⁰³⁷ ;
- une étude menée par Dear Annelies Huygen, Joost Poort, Nico van Eijk, Paul Rutten et al. (TNO et IViS) pour le gouvernement hollandais : *Ups and downs – The economic and cultural effects of file sharing on music, film and games* (2009)¹⁰³⁸, laquelle conclut même à un effet « très positif » à court et à long terme du pair à pair sur l'économie de la Hollande, qu'il chiffre à 100 millions d'euros par an, ainsi que sur le niveau de bien-être des Hollandais par l'accès élargi qu'il offre à la culture, même si une diminution du chiffre d'affaires de la vente de CD, de DVD et de jeux vidéo reste possible¹⁰³⁹, étant précisé que les

¹⁰³³ Felix OBERHOLZER-GEE, Koleman STRUMPF, *The Effect of File Sharing on Record Sales – an Empirical Analysis* [a], mars 2004, www.unc.edu/~cigar/papers/FileSharing_March2004.pdf.

¹⁰³⁴ Tariq KRIM, *Le peer to peer un autre modèle économique pour la musique*, 16.06.2004, étude remise à l'ADAMI, <http://www.irma.asso.fr/IMG/pdf/Etude-P2P-Tariq-KRIM-ADAMI.pdf>.

¹⁰³⁵ OECD, *Report on Digital Music: Opportunities and Challenges* [r], 13.12.2005, OECD Digital Economy Papers n°100, <http://dx.doi.org/10.1787/232088236784>.

¹⁰³⁶ UNIVERSITE PARIS XI (LABORATOIRE ADIS), UFC-QUECHOISIR, *Peer-to-peer, gravure, échanges*, op. cit.

¹⁰³⁷ ANDERSEN Birgitte, FRENZ Marion, *L'incidence du téléchargement de musique et du partage de fichiers poste à poste sur les ventes de musique: une étude préparée pour Industrie Canada*, 04.05.2007, [http://www.ic.gc.ca/eic/site/ippd-dppi.nsf/vwapi/IndustryCanadaPaperMay4_2007_fr.pdf/\\$FILE/IndustryCanadaPaperMay4_2007_fr.pdf](http://www.ic.gc.ca/eic/site/ippd-dppi.nsf/vwapi/IndustryCanadaPaperMay4_2007_fr.pdf/$FILE/IndustryCanadaPaperMay4_2007_fr.pdf).

¹⁰³⁸ Dear Annelies HUYGEN, Joost POORT, Nico VAN EIJK, Paul RUTTEN et al. (TNO ET IVIR), 18.02.2009, *Ups and Downs – The economic and cultural effects of file sharing on music, film and games*, http://www.ivir.nl/publicaties/vaneijk/Ups_And_Downs_authorised_translation.pdf ; voir également [E] Fabrice EPELBOIN, *Un rapport commandé par le gouvernement hollandais conclut à un impact « très positif » du peer to peer sur l'économie* [a], 20.01.2009, <http://fr.readwriteweb.com/index.html?p=2045> ; Fabrice EPELBOIN, *Impact positif du P2P : interview des auteurs de l'étude scientifique néerlandaise* [a], 18.03.2009, <http://fr.readwriteweb.com/2009/03/18/a-la-une/impact-positif-p2p-interview-auteurs-etude-scientifique-neerlandaise>.

¹⁰³⁹ « The research shows that the economic implications of file sharing for the level of welfare in the Netherlands are strongly positive in the short and long terms. File sharing provides consumers with access to a broad range of cultural products, which typically raises welfare. Conversely, the practice is believed to

chercheurs notent que le téléchargement « est souvent utilisé pour voir ou écouter un contenu qui sera acheté par la suite », y compris en matière de jeux vidéo ; le rapport montre également que dans l'industrie de la musique, le pair à pair profite davantage aux petits groupes de musiciens peu connus qu'aux vedettes internationales, ce qui explique pour Patrice Epelboin « le ralliement quasi unanime de ces dernières à la loi française "Création et Internet" »¹⁰⁴⁰. On gardera enfin en mémoire que la Hollande est, avec la France, le pays d'Europe où le téléchargement illégal atteint des records mondiaux ;

- une étude menée par Sylvain Dejan (laboratoire M@rsouin), Thierry Pénard (CREM) et Raphaël Suire (Université de Rennes 1) pour la Hadopi : *Une première évaluation des effets de la loi Hadopi sur les pratiques des internautes français* (mars 2010)¹⁰⁴¹. Ces chercheurs ont mis à jour le fait que « l'intensité de copiage de musique toutes techniques confondues s'avère un facteur favorable aux achats de CD et de DVD. Les "gros" copieurs achètent donc relativement plus de biens culturels que les autres », ce qui confirme l'usage du téléchargement en tant que mode de découverte des oeuvres ;
- plusieurs travaux et articles de Patrick Waelbroeck (Université libre de Bruxelles) et Martin Peitz (Université de Mannheim, dépt d'économie) : *Piracy of Digital Products* (2003), *The effect of Internet Piracy on Music Sales* (2004) et *Why the Music Industry May Gain from Free Downloading* (2005), étant précisé que Patrick Waelbroeck, qui a publié de nombreux travaux sur le piratage et l'industrie culturelle et fait partie des sommités mondiales sur le sujet, a été récemment chargé d'une étude par la Hadopi¹⁰⁴². Les deux chercheurs arrivent aux mêmes conclusions que le rapport hollandais, bien que leur approche se limite aux seuls effets économiques : le pair à pair permet aux internautes d'accéder à un très large catalogue et d'entrer en contact avec des œuvres soit qu'ils achèteront par la suite, soit qui les conduiront à en acheter d'autres, du même auteur par exemple.
- Les « Prix Nobel » d'économie Paul Krugman et Joseph Stiglitz prônent l'abolition de la lutte contre le « piratage » au profit d'une redéfinition des modèles économiques en matière de propriété intellectuelle, invitant même à prendre la contrefaçon privée comme fondement de ce nouveau modèle. Pour Joseph Stiglitz, le système de la propriété intellectuelle est « inefficace » dès

result in a decline in sales of CDs, DVDs and games » ([E] HUYGEN, Ups and Downs – The Economic and Cultural Effects of File Sharing on Music, Film and Games).

¹⁰⁴⁰ Fabrice EPELBOIN, *Un rapport commandé par le gouvernement hollandais conclut à un impact « très positif » du peer to peer sur l'économie*, op. cit., pp. 1-2.

¹⁰⁴¹ Sylvain DEJAN (laboratoire M@rsouin, CREM), Thierry PENARD, Raphaël SUIRE (Université de Rennes 1), *Une première évaluation de la loi Hadopi sur les pratiques des internautes français* [r], mars 2010, <http://www.marsouin.org/IMG/pdf/notehadopi.pdf>.

¹⁰⁴² Guillaume CHAMPEAU, *L'Hadopi nomme un hadopi sceptique pour conduire une mission*, <http://www.numerama.com/magazine/17840-l-hadopi-nomme-un-hadopi-sceptique-pour-conduire-une-mission.html>.

lors qu'il « restreint l'utilisation du savoir »¹⁰⁴³. Nous avons vu que cette compréhension excluante de la « propriété » de l'auteur sur son œuvre n'était pas tant le fait des Lumières que du capitalisme¹⁰⁴⁴. De ce point de vue, ce que préconisent ces économistes n'est en fait rien d'autre qu'une refonte de notre approche de la notion de « propriété » applicable au droit d'auteur et à la propriété intellectuelle en général.

On sait par ailleurs que les films les plus piratés constituent les meilleures ventes de DVD, et que les deux phénomènes sont intimement liés. Tel est le cas d'*Avatar*, de James Cameron, de *Twilight 2*¹⁰⁴⁵, mais aussi de *Bienvenue chez les Ch'tis*, de Dany Boon, de *Taken*, de Luc Besson¹⁰⁴⁶ et de *The Dark Knight*¹⁰⁴⁷. Julien Pompey nous apprend en effet que la superproduction de James Cameron a été téléchargée près d'un million de fois durant sa première semaine d'exploitation ; or, malgré ce record de « piratage », il s'agit du deuxième film le plus lucratif de l'histoire¹⁰⁴⁸. De même, si *Bienvenue chez les Ch'tis* a enregistré plus de 20 millions d'entrées et près de 700'000 téléchargements illégaux, ce qui n'a pas empêché d'en écouler 2 millions de copies en moins de deux semaines après sa sortie sur les rayons, un nouveau record¹⁰⁴⁹. Le pair à pair ne profite donc pas seulement aux œuvres peu connues, comme tend à le montrer, pour la musique, le rapport hollandais susmentionné. Il est ainsi erroné de prétendre que « le piratage tue la créativité », mensonge que la loi française oblige pourtant les FAI à placer dans les contrats qu'ils passent avec leurs clients¹⁰⁵⁰.

Il n'est pas jusqu'aux études commandées par les majorats hollywoodiens qui ne leur donnent tort. On sait pourtant à quel point le commanditaire d'un rapport peut influencer ses conclusions. Or, une étude du très sérieux cabinet Gesellschaft für Konsumforschung (GfK), menée en 2011 à l'instigation des majorats hollywoodiens afin de démontrer l'impact négatif sur l'industrie cinématographique du site d'accès à distance (« *streaming* ») *Kino.to* qu'ils avaient fait fermer en juin 2011 par les autorités allemandes, a pris des conclusions diamétralement opposées à celles escomptées par ses clients :

« Les pirates utilisateurs de *Kino.to* iraient en fait plus souvent au cinéma, achèteraient plus facilement les places au tarif plein, et achèteraient davantage de DVD que les autres. Ils auraient aussi tendance à acheter le DVD après avoir regardé le début d'un film en streaming. »

¹⁰⁴³ Guillaume CHAMPEAU, *Les Prix Nobel d'économie défavorables à la lutte contre le piratage* [a], op. cit.

¹⁰⁴⁴ Voir ci-dessus, chap. « La protection des biens immatériels sous l'angle de la propriété », pp. 234 ss.

¹⁰⁴⁵ Julien POMPEY, *Avatar bat des records... de piratage* [a], dans Les Échos, 13.01.2010 ; <http://www.lesechos.fr/info/comm/300403507.htm>.

¹⁰⁴⁶ Fabrice EPELBOIN, *Votez pour (ou contre) la loi Hadopi* [a], 10.02.2009, lettre adressée aux députés français, <http://fr.readwriteweb.com/index.html?p=2250>.

¹⁰⁴⁷ Astrid GIRARDEAU, « *les Ch'tis* » et « *Dark Knight* » : où est l'impact du piratage ? [a], <http://www.ecrans.fr/Les-Ch-tis-et-Dark-Knight-Ou-est-l,5716.html>.

¹⁰⁴⁸ Julien POMPEY, *Avatar bat des records... de piratage* [a], op. cit.

¹⁰⁴⁹ Astrid GIRARDEAU, « *les Ch'tis* » et « *Dark Knight* » : où est l'impact du piratage ? [a], op. cit.

¹⁰⁵⁰ art. Xxx CPI

Le magazine Telepolis a toutefois révélé le pot aux roses¹⁰⁵¹, les clients de Gfk ayant décidé d'exercer leur droit de retrait et d'enterrer le rapport – pourtant promis à la publication – du moment qu'il contredisait des années de propagande¹⁰⁵². La répression de la contrefaçon privée repose ainsi sur un tissu de mensonges, ce qui n'est pas sans interroger sur la responsabilité endossée par les députés dans la situation actuelle.

La pertinence de ces analyses est confirmée dans d'autres domaines que ceux du cinéma et de la musique. Une étude de 2010 analysant sur 71 semaines les ventes des livres de la célèbre maison d'édition O'Reilly en rapport avec leur contrefaçon privée montre que

« les ouvrages qui ne sont pas piratés ont une baisse continue de leur niveau de ventes, tandis que les ouvrages piratés se vendent mieux. Et pas seulement parce qu'ils sont plus connus, donc plus susceptibles d'être à la fois achetés et piratés, mais bien *parce qu'ils* sont piratés. En effet, [...] "entre la 19^e et la 23^e semaine, période à laquelle les titres ont commencé à être piratés, les ventes des ouvrages ont connu une hausse de 90 %". C'est donc bien le piratage qui a provoqué une montée des ventes. »¹⁰⁵³

Il n'est pas jusqu'à la Cour des comptes américaine (*Government Accountability Office* - GAO), qui admette dans un rapport officiel¹⁰⁵⁴ que « les effets globaux du piratage sont très mal estimés » dans la mesure où les études portant sur la question omettent de prendre en compte « le fait que l'argent économisé par le piratage est tout de même dépensé et est donc réintroduit dans l'économie. Dépensé ailleurs, il crée donc inévitablement des emplois. Ce rapport américain mentionne même "*une étude [qui] montre que le téléchargement illégal a un effet positif sur le bien-être des consommateurs*" »¹⁰⁵⁵.

Les (plus rares) études concluant aux effets dévastateurs du « piratage » sur l'emploi prêtent le flanc à de nombreuses critiques. Prenons pour exemple le rapport de mars 2010 du cabinet parisien Tera Consultants, traduction anglaise « mise à jour » de son rapport de novembre 2008 et cité en référence lors de la présentation officielle du rapport favorable aux accords ACTA de l'eurodéputée Marielle Gallo. Son impartialité semble déjà compromise du seul fait qu'il a été commandé par la *Business Action to Stop Counterfeiting and Piracy* (BASCAP)¹⁰⁵⁶, organisme privé à l'origine des accords ACTA et coprésidé par Jean-René Fourtou, le PDG de Vivendi-Universal, un groupe qui compte parmi les majorats des loisirs et qui ne fait pas mystère de son intérêt pour

¹⁰⁵¹ Rüdiger SUCHSLAND, *Nutzer von kino.to gehen überdurchschnittlich oft ins Kino...* [a], 16.07.2011, <http://www.heise.de/tp/blogs/6/150152>.

¹⁰⁵² Guillaume CHAMPEAU, *Hollywood enterre une étude qui démontre que les pirates sont de bons clients* [a], op. cit.

¹⁰⁵³ Guillaume CHAMPEAU, *Les ventes de livres boostées par leur piratage* [a], 14.10.2009, <http://www.numerama.com/magazine/14232-les-ventes-de-livres-booste-es-par-leur-piratage.html> ; c'est moi qui souligne.

¹⁰⁵⁴ <http://www.pcinpact.com/actu/news/56380-piratage-etude-chiffres-imaginaires-bidons.htm>

¹⁰⁵⁵ Marc REES, « *Le piratage détruit les emplois* »... et la mémoire [a], 12.05.2010, <http://www.pcinpact.com/actu/news/56914-rapport-tera-acta-rebonds-liberation.htm>, p. 3, remarque 5.

¹⁰⁵⁶ Voir ci-dessus, p. 311.

la loi HADOPI¹⁰⁵⁷. Le rapport prédit à l'horizon 2015 la perte de 240 milliards d'euros (!) en termes de chiffre d'affaires l'impact direct négatif de la copie illégale sur les « industries créatives » en Europe en l'absence de tout changement politique – entendre par là : en l'absence de durcissement significatif des lois sur le droit d'auteur¹⁰⁵⁸.

C'est déjà le cabinet Tera Consultants qui avait remis un rapport à Christine Albanel, alors Ministre française de la Culture, commandité peu auparavant par Equancy&Co et qui lui permit très opportunément de répondre aux critiques de la CNIL contre la loi Hadopi. La Commission nationale dénonçait dans un avis non publié un projet de loi incapable de proposer à son appui une « étude qui démontre clairement que les échanges de fichiers via les réseaux "pair à pair" sont le facteur déterminant d'une baisse des ventes dans un secteur qui, par ailleurs, est en pleine mutation du fait notamment, du développement de nouveaux modes de distribution des œuvres de l'esprit au format numérique »¹⁰⁵⁹. L'étude en question, datée de novembre 2008¹⁰⁶⁰, indiquait que les industries des loisirs représentent 6,9% du PIB européen et 6,5% des emplois (soit 14 millions d'emplois), comparables en cela aux secteurs de l'automobile ou de la chimie, avant de tenter de démontrer que le développement d'Internet, l'augmentation du débit grâce au déploiement des réseaux de fibre optique et la diversification des techniques de piratage (« *streaming* », téléchargement direct et pair à pair) sont autant de facteurs qui « accroîtront mécaniquement » les dommages de ces « industries créatives ». Et l'étude d'évaluer à 1,2 milliards d'euros en termes de chiffre d'affaires l'impact direct négatif de la copie illégale, ce qui équivaldrait à la disparition de plus de 5'000 emplois directs et de 5'000 emplois indirects ou induits supplémentaires, tout en prédisant la perte de 10'000 autres emplois à l'horizon 2012¹⁰⁶¹. Fabrice Epelboin dénonçait déjà ces chiffres dans un article circonstancié et plein d'humour dans lequel il énumérait les nombreux et significatifs « oublis » commis par cette étude, s'agissant d'établir les nouveaux bénéfices générés par l'activité numérique pour les industries des loisirs :

« on a oublié de prendre en considération les recettes nouvelles apportées par ces foutus nouvelles technologies. Sonneries téléphoniques ? Un business florissant qui se compte en centaines de millions... Oublié. Taxes sur les CD vierges et les disques durs ? Oubliées. Augmentation des revenus du spectacle vivant ? Oublié. Part de marché sans cesse grandissante du jeu vidéo dans le

¹⁰⁵⁷ Marc REES, « *Le piratage détruit les emplois* »... et la mémoire [a], op. cit.

¹⁰⁵⁸ TERA CONSULTANTS, *Building a Digital Economy : The Importance of saving Jobs in the EU's Creative Industries*, mars 2010, http://www.teraconsultants.fr/assets/publications/PDF/2010-Mars-Etude_Piratage_TERA_full_report-En.pdf, p. 5.

¹⁰⁵⁹ C. N. I. L., *Délibération n°2008-101 du 29 avril 2008 portant avis sur le projet de loi relatif à la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet*, 29.04.2009, avis non publié officiellement, http://www.laquadrature.net/wiki/HADOPI_avis_CNIL, « Observations liminaires ».

¹⁰⁶⁰ TERA CONSULTANTS, *Rapport Hadopi ; Impact économique de la copie illégale des biens numérisés en France – Quand le chaos économique s'imisce dans la révolution technologique* [r], novembre 2008, rapport commandé par la société Equancy, <http://www.guim.fr/blog/files/Equancy-Tera-Rapport-Hadopi.pdf>.

¹⁰⁶¹ *Ibid.*, p. 66.

budget culture des Français ? Oubliée. Chiffre d'affaire des réseaux sociaux en ligne orientés musique, tels que MySpace ? Oublié. Radios en ligne ? Oubliées. Auto-production d'un nombre grandissant d'artistes qui décident de voler de leurs propres ailes ? Oublié. Nouveaux réseaux de distribution alternatifs ? Oubliés. Et enfin, l'explosion du marché de l'occasion C2C sur le segment des produits culturels ? Oublié »¹⁰⁶².

On se demande alors ce qui a pu valoir cette inflation prodigieuse de postes supprimés entre les prédictions de 2008 sur 2012 et celles de 2010 sur 2015 établies par Tera Consultants, si ce n'est la stratégie de la peur si bien dénoncée par Naomi Klein¹⁰⁶³ et fort bien illustrée par le sous-titre évocateur du *Rapport Hadopi* : « *Quand le chaos économique s'immisce dans la révolution technologique* ». Ces rapports semblent d'autant moins sérieux que Tera aurait avoué à Marc Rees avoir utilisé pour son rapport 2008 les chiffres fournis par l'industrie de la culture, soit le SNEP, l'ALPA et l'ARCEP, « faute de temps et de moyens »¹⁰⁶⁴.

Cerise sur le gâteau : le *Rapport Hadopi*, qui a servi de « base théorique » au vote de la loi éponyme par les députés français, affirme dans son introduction qu'en France, le sujet de la contrefaçon privée et de ses effets sur les ventes « a été peu étudié ». Or le rapport est co-signé par Laurent Benzoni, le fondateur de Tera Consultants, qui travaille avec Patrick Waelbroeck au sein de l'ENST ; si on se rappelle que Patrick Waelbroeck, qui vit à Paris, a signé ou co-signé une douzaine de travaux¹⁰⁶⁵, tous largement distribués dans les milieux professionnels concernés, et qu'ils concluent aux effets positifs actuels de la contrefaçon privée sur la « consommation légale » de films ou de musique depuis 2005, on peut se demander s'il est encore possible de croire les auteurs du *Rapport Hadopi* et s'interroger sur les buts réellement poursuivis par le Ministère de la Culture français¹⁰⁶⁶.

➤ Efficacité de l'Hadopi mise en doute

Certaines études sur le piratage indiquent par ailleurs que l'Hadopi renforcerait dans les faits le phénomène de la contrefaçon privée qu'elle entend combattre. Il faut savoir que la loi « Création et Internet » que la Hadopi est chargée de faire appliquer ne réprime que la contrefaçon opérée par le pair à pair, mais ne frappe pas les pratiques illégales d'échanges opérées par d'autres techniques, telles que l'accès à distance (« *streaming* »), le téléchargement depuis un serveur distant, les « *newsgroups* », la messagerie électronique ou l'utilisation d'un VPN.

¹⁰⁶² Fabrice EPELBOIN, *Rapport Hadopi : le piratage en ligne a détruit 10'000 emplois... fictifs ?*, op. cit., p. 5.

¹⁰⁶³ Naomi KLEIN, *La stratégie du choc*, op. cit. ; rapprochement suggéré par Fabrice EPELBOIN, *Rapport Hadopi : le piratage en ligne a détruit 10'000 emplois... fictifs ?*, op. cit., p. 4.

¹⁰⁶⁴ Marc REES, *Prête à consommer – Une étude chiffre l'impact économique du piratage en France*, 13.11.2008, <http://www.pcinpact.com/news/47256-chiffre-piratage-emploi-economie-equancy.htm>, p. 2.

¹⁰⁶⁵ Leur liste est disponible sous : http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=354513.

¹⁰⁶⁶ Fabrice EPELBOIN, *Rapport Hadopi : le piratage en ligne a détruit 10'000 emplois... fictifs ?*, op. cit., chap. « La Science entre en scène », p. 7.

L'étude du laboratoire M@rsoin et de l'Université de Rennes 1 susmentionnée constate qu'à peine 15% des internautes qui utilisaient les réseaux pair à pair avant l'adoption de la loi « Création et Internet » ont définitivement cessé de le faire depuis, et que parmi ceux-ci les deux tiers d'entre eux se sont tournés vers des pratiques de piratage alternatives. Alors que 5% seulement d'ex-contrefacteurs privés ont cessé d'accéder à des œuvres sans consentement du titulaire des droits, le « piratage » aurait légèrement augmenté après l'entrée en vigueur de la loi française Hadopi¹⁰⁶⁷.

Le mode répressif, avec ou sans avertissement préalable, avec ou sans « riposte graduée », semble donc assez peu efficace pour restaurer le contrôle des majorats sur les œuvres dont ils ont acquis la titularité. Il s'avère surtout peu adéquat pour améliorer les gains des titulaires de droits, compte tenu des motivations véritables et des comportements d'achats des contrefacteurs privés.

Conclusion intermédiaire : un autre paysage

Nombre d'études sérieuses corroborent l'idée que le pair à pair ne cause aucun dommage économique véritable aux majorats, et qu'il s'en faut de beaucoup. Loin de nous confirmer la vision que nous proposent les majorats, selon laquelle ils lutteraient en faveur des auteurs pour leur permettre d'obtenir une juste rémunération, et qui les voit s'opposer à des « pirates » sans scrupules répugnant à payer ce qu'ils consomment et générant un manque à gagner et des pertes d'emplois impressionnants, ces études nous dévoilent une situation fort différente. Elles dessinent un paysage où la société civile s'avère désireuse de jouer un rôle plus actif dans le développement de ses goûts, sans renoncer pour autant à une « juste » rétribution des auteurs, conformément à ce que l'Internet et la numérisation des œuvres rendent possible, là où les majorats sont obsédés à l'idée de prendre le contrôle de la demande, dans une logique de contrainte typiquement capitaliste.

Deux nébuleuses s'affrontent sur le champ culturel. La première s'intéresse à sa diversité, par la mise en valeur d'un choix d'œuvres le plus vaste et le plus varié possible, ce qui suppose la prise en charge commune d'un patrimoine nécessairement commun, par un travail de longue haleine fait d'ajouts successifs et de prescriptions partagées. La notion de « mise en valeur » laisse une place à l'activité commerciale – dans un esprit conforme à ce qu'expose Chris Anderson dans *La Longue Queue*¹⁰⁶⁸ – mais certes pas à la maximisation du profit. Son horizon commun ne l'empêche pas davantage de considérer l'apport de chacun à ce fonds collectif, par un statut spécial accordé à l'auteur, pour autant que ce statut ne s'ancre pas dans une compréhension excluante de sa « propriété ». La seconde s'inquiète avant tout de maximiser son profit,

¹⁰⁶⁷ Sylvain DEJAN (laboratoire M@rsoin, CREM), Thierry PENARD, Raphaël SUIRE (Université de Rennes 1), *Une première évaluation de la loi Hadopi sur les pratiques des internautes français* [r], op. cit. ; voir aussi Guillaume CHAMPEAU, *Une étude indique que la loi Hadopi augmente le piratage*, 08.03.2010, <http://www.numerama.com/magazine/15210-une-etude-indique-que-la-loi-hadopi-augmente-le-piratage.html>.

¹⁰⁶⁸ Chris ANDERSON, *La longue queue*, op. cit.

et l'idée même de maximisation s'accommode mal des perspectives du long terme ou de la diversité.

L'économie du droit

Présentation critique

Apparue au sein de l'Université – privée – de Chicago, l'économie du droit, aboutirait, selon ses partisans, « à une remise en cause radicale de la régulation étatique »¹⁰⁶⁹ ; elle joue dans les faits un rôle toujours plus important sur la technique législative des pays de droit civil : par les retours qu'elle permet sur la réception d'une loi et ses conséquences tant judiciaires que sociales, que ce soit en matière d'effet incitatif ou de diminution des coûts de transaction, grâce aux méthodes d'analyse propres à l'économie contemporaine. Mais son rôle ne s'arrête pas toujours là : elle peut influencer la conception même de la loi et servir à juger de sa *pertinence*, dans tous les sens du terme : non seulement dans le sens de l'adéquation de ses effets au but initialement visé, mais aussi, de plus en plus, dans celui d'une mesure économique du *juste*. Ne serait ainsi *bonne* qu'une loi dont les effets économiques sont jugés positifs. Cette position est l'héritière en droite ligne de l'utilitarisme de John Bentham tel que déformé par les économistes libéraux, pour qui « la propriété tire sa légitimité de son efficacité économique »¹⁰⁷⁰. Il s'agit là de l'influence la plus importante de l'économie sur le droit qu'on puisse imaginer, qui a pu se développer en réaction à l'idée – courante au XIX^e siècle – qu'il suffit d'édicter une loi pour infléchir une situation sociale dans le sens désiré, et que Philippe Malaurie et Laurent Aynès ont qualifiée de « positivisme arrogant au-dessus de la mêlée »¹⁰⁷¹. On peut y voir surtout un des effets de l'idéologie capitaliste : à l'en croire, l'économie serait portée par « le principe [...] de maximisation de l'intérêt général »¹⁰⁷². Nombreux sont les auteurs qui y croient encore, alors que nous avons vu à quel point le capitalisme peut difficilement se soucier de l'intérêt général, porté qu'il est par le principe de la maximisation des profits privés. Cela s'est amplement vérifié avec la « tragédie des communaux », comme cela se vérifie encore avec la seconde vague d'enclosures – celle des « communaux de l'esprit », pour reprendre l'expression de James Boyle¹⁰⁷³.

Or, hormis le droit commercial et contractuel, le domaine privilégié de l'économie du droit reste la propriété intellectuelle. Il conviendra donc de limiter fermement

¹⁰⁶⁹ Philippe SIMONNOT, *L'Erreur économique*, op. cit., p. 27.

¹⁰⁷⁰ Dominique SAGOT-DUVAUROUX, *La Propriété, c'est le vol ! – Le débat sur le droit d'auteur au milieu du XIX^e siècle* [a] (ci-après : *Le débat sur le droit d'auteur au milieu du XIX^e siècle*), dans *L'Economie politique*, n°22 (avril 2004) ; www.lespressesdureel.com/PDF/224.pdf, pp. 5-6.

¹⁰⁷¹ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, *Cours de droit civil – Les Obligations*, Cujas, Paris 1991, p. 9, cité par Ejan MACKAAY, *L'Analyse économique du droit, 1^{re} éd.*, Thémis, Montréal 2000, vol. I (« Fondements »), introduction, p. 2.

¹⁰⁷² Thomas PARIS, *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, op. cit., p. 187.

¹⁰⁷³ James BOYLE, *The Public Domain – Enclosing the Commons of the Mind*, Yale University Press, Yale 2008.

l'économie du droit au rôle secondaire qui doit rester le sien, afin d'éviter que l'économie prétende *s'affranchir du droit* et afin de conserver à ce dernier son rôle essentiel, qui est celui d'exprimer les règles qu'une communauté se donne pour exprimer les valeurs de base qui lui semblent nécessaires pour vivre en collectivité, et qui expriment son idée du *juste* : « le Droit énonce de façon claire, nette et définitive qu'un plus fort ne peut pas faire ce qu'il veut avec un plus faible. Que les plus faibles sont protégés de l'arbitraire des plus forts. »¹⁰⁷⁴

Renoncer à encadrer de la sorte l'économie du droit, c'est se condamner inéluctablement soit à juger les effets de la loi à travers un prisme économique théorique nourri de principes aussi irréalistes que le modèle de la concurrence parfaite – ce qui n'apportera au droit aucun des avantages promis par cette discipline –, soit placera inéluctablement le droit sous le joug d'une économie capitaliste ayant toujours favorisé « la loi du plus fort » au nom de ses fondamentaux. Considérant les lacunes de l'économie pour juger pertinemment des intérêts collectifs, d'aucuns préféreront recourir aux lumières de la sociologie du droit pour évaluer la pertinence d'une loi à l'aune de sa réception.

Deux regards sur le droit se croisent ici, que Thomas Paris transcrit dans le domaine du droit d'auteur :

« Pour les juristes, la protection des auteurs est une finalité : la propriété intellectuelle a une fonction d'ordre moral, de protection des droits inhérents à l'acte de création et de juste rémunération des créateurs¹⁰⁷⁵. Il s'agit alors d'adapter la législation à la nouvelle donne technologique, soit en qualifiant les situations nouvelles avec les catégories existantes, soit en créant de nouvelles catégories. Pour les économistes, le droit est l'outil : ils s'attachent à déterminer les modalités de protection efficaces (types d'œuvres protégées, durée, étendue de protection) qui conduisent à un juste équilibre entre innovation et circulation des productions intellectuelles¹⁰⁷⁶. »¹⁰⁷⁷

À suivre Thomas Paris, et sans grande surprise, l'économie du droit correspond au regard que les économistes portent sur le droit. On observera toutefois dans le domaine du droit d'auteur que si le juriste se limite, dans les moyens qu'il se donne d'adapter le droit à la réalité, à des solutions relevant des techniques légistiques – à savoir qualification des situations nouvelles en fonction de la typologie existante ou création de nouvelles catégories – sa préoccupation première reste l'auteur, qui lui est pourtant étranger. L'économiste, lui, ramène tout à l'économie, même le but poursuivi : l'économie s'avère ainsi un but en soi, même dans le domaine de la création, sans que cet axiome, pourtant plus capitaliste qu'économique, soit jamais remis en question. On

¹⁰⁷⁴ Jean-François MALHERBE, *Le Nomade polyglotte*, op. cit., p. 40.

¹⁰⁷⁵ Pierre SIRINELLI, *Brèves observations sur le « raisonnable » en droit d'auteur* [a], dans Claude COLOMBET, Pierre SIRINELLI (éd.), *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, Paris 1995, pp. 397-413 ; référence incluse dans le passage cité.

¹⁰⁷⁶ Stanley M. BESEN, Leo J. RASKIND, *An Introduction to the Law and Economics of the Intellectual Property* [a], dans *Journal of Economic Perspectives*, vol. 5 (1991), n°1, pp. 3-27 ; référence incluse dans le passage cité.

¹⁰⁷⁷ Thomas PARIS, *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, op. cit., p. 29.

ne s'étonnera dès lors pas des positions extrêmes auxquelles l'économie du droit peut conduire, ni qu'elles soient posément adoptées par les plus hautes instances internationales comme s'il s'agissait d'évidences. C'est ainsi que la Banque Mondiale a publié en 2004 puis en 2005 deux rapports (« *Understanding regulation* » en 2004, « *Removing obstacles to growth* » en 2005) qui prétendent démontrer que le droit français et, plus généralement, le droit civil seraient intrinsèquement défavorables au développement économique. Le troisième volet, paru en 2006, semble encore plus sévère. L'Association Henri Capitant a réagi avec force à ces rapports, qu'elle estimait choquants tant sur la méthode que sur le fond. Sa réponse, rédigée en deux volets, « se propose non seulement de réfuter les données inexactes et la méthode souvent discutable des auteurs des Rapports mais, plus généralement, de tenter de dégager certains atouts du droit civil *tout en insistant sur la valeur propre du droit confronté à l'économie.* »¹⁰⁷⁸

Une telle influence de l'économie est-elle justifiée ? Nous venons de voir que l'économie du droit se présente comme la discipline qui « s'attache à appliquer au droit les outils de l'analyse économique »¹⁰⁷⁹. Mais l'approche extrême consistant à faire de l'économie le juge du droit et même de l'État suppose données deux conditions, qui sont rarement explicitées : la capacité reconnue à l'analyse microéconomique d'inspirer la décision politique, qui suppose la possibilité de déduire une logique économique collective à partir des « demandes » individuelles, et la neutralité du système économique de référence, ou, plus exactement – démocratie oblige – son caractère intrinsèquement équitable. Or il se trouve qu'aucune de ces deux conditions ne va de soi – il s'en faut même de beaucoup.

Concernant la première, le « théorème d'impossibilité » de John Kenneth Arrow, « prix Nobel » d'économie 1972, complété par Amartya Sen, « prix Nobel » d'économie 1998, affirme qu'il n'est pas possible d'inférer un choix collectif à partir d'un ensemble de « demandes », de choix individuels. La conclusion que l'on peut en tirer semble claire : « devant l'impossibilité de tirer une logique économique collective à partir des choix individuels, c'est au politique de trancher »¹⁰⁸⁰. Si les néolibéraux ont cru pouvoir y lire un désaveu du vote démocratique comme expression de la volonté et de l'intérêt collectifs, il faut y voir surtout le désaveu de l'hypothétique « main invisible » et de l'autorégulation du marché. Le « théorème d'impossibilité » pourrait même fonder la critique fondamentale d'une rationalité économique individualiste, et, au-delà, une véritable invitation à la pensée d'une communauté perçue comme « individuée » et non comme le simple agrégat informe de ses membres qu'Edward Louis Bernays concevait à l'image du « ça » freudien¹⁰⁸¹. Les principes

¹⁰⁷⁸ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Les Droits de tradition civiliste en question*, op. cit., vol. 1, préambule ; c'est moi qui souligne.

¹⁰⁷⁹ Philippe SIMONNOT, *L'Erreur économique*, op. cit., p. 228, note 1.

¹⁰⁸⁰ Bernard MARIS, *Anti-manuel d'économie*, op. cit., vol. 1, pp. 121-122.

¹⁰⁸¹ Edward Louis BERNAYS, *Propaganda*, op. cit.

éthiques qui seront explicités par la suite me permettront d'en rendre raison, sans qu'un tel changement de paradigme entraîne nécessairement la négation de la personne – bien au contraire.

Sous cet angle, le paradoxe de Limpsey-Lancaster, qui remonte à 1956, renforce les thèses de John Kenneth Arrow publiées en 1951. Ce théorème nous montre qu'il est impossible de rendre une économie plus efficace en la rendant progressivement plus concurrentielle. D'après Richard Lipsey et Kelvin Lancaster, la concurrence est un tout, si bien qu'en termes d'efficacité une suppression *progressive* des monopoles en place – comme le préconisent pourtant les politiques libérales actuelles, avec les dommages sociaux que l'on sait – ne peut conduire qu'à une péjoration de la situation globale :

« Vous avez "rationalisé" la Poste ? Plus de bureaux dans les petits villages parce que trop coûteux ? Bienvenue à l'émigration vers les villes, à la violence, à la perte d'efficacité. Vous avez supprimé les petits trains de banlieue, déficitaires, pour ne conserver que les TGV, rentables, concurrence avec le transport aérien oblige ? Bienvenue à la ruine des économies locales, à l'émigration, à l'entassement, à l'utilisation excessive de la voiture, à la pollution, et ainsi de suite. »¹⁰⁸²

Ce paradoxe nous incite à ranger parmi les mythes la thèse de l'autorégulation du marché concurrentiel et assoit à l'intérieur même du paradigme libéral la primauté du politique sur l'économique. Nous retrouvons ici, sous un autre jour, la réflexion de Jürgen Habermas sur l'*interaction*, autrement dit son appel à une réappropriation démocratique de la rationalité par le débat politique. Il est du reste très illusoire de prôner la concurrence parfaite ; elle suppose en effet l'abolition de tout impôt, taxe, droit de douane, entente, collusion, mode, mimétisme, monopole – y compris droit de propriété intellectuelle¹⁰⁸³. Là encore, l'argumentation des majorats et autres gestionnaires de propriété intellectuelle s'avère profondément contradictoire, réclamant un renforcement accru des droits de propriété intellectuelle comme « condition de leur marché » – leur notion du marché s'assimilant par ailleurs à l'exercice d'une « libre concurrence » leur laissant les coudées franches pour gérer à leur guise les monopoles octroyés. Quant à l'économie capitaliste en tant que système de référence implicite de l'économie du droit, l'exposé qui précède montre assez semble-t-il qu'elle n'est ni neutre, ni libre, ni ouverte ; profondément destructrice des liens sociaux et attachée à favoriser les inégalités, il serait choquant d'en faire le juge du droit et du *juste*.

S'il s'avère de surcroît que le rejet du capitalisme n'implique pas celui de toute activité économique, ni même de toute économie de marché, il devient nécessaire d'entamer une démarche critique fondamentale concernant l'économie du droit et la vision de l'économie qu'elle entend défendre. Avertie de la dynamique propre au capitalisme et de ses conséquences sur toute société humaine, et notamment de sa propension systémique à intégrer la société toute entière dans l'économie par une objectification

¹⁰⁸² Bernard MARIS, *Anti-manuel d'économie*, op. cit., vol. 1, p. 124.

¹⁰⁸³ *Ibid.*, vol. 1, p. 124.

de la Nature et de l'homme, l'économie du droit ne peut pas éviter une réflexion de fond sur le système dans lequel elle s'inscrit et sur la vision économique qui nourrit ses raisonnements. Cette discipline est ainsi appelée à se restreindre à la *vérification* d'une approche déjà définie par le politique, en vertu de modèles économiques dûment critiqués à l'aune de l'éthique, plutôt qu'à *désigner* au monde politique les actions sociales à mener en fonction de critères économiques – ce qui revient inéluctablement à s'inscrire dans un modèle du « tout économique » propre au capitalisme.

Un équilibre à trouver entre incitation et accès

Ainsi avertis des dérives possibles de l'économie du droit, nous pouvons à présent aborder quelques-unes de ses thèses et conclusions concernant la propriété intellectuelle, et en particulier le droit d'auteur.

L'économie du droit examine la pertinence du droit d'auteur en tant que compromis entre une logique incitative empruntée à la propriété matérielle excluante, axée sur l'intérêt individuel du titulaire des droits, et une logique d'accès à l'œuvre ou « de libre parcours », tenant compte de la nature informationnelle des biens protégés et de l'intérêt collectif à leur partage. Trois considérations au moins plaident pour une limitation de la protection excluante accordée par le droit d'auteur, afin de ne pas la rendre contre-productive. La première tient à la nature cumulative de la créativité et du savoir : toute incitation de nature excluante cache un effet pervers, en ce qu'elle entrave les autres créateurs dans leur effort de création ; ce dernier s'opère en effet principalement sur le mode de la réappropriation¹⁰⁸⁴. La seconde repose sur la volonté de ne pas transformer l'incitation en rente de situation. La troisième est d'ordre collectif : dans une logique d'intérêt général, la préservation de l'accès aux œuvres existantes peut s'avérer plus fondamental que l'encouragement à en produire de nouvelles. Le système du droit d'auteur poursuit ainsi un but qui peut vite s'avérer contradictoire : la justification ultime de la protection juridique accordée à l'auteur réside dans la communication la plus large de son œuvre au public alors que cette même protection, de nature individuelle et excluante, limite cette diffusion dans une logique de maximisation d'une rente monopolistique. Cette contradiction repose sans doute pour l'essentiel dans l'approche excluante de la propriété conçue par le capitalisme. Elle néglige par exemple de considérer que l'intérêt de tout auteur est de se faire connaître, sachant que son succès dépend de sa visibilité. Cela suppose que la diffusion de ses œuvres puisse être développée sans considération lucrative immédiate, dans un esprit de partage, comme le fait si bien remarquer Janis Ian dans le domaine de la musique¹⁰⁸⁵. Or la politique de rentabilisation de l'œuvre est très souvent le fait de l'investisseur, et peut s'avérer contraire à l'intérêt bien compris de l'auteur.

¹⁰⁸⁴ Ejan MACKAAY, Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, op. cit., n°1144, p. 320 ; n°1146, p. 321.

¹⁰⁸⁵ Janis IAN, *The Internet Debacle : An Alternative View*, op. cit., p. 5.

Plusieurs économistes sont du reste d'avis que le durcissement actuel du droit d'auteur a atteint ses limites, alors même que les majorats n'ont de cesse de le renforcer encore. Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau sont parvenus à la conclusion que la protection actuelle accordée par le droit d'auteur a atteint son maximum, si bien qu'à leurs yeux « Il faudrait y penser deux fois plutôt qu'une avant de modifier dans le sens d'une protection accrue la position des paramètres (leviers) qui le définissent »¹⁰⁸⁶. D'autres économistes vont plus loin et s'insurgent contre l'utilisation unilatérale des thèses économiques classiques qui a été faite jusqu'ici par les majorats des loisirs et certains d'entre eux montrent que la protection offerte par le droit actuel s'avère excessive pour assurer la meilleure gestion possible des « biens immatériels ».

Les principes

Dans un article qui fait figure de référence, William M. Landes et Richard A. Posner, respectivement professeur d'économie du droit et juge, prenant l'exemple de l'industrie du livre constatent que l'édition est une économie de prototypes aisément reproductibles¹⁰⁸⁷. La commercialisation d'un titre ne peut se faire sans avoir auparavant consenti à des coûts fixes élevés dont la plupart sont irrécupérables, car propres à la production d'un titre considéré : on pense par exemple aux efforts de l'auteur, aux coûts de sélection des titres à inscrire dans le catalogue, de correction des manuscrits et de mise en page. William Landes et Richard Posner nomment « coûts d'expression » ces frais de production incompressibles. On remarquera toutefois qu'il est – tant dans le domaine de l'édition que dans celui de la musique – imposé à l'auteur un travail de mise en forme toujours plus abouti, ce qui diminue d'autant les frais de mise en page et de conception ; ainsi les écrivains doivent-ils actuellement fournir à l'éditeur un fichier numérique lui évitant d'assurer la saisie du texte. La part toujours plus conséquente dévolue à la promotion atténue par ailleurs fortement l'importance de la conception dans le coût global d'un livre. Les coûts variables, qui dépendent directement du tirage, comprennent essentiellement les coûts de reproduction et de distribution ; ils restent faibles par rapport aux autres postes dans la mesure où ils sont hautement automatisés, en particulier grâce à l'informatisation de la mise en page et de l'impression¹⁰⁸⁸. Ce que William Landes et Richard Posner ont dit du marché du livre est de fait applicable à l'ensemble des industries culturelles.

De son côté, Kenneth Arrow montre que les contenus informationnels, dans la mesure où ils sont coûteux à produire et peu coûteux à reproduire vu leur faible coût marginal, sont fortement exposés aux passagers clandestins¹⁰⁸⁹. Un *passager clandestin* est une personne qui profite d'un bien disponible sans s'acquitter de devoirs envers celui qui

¹⁰⁸⁶ Ejan MACKAAY, Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, op. cit., n°1150, p. 322.

¹⁰⁸⁷ William M. LANDES, Richard A. POSNER, *An Economic Analysis of Copyright Law* [a], op. cit.

¹⁰⁸⁸ Françoise BENHAMOU, Joëlle FARCHY, *Droit d'Auteur et Copyright*, op. cit., p. 11.

¹⁰⁸⁹ Kenneth Joseph ARROW, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, Princeton University Press, Princeton 1962, cité par Françoise BENHAMOU, Joëlle FARCHY, *Droit d'Auteur et Copyright*, op. cit., p. 12.

l'a produit ou qui le gère. L'analyse économique classique de l'externalité appliquée aux « biens culturels » reproductibles montre que les contrefacteurs obtiennent un avantage concurrentiel conséquent en ne supportant pas les frais fixes de la création ni, lorsque l'œuvre contrefaite est déjà un succès, le risque économique pris par l'éditeur. C'est la protection contre les passagers clandestins qui d'ordinaire justifie la protection des auteurs ou des investisseurs par un droit de propriété sur les œuvres, afin de les inciter à ne pas abandonner une activité qui s'avèrerait sinon déficitaire¹⁰⁹⁰.

Il importe toutefois de distinguer deux types de passagers clandestins : d'une part les contrefacteurs professionnels, qui se trouvent dans ce cas en situation de concurrence avec l'auteur ou avec l'investisseur ; d'autre part les consommateurs finaux, qui font alors partie du public et de la clientèle cible des industries du loisir ; tel est du reste majoritairement le cas en matière de droit d'auteur, depuis la numérisation des œuvres qui a mis à portée de mains des simples particuliers des moyens de reproduction autrefois réservés aux seuls professionnels. Cette situation oblige les majorats désireux de ne pas remettre en cause leur modèle d'affaires à s'attaquer frontalement à leur propre clientèle, ce qui ne reste jamais sans conséquences. Les contrefacteurs privés font bel et bien majoritairement partie de la clientèle des majorats : comme vu précédemment, de nombreuses études sur le « piratage » montrent que les contrefacteurs privés répondent moins souvent qu'on ne pourrait le croire à la définition de « passagers clandestins », autrement dit de « profiteurs »¹⁰⁹¹. Il semble ainsi manifestement abusif de prétendre qu'à chaque téléchargement illégal correspond une vente perdue pour les majorats des loisirs ; en d'autres termes, les études effectuées dans le domaine ne permettent pas de prétendre à l'effet de substitution entre copie et originaux que les majorats attribuent au pair à pair. Il est même possible, comme nous allons le voir, que la nature des biens immatériels, dans la mesure de sa similitude avec celle des biens communs, s'oppose à ce qu'on leur applique sans distinction le modèle du « passager clandestin ».

Plusieurs économistes se sont toutefois opposés à reconnaître un effet incitatif au droit d'auteur. En 1934, tout en distinguant dans le marché du livre les écrivains professionnels des auteurs qui écrivent sans but lucratif, tels que les poètes et les universitaires, Arnold Plant observe que nombre d'écrivains professionnels ont publié grâce au mécénat des œuvres majeures dès la Renaissance sans bénéficier du droit d'auteur ou du *copyright*¹⁰⁹². Arnold Plant en infère l'inutilité de la propriété intellectuelle dans le domaine littéraire. Certes, les auteurs de la Renaissance, du fait de l'invention de l'imprimerie à caractères mobiles, écrivent déjà pour un public élargi, et sont comparables en cela aux auteurs contemporains. Mais Arnold Plant omet de considérer que les revendications d'un Denis Diderot ou d'un Pierre-Augustin Caron

¹⁰⁹⁰ Françoise BENHAMOU, Joëlle FARCHY, *Droit d'Auteur et Copyright*, op. cit., p. 12.

¹⁰⁹¹ Voir ci-dessus, chap. « Le "piratage" et ses effets », pp. 296 ss.

¹⁰⁹² Arnold PLANT, *The economics aspects of copyright in books* [a], dans *Economica*, vol. 1 (1934), pp. 167-195, cité par Françoise BENHAMOU, Joëlle FARCHY, *Droit d'Auteur et Copyright*, op. cit., p. 13.

de Beaumarchais visent précisément, grâce au droit d'auteur, leur affranchissement de la tutelle du mécénat, et, à travers lui, leur accession à une certaine indépendance, quitte à faire pour un temps cause commune avec les éditeurs¹⁰⁹³.

Le droit d'auteur est en effet de nature non discrétionnaire – puisque la protection offerte dépend de la seule activité de l'auteur sans qu'il soit nécessaire de faire appel à la décision arbitraire d'une instance de décision officielle – et non paternaliste – puisque les revenus qui sont attachés à l'exploitation de l'œuvre dépendent du plébiscite du public, autrement dit d'une multitude d'amateurs, et non d'un seul individu, comme c'était autrefois le cas avec la pratique du mécénat¹⁰⁹⁴. Cette seconde caractéristique doit toutefois être sérieusement nuancée, puisque certains pans de la création dépendent de plus en plus du bon vouloir d'investisseurs, en particulier lorsque la réalisation de l'œuvre nécessite des moyens financiers ou logistiques importants, dépassant les capacités de l'auteur. Quoi qu'il en soit, si l'on privilégie la perspective de l'auteur par rapport à celle de l'investisseur comme semble vouloir le faire ici Arnold Plant, le droit d'auteur n'a rien d'inutile en soi.

Stephen Breyer évoque quant à lui ce que l'on appelle actuellement la stratégie du « *first mover* », qui inciterait les éditeurs à publier, même en l'absence de droit d'auteur ou de *copyright*, grâce à l'avantage stratégique pris par celui qui entre le premier sur un marché, et qui peut de ce fait obtenir le prix de réservation le plus élevé de la part de ceux qui sont intéressés à acquérir le titre¹⁰⁹⁵. Mais ce type d'incitation, comme celles envisagées par le *copyright*, s'adresse plus aux éditeurs qu'à l'auteur, toujours traité comme un mineur et censé se contenter de ce que lui offrent les éditeurs pour pouvoir vivre de son œuvre. Kal Raustiala et Christopher Sprigman exposent eux aussi, à travers l'exemple du milieu de la mode, l'inanité qu'il y a à prétendre que seul le droit d'auteur peut, dans la perspective utilitariste actuellement dominante, inciter à la création : voilà un marché disent-ils dont les marques sont bien protégées, mais dont les modèles, eux, ne le sont guère, sans que cela l'empêche d'être très créatif et fort rémunérateur, l'incitation à la création provenant alors du système de la mode lui-même, qui oblige les acteurs à se renouveler à chaque saison¹⁰⁹⁶. Cette approche, si elle semble applicable aux variétés musicales, semble plus discutable en matière littéraire ou artistique – quoique le domaine de l'édition encourage largement, pour des raisons commerciales de rentabilisation à court terme, le phénomène de mode en littérature. Kal Raustiala et Christopher Sprigman démontrent néanmoins que la protection de type monopolistique n'est pas la seule qui soit capable d'inciter les investissements des

¹⁰⁹³ Voir ci-dessous, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), chap. « La Révolution française », pp. 429 ss.

¹⁰⁹⁴ Ejan MACKAAY, Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, op. cit., n°1145, p. 321.

¹⁰⁹⁵ Stephen BREYER, *The uneasy case for copyright: a study of copyright in books, photocopies and computer programs* [a], dans *Harvard Law Review*, vol. 84 (1970), pp. 281-351, cité par Françoise BENHAMOU, Joëlle FARCHY, *Droit d'Auteur et Copyright*, op. cit., p. 13.

¹⁰⁹⁶ Kal RAUSTIALA, Christopher SPRIGMAN, *The Privacy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design* [a], dans *Virginia Law Review*, vol. 92 (2006), pp. 1687 ss.

intermédiaires, et que, quoi que prétendent les majorats des loisirs ou ceux de l'informatique, il y a peu à espérer de son durcissement sous cet angle.

D'autres incitations ont été proposées, qui s'adressaient davantage à l'auteur en tant que tel : mécanismes fiscaux d'aide aux créateurs, droit social ou subventions. Il a été toutefois reproché à ces dernières – surtout quant à la politique culturelle française – de nourrir une économie de rente épargnée par la sanction du marché¹⁰⁹⁷, sans compter qu'elles présentent les mêmes inconvénients que le mécénat privé. Mais les principaux reproches énoncés à l'encontre des droits de propriété intellectuelle tiennent à leur effets contre-performants, notamment sous l'angle des coûts de transaction¹⁰⁹⁸, dont Ronald Coase a souligné l'importance. Les coûts de transaction, qu'il serait sans doute préférable d'appeler « coûts de coordination », correspondent au coût auquel deux agents doivent consentir pour parvenir à s'entendre à propos de l'utilisation concurrente d'un bien ; ils peuvent se révéler excessifs au point de les empêcher d'arriver à un accord en apparence profitable pour eux¹⁰⁹⁹. Or c'est précisément par une analyse fondée sur les coûts de transaction que Ronald Coase justifiait la propriété comme étant le meilleur critère d'allocation des biens, en tant qu'elle s'avérerait la plus économique sous cet angle. Mais Ronald Coase effectuait sa démonstration à propos de biens rares. Or, contrairement à ce que ce dernier affirmait, les biens informationnels ne semblent pas assimilables à des marchandises comme les autres. C'est ce qui expliquerait par exemple les coûts faramineux engendrés par l'explosion des litiges judiciaires en propriété intellectuelle : ils ne seraient pas seulement l'effet de la recrudescence de la contrefaçon privée, mais dénonceraient également la difficulté à protéger ce type d'exclusivité sans ambiguïtés de périmètre, en raison du caractère contre nature de la tentative d'appropriation des biens immatériels par la propriété.

De fait, l'analyse coasienne elle-même montre que la gestion coopérative des biens communs informationnels est économiquement préférable à la gestion par les mécanismes de la propriété, ce qui prouve bien le caractère spécifique de ces biens :

« Au nom de Ronald Coase, spécialiste de ressources rares et rivales comme le spectre hertzien dans les années 1950, on enseignera la supériorité des marchés de titre de propriété pour réduire les coûts de transaction par rapport aux mécanismes d'allocations de ressources dans les organisations hiérarchiques comme les entreprises ou les États. Cela sans se rendre compte qu'en comparaison des mécanismes de contrat et de propriété, la production coopérative de biens communs informationnels offre des coûts de transaction infiniment réduits, et donc que l'analyse coasienne elle-même conduit aujourd'hui à la préférer dans un vaste champ d'activités. »¹¹⁰⁰

¹⁰⁹⁷ Françoise BENHAMOU, Joëlle FARCHY, *Droit d'Auteur et Copyright*, op. cit., pp. 13-14.

¹⁰⁹⁸ *Ibid.*, p. 14.

¹⁰⁹⁹ Ejan MACKAAY, Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, op. cit., n°727, p. 197.

¹¹⁰⁰ Philippe AIGRAIN, *Où en sont les droits intellectuels positifs ?*, 07.12.2003, conférence du 10 juillet 2003 donnée dans le cadre des Rencontres Mondiales du Logiciel Libre, à Metz, <http://www.boson2x.org/spip.php?article87>, p. 6.

Recherche du profit optimal

Mais revenons à la problématique de base de l'économie du droit en matière de droit d'auteur et de *copyright* : comment régler mesures incitatives et mesures assurant l'accès à l'œuvre pour trouver l'équilibre *optimal* entre les intérêts *antagonistes* de l'auteur et du public, afin d'accéder à « la plus haute créativité globale »¹¹⁰¹ ? Dans la recherche de l'équilibre à fixer, certains font l'hypothèse que les droits de propriété intellectuelle, dans leur structure même, reflètent un certain équilibre « entre l'exclusivité accordée au créateur afin de lui assurer la possibilité de chercher la rémunération de sa créativité, d'une part, et l'intérêt de faire circuler sa création et de permettre le cumul du savoir, de l'autre »¹¹⁰². Que les droits de propriété intellectuelle soient issus historiquement d'une telle volonté n'est déjà pas certain, comme nous le verrons en étudiant l'histoire du droit d'auteur¹¹⁰³ ; qu'ils la réalisent actuellement – même de manière sous-optimale – est encore plus douteux, dans le domaine du droit d'auteur en tout cas. Il n'est qu'à juger de l'importance de la contrefaçon privée pour s'en convaincre, alors même qu'elle n'est pas – études à l'appui – animée par la seule volonté égotique de s'accaparer sans bourse délier des prestations d'autrui, comme s'il s'agissait d'un dû ou d'une chose sans maître.

Les politiques incitatives peuvent être divisées en deux classes : celles qui cherchent à motiver l'auteur, et celles qui cherchent à attirer les investisseurs. La plupart des incitations préconisées par les économistes anglo-saxons visent, sans surprise, les investisseurs, considérant l'incitation de l'auteur sous forme d'un simple poste des coûts d'expression et négligeant de ce fait le risque assumé par l'auteur avant que son œuvre soit retenue par un éditeur. La question est de savoir s'il convient, pour se rapprocher de l'équilibre théoriquement cherché, de régler différemment les paramètres actuels de la protection accordée à l'auteur que sont le périmètre des œuvres protégeables, les titulaires du droit, les conditions d'obtention de l'exclusivité, l'étendue de cette exclusivité et la durée du droit, ou si, au contraire, il convient de repenser le système et changer la nature même des leviers. Si l'on tente de conserver les leviers actuels pour les régler différemment, il faut admettre que le degré d'exclusivité à accorder acquiert une dimension cruciale dans l'établissement de cet équilibre difficile à trouver. Dans cette optique, deux paramètres s'avèrent particulièrement stratégiques : la durée¹¹⁰⁴ – nécessairement limitée – de la protection et le champ des exceptions, en particulier celui de la copie privée, en tant qu'ils définissent en négatif le périmètre du domaine public. Un troisième paramètre, moins exploré mais néanmoins important, est celui de l'épuisement des droits.

¹¹⁰¹ Ejan MACKAAY, Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, op. cit., n°1148, p. 322.

¹¹⁰² *Ibid.*, n°1150, p. 322.

¹¹⁰³ Voir ci-dessous, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), pp. 381 ss.

¹¹⁰⁴ Françoise Benhamou et Joëlle Farchy y voient par exemple une « question essentielle » (Françoise BENHAMOU, Joëlle FARCHY, *Droit d'Auteur et Copyright*, op. cit., p. 111).

□ *Incitation de l'investisseur*

Il est de tradition en économie de considérer que les coûts d'expression des œuvres protégées par le droit d'auteur étant très supérieurs au coût marginal de production et de distribution d'un exemplaire de l'œuvre, les investisseurs ne peuvent être incités à se maintenir dans ce type de marché qu'à la condition de bénéficier d'une rente de monopole leur permettant d'amortir leurs dépenses initiales. En effet, sur un marché concurrentiel, le prix d'un bien tend à s'aligner sur son coût marginal ; concernant les œuvres numériques, ce coût étant presque nul, cela ne laisserait aucune latitude à l'investisseur initial d'amortir les coûts d'expression. Il s'agirait donc de s'assurer, par l'octroi d'un monopole temporaire, que l'investisseur puisse amortir ses coûts fixes initiaux dans le contexte d'une production à coûts décroissants.

L'analyse effectuée par les économistes américains Michele Boldrin et David K. Levine, publiée sous le titre *Against Intellectual Monopoly*, s'inscrit en faux contre cette opposition classique entre coûts fixes initiaux et coûts marginaux, plus exactement contre l'omission des coûts fixes de production qui aboutit à réduire artificiellement les coûts de production aux seuls coûts marginaux¹¹⁰⁵. Car toute innovation ne peut être intégrée, comprise et produite instantanément par la concurrence. Sa production ne peut s'organiser qu'à la condition de pouvoir réunir de nombreux facteurs, qui ont tous un prix, correspondant à des coûts de transaction. Dans le cas des innovations pharmaceutiques par exemple, il s'agit d'avoir accès à l'environnement cognitif nécessaire pour comprendre la formule protégée, de mettre en place des chaînes de production nécessitant un transfert de technologie et de rassembler une équipe de spécialistes aux compétences rares pour pouvoir encadrer la production. Or tout ceci nécessite du temps et de l'argent, et dans le domaine de l'innovation le temps est un facteur capital. La prise en compte de ces coûts de transaction permet de considérer que la production des biens protégés s'inscrit de fait dans le contexte d'une production classique à coûts positifs et croissants, ce qui change tout et permet à la logique des marchés concurrentiels de reprendre ses droits¹¹⁰⁶. La propriété industrielle s'avère alors inutile, ou tout au moins d'une incitation moindre que celle apportée par l'avantage concurrentiel direct octroyé par l'innovation elle-même.

Les coûts de transaction évoqués à propos des innovations existent également à propos des œuvres littéraires et artistiques. Dans ce domaine, le temps est aussi un facteur capital : les titres musicaux à la mode le restent rarement très longtemps ; les livres sont promus au pilon quelques mois à peine après leur sortie. Stan Liebowitz évoque ces coûts de transaction par rapport au marché des CD musicaux, à propos des contrefaçons professionnelles d'albums musicaux. Les copies de CD et leur mise sur le

¹¹⁰⁵ Michele BOLDRIN, David K. LEVINE, *Against Intellectual Monopoly*, Cambridge University Press, New York 2008, cité par Henri LEPAGE, *Faut-il repenser les droits de propriété intellectuelle dans la société du savoir ?* [a], <http://www.eurolibnetwork.net/espacelepage.php>.

¹¹⁰⁶ Henri LEPAGE, *Faut-il repenser les droits de propriété intellectuelle dans la société du savoir ?* [a], op. cit., p. 15.

marché « gris » prennent toujours un certain temps, si bien que l'essentiel des bénéfices a pu être déjà engrangé lorsque les premières contrefaçons font leur apparition, bien après en tout cas que les investissements initiaux aient été amortis¹¹⁰⁷. Le droit d'auteur s'avèrerait dès lors lui aussi inutile, du moins en tant qu'incitation à l'attention des investisseurs.

On retiendra que l'incitation de l'investisseur ne passe pas par une durée de protection qui excéderait la durée de commercialisation habituelle des œuvres, laquelle diffère passablement selon le type d'œuvre considéré. L'offre montre toutefois une claire tendance à raccourcir considérablement la durée effective d'exploitation des œuvres, dans une logique de consommation compulsive et « réflexe »¹¹⁰⁸. Lorsque les coûts de production de l'œuvre excèdent largement ceux de sa conception, comme c'est le cas dans l'industrie cinématographique, la tentation de la prolongation de la durée de protection semble fallacieuse et plutôt inefficace, la prolongation de la protection n'influant guère la durée d'exploitation de l'œuvre. L'importance des coûts de production fait surtout se demander si le système du droit d'auteur est le plus adapté pour ce type d'industrie, et si les impératifs organisationnels de la production – qui ont tous un coût – n'influencent pas à leur tour la conception au point de faire douter que celle-ci puisse dénoter une liberté de conception suffisante. En effet, le caractère hautement collectif et structuré de la production, qui englobe l'élément créatif comme un simple facteur parmi d'autres, rogne d'autant la marge laissée à l'authenticité de chacun pour s'exprimer.

La seule logique qui explique les pressions extrêmement fortes de certains majorats pour obtenir une prolongation progressive de la protection de la part du législateur est leur *logique de rente*, justifiée par l'exploitation de certaines œuvres phare. Cette logique de rente est étrangère au système tant du droit d'auteur que du *copyright*, puisqu'elle ne porte plus sur la rentabilisation de l'œuvre, mais clairement la seule maximisation illimitée du profit. Bien souvent, cette logique de rente s'articule du reste non pas autour d'œuvres mais de *personnages* populaires comme celui de Mickey Mouse¹¹⁰⁹, qui offrent l'avantage de pouvoir être exploités dans un nombre infini d'œuvres narrant leurs aventures au gré de scénarios remis au goût du jour. Il s'agit alors d'une logique d'exploitation portant davantage sur une *marque* que sur une œuvre, les premières aventures de Mickey n'intéressant plus guère le public depuis longtemps.

❑ *Incitation de l'auteur*

L'incitation propre à l'auteur suit d'autres parcours, vu que les auteurs, dans leur démarche créatrice, prennent un risque qui s'exprime moins en termes financiers que dans le domaine de l'engagement personnel, notamment en matière de temps investi.

¹¹⁰⁷ Stan J. LIEBOWITZ, *Policing Pirates in the Networked Age*, op. cit.

¹¹⁰⁸ Voir ci-dessous, p. 368

¹¹⁰⁹ Voir ci-dessous, à propos du *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* de 1998, p. 341.

Si l'on cherche à développer une politique incitative s'adressant à l'auteur, on partira plutôt du profit qu'il espère retirer de son œuvre, avant d'examiner s'il est raisonnable de le lui assurer ; dans le cas contraire, on étudiera comment le rendre compatible avec l'intérêt collectif.

Le critère du profit attendu par l'auteur appelle de nombreuses remarques, qui ne sont pas toujours évoquées par la littérature scientifique. En premier lieu, bien qu'il s'agisse d'une motivation relevant la plupart du temps de l'expectative – si l'on excepte le cas des commandes, qui n'est pas marginal dans le domaine de l'édition –, les attentes qu'il suscite peuvent diverger fortement. Deux profits espérés entrent ici en conflit : le profit incitatif *minimum*, qui permettrait par exemple à l'auteur de vivre assez de son œuvre pour engager un nouveau travail de création, ou l'espérance de gain fondée sur une logique de « *gros lot* », beaucoup moins rationnelle. Ainsi un écrivain peut-il s'atteler à un travail d'écriture dans l'espoir d'obtenir grâce à lui une rente suffisante lui permettant par la suite de consacrer un temps partiel à la gestation de son prochain roman, mais il peut aussi le faire en nourrissant l'ambition – certes peu réaliste – de connaître un succès planétaire comparable à celui de Joanne Kathleen Rowling avec *Harry Potter*.

On notera cependant que si ce critère du profit peut apparaître comme une motivation forte du créateur dans le domaine des inventions brevetables, il semble plus problématique en matière de droit d'auteur. Cette idée de profit repose en effet sur deux hypothèses. La première tient à l'idée, propre à l'économie, que l'argent est le seul moteur de l'action humaine, hypothèse particulièrement discutable en matière de création. S'il est hautement vraisemblable que dans le domaine cinématographique « personne ne s'investira dans une entreprise créatrice dans laquelle il n'a pas l'espoir de récupérer sa mise »¹¹¹⁰, on peut sérieusement questionner ce principe pour d'autres types d'œuvres, tels que les romans. L'effort d'un jeune auteur pour se faire publier, la nécessité souvent où il se trouve de proposer plusieurs projets avant d'en voir un accepté, est souvent négligé par les économistes, alors qu'il suppose une démarche de très longue haleine, fort hasardeuse, et qui correspond à une prise de risque considérablement plus importante que celle de l'éditeur. Cela suppose aussi de l'auteur d'une œuvre ambitieuse une démarche qui n'est pas principalement axée autour du profit. Au demeurant, les motivations des auteurs peuvent être fort multiples en-dehors des gains financiers : l'expression personnelle et le plaisir profond qui l'accompagne, la thérapie, la diffusion des idées, le loisir, la reconnaissance par ses pairs, l'acquisition d'une visibilité professionnelle comptent également parmi les buts officiellement reconnus. Ces desseins diffèrent en fonction du type d'œuvre : l'expression personnelle et la thérapie s'appliqueront davantage aux œuvres littéraires, musicales et visuelles ; la reconnaissance par ses pairs et la publicité aux articles scientifiques et aux « manuels » et ouvrages de référence de toutes sortes ; le profit aux jeux vidéo,

¹¹¹⁰ Ejan MACKAAY, Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, op. cit., n°1147, p. 321.

aux logiciels et à la plupart des films à grand budget, ainsi qu'à un certain type de littérature, « fabriquée » dès sa conception en vue du succès.

Le profit peut représenter une motivation secondaire et surtout indirecte de l'auteur : ainsi le scientifique qui publie un article, en plus de lui assurer visibilité et reconnaissance de la part de ses pairs, confortera ses chances d'obtenir une chaire d'enseignement, souvent lucrative, en application de l'adage « *publish or perish* » toujours en vigueur dans les milieux universitaires. Cela est d'autant plus vrai que les universités sont souvent notées de nos jours en fonction du nombre de publications de leurs professeurs, ou de la fréquence avec laquelle ils sont cités par leurs pairs dans leurs propres écrits. Sa motivation ne tient aucunement aux revenus directs que peut lui procurer la publication. La publication d'articles, d'essais ou de manuels peut amener indirectement des mandats à des indépendants (avocats, formateurs, psychologues, conférenciers, organisateurs de stages), en plus de promouvoir leurs idées. À l'inverse, l'organisation de conférences et de stages peut être vue comme la prolongation d'une activité d'écrivain, permettant à l'auteur de poursuivre son « aventure personnelle » et de l'ancrer dans la réalité économique. Mieux : certains auteurs voient ainsi le moyen de « tester » leurs écrits en gestation auprès de leurs stagiaires, et même de trouver de nouveaux sujets de livres grâce à leurs interrogations et interventions critiques. Boris Cyrulnik, par exemple, ne s'en est jamais caché.

□ *Autour de la durée*

La durée de la protection accordée à l'auteur a toujours fait l'objet de débats et n'a pas cessé d'augmenter depuis les quatorze années de protection accordées par le *Statute of Ann* anglais de 1709, par la loi américaine d'origine de 1790¹¹¹¹ ou par rapport à la loi française de 1791. Bien que l'importance de la durée de protection ne soit pas la conséquence nécessaire de la nature du droit d'auteur¹¹¹², c'est en général le fondement du droit d'auteur qui justifie l'importance de la durée de protection¹¹¹³. Ainsi, les pays de tradition personnaliste (France, Suisse) envisagent théoriquement des durées de protection plus importantes que les pays de tradition utilitariste, dont le souci de préserver l'intérêt collectif limite par principe la durée d'exclusivité accordée à l'auteur¹¹¹⁴. François Dessemontet met par exemple sur le compte de la « position mercantiliste » des États-Unis leur tendance à réduire autant que faire se peut la durée

¹¹¹¹ La loi américaine de 1790, contrairement au *Statute of Ann*, permettait de renouveler une fois la durée de protection d'origine de 14 ans (Ejan MACKAAY, Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, op. cit., n°1070, p. 295 ; Lawrence LESSIG, *Culture libre*, op. cit., chap. « Loi : durée », p. 96)

¹¹¹² Stéphanie CARRE, *L'Intérêt du public en droit d'auteur* [r], thèse Montpellier 2004, 2 vol. ; 130.79.225.47/pdf/CentreRecherche/These_Carre_Tome_1.pdf et 130.79.225.47/pdf/CentreRecherche/These_Carre_Tome_2.pdf, vol. 2, n°606, p. 468, note 4.

¹¹¹³ *Ibid.*, vol. 2, n°596, p. 459.

¹¹¹⁴ J.H. SPOOR, D.W.F. VERKADE, D.J.G. VISSER, *Auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*, Kluwer, Deventer 2005, § 13.1 et § 13.2, renvoyant au § 1.9, cité par Ejan MACKAAY, *Analyse économique de la vie*, op. cit., p. 2.

de protection¹¹¹⁵ ; le personnelisme n'est toutefois pas le seul à plaider pour une prolongation de la protection puisque ce sont les États-Unis qui, à la suite de ceux qu'Ejan Mackaay appelle les « grands joueurs », entraînent le monde entier dans cette propension dynamique.

Notons d'emblée que la tendance des thèses personnelistes à revendiquer de longues durées de protection ne relève pas d'une nécessité, et se fonde très souvent non seulement sur une confusion entre plusieurs conceptions de la propriété, mais aussi sur une approche faussée et somme toute fort simpliste de la personne humaine¹¹¹⁶. Dans le même ordre d'idées, certains auteurs, confondant le droit d'auteur avec la propriété foncière et négligeant les caractéristiques des biens immatériels qui les rapprochent des biens communs, estiment qu'il devrait être perpétuel¹¹¹⁷. C'est ainsi que François Dessemontet justifie comme d'évidence une protection perpétuelle par comparaison à la propriété foncière et mobilière :

« En bonne justice, une protection perpétuelle serait compréhensible. Le Portugal, le Brésil et le Nicaragua ont connu une protection perpétuelle. Personne ne met en doute la protection perpétuelle dans les immeubles ou les biens mobiliers. »¹¹¹⁸

Malgré son simplisme, et le fait que la propriété au sens strict ne *peut pas* porter sur la relation intime existant entre un individu et le fruit de son travail, pas davantage qu'elle ne peut porter sur des « biens immatériels » sans faire appel à une véritable fiction, cet argument, entièrement fondé sur l'ambiguïté sémantique à l'origine de l'expression « propriété intellectuelle », ne doit pas être négligé. Sa force persuasive, redoutable, est la principale cause des excès actuels, et Jack Valenti, le président de la MPAA, en a fait son unique et très efficace argument lorsqu'il fut appelé à plaider la cause des majorats des loisirs devant le Congrès américain en 1982 à propos de ce qu'il appelle la « propriété créatrice »¹¹¹⁹. D'autres auteurs se contentent d'explications indiquant que la durée de protection serait d'autant plus incitative pour les auteurs qu'elle est longue. Ces arguments de principe, toutefois, pèchent eux aussi par de nombreux aspects.

¹¹¹⁵ François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., n°352, p. 256 : « C'est uniquement aux Etats-Unis que la position mercantiliste du droit d'auteur conduit d'emblée le législateur à assurer une durée réduite, "la plus petite possible pour ne pas décourager les auteurs et les producteurs de biens culturels" », citant Paul GOLDSTEIN, *Copyright's Highway: from Gutenberg to the Celestial Jukebox*, Stanford University Press, Stanford, CA (USA) 2003 [1994], pp. 175 ss.

¹¹¹⁶ Voir ci-dessus, partie 03 (« Recherche d'une fondation éthique »), pp. 99 ss.

¹¹¹⁷ Mark HELPRIN, *A Great Idea Lives Forever : Shoudn't Its Copyright ?* [a], dans New York Times, 20.05.2007; <http://www.nytimes.com/2007/05/20/opinion/20helprin.html> ; Harry Hillman CHARTRAND, *The Hard Facts : Perspectives of Cultural Economics* [a], 1989, dans Transactions of the Royal Society of Canada, 1989, 5^{ème} série, vol. IV, University of Toronto Press, Toronto 1990 ; l'amalgame douteux opéré entre le droit d'auteur ou le *copyright* et la propriété foncière et mobilière est notamment dénoncé avec ferveur par Lawrence Lessig (Lawrence LESSIG, *Against perpetual Copyright* [a], http://wiki.lessig.org/Against_perpetual_Copyright).

¹¹¹⁸ François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., n°352, p. 256.

¹¹¹⁹ Voir citation ci-dessus, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), chap. « Le fondement de la protection – La propriété », pp. 475 ss.

En matière de durée du droit d'auteur, les arguments avancés pour justifier son augmentation constante et l'effet rétroactif appliqué à la protection font parfois douter des motifs avancés de manière officielle, qui sentent trop souvent le prétexte. Au demeurant, ces arguments restent peu nombreux et plutôt décevants en comparaison de l'enjeu économique et social sous-jacent. Il est intéressant de rappeler qu'en Grande Bretagne, la Commission Gowers a conclu dans son rapport du 6 décembre 2006¹¹²⁰ que *rien* ne justifiait, du point de vue des intérêts publics, une application rétroactive d'une extension de la durée des droits d'auteurs (recommandation 4), et qu'il importait de maintenir la durée de protection des enregistrements musicaux à 50 ans (recommandation 3), vu l'immense perte que de telles extensions entraîneraient. Les prolongations ont pourtant été votées¹¹²¹.

Fondée sur le principe de la propriété, la *ratio legis* actuelle est d'assurer la protection jusqu'à la seconde génération des descendants de l'auteur. Cette thèse mérite d'être explorée sous cinq angles complémentaires : les arguments relatifs à l'auteur et à ses héritiers, les arguments culturels, juridiques, et, bien sûr, économiques.

➤ **Arguments relatifs à l'auteur**

Rappelons tout d'abord que le premier but théorique poursuivi par le droit d'auteur est de permettre à l'auteur de vivre de son œuvre ; ce n'est certes pas de lui assurer une rente à vie, encore moins d'assurer une telle rente à ses héritiers. Nous venons de voir que pour l'auteur trois types de profits sont à considérer : le profit incitatif *minimum*, qui permettrait par exemple à l'auteur de vivre assez de son œuvre pour engager un nouveau travail de création ; l'espérance de gain fondée sur une logique de « *gros lot* »¹¹²² ; la commande, qui n'a rien d'un phénomène marginal et peut inciter des démarches créatives de nature plus professionnelles.

La partie consacrée à la création montrera que les moteurs profonds de la création sont assez puissants en soi pour ne pas axer l'incitation autour de la perspective du « *gros lot* ». La commande assimile quant à elle la prestation de l'auteur à une forme de mandat ou de contrat de travail et on peut espérer que le prix convenu avec le commanditaire assure à lui seul à l'auteur de vivre correctement pendant la période d'exécution. Enfin, concernant le prix incitatif *minimum*, on aura soin de se rappeler que les débuts de carrière d'un auteur se font toujours à ses propres risques périls, les avances de l'éditeur ne concernant que les auteurs ayant fait leurs preuves ou dont la notoriété a été acquise dans d'autres domaines, sans compter que le système des avances de fonds par l'investisseur enferment l'auteur dans une logique d'asservissement qui ne lui est aucunement bénéfique – on l'a vu pour la musique. Le premier ouvrage doit donc être toujours considéré comme un capital qui permettra par

¹¹²⁰ Andrew GOWERS, *Gowers Review of Intellectual Property*, 06.12.2006, http://www.hm-treasury.gov.uk/media/6/E/pbr06_gowers_report_755.pdf.

¹¹²¹ Lawrence LESSIG, *Against Term Extension Archives* [a], 07.11.2006, 06.12.2006, 07.12.2006, 08.12.2006, http://lessig.org/blog/against_term_extension.

¹¹²² Voir ci-dessus, chap. « Incitation de l'auteur », pp. 326 ss.

rocares successives la mise en chantier d'ouvrages ultérieurs. Et si l'on tient à assurer l'autonomie financière de l'auteur à titre d'incitation plus que de récompense, il ne semble pas pertinent de permettre à l'auteur d'un premier livre remarqué d'en vivre toute son existence ; il est bien plutôt préférable de l'inciter à se remettre à l'ouvrage, pour offrir au public un nouveau titre à lire ou à entendre.

Avant d'aller plus loin, soulignons encore que le système actuel, avant tout favorable aux investisseurs et autres intermédiaires, ne permet qu'à de bien rares auteurs de vivre de leur art. Pour donner un ordre d'idées, le tirage moyen d'un livre en France est de l'ordre de 7'000 exemplaires ; encore faut-il modérer ce chiffre qui tient compte des commandes, dont le thème a souvent fait l'objet d'une étude de marché et dont les ventes sont par définition plus soutenues, ainsi que des succès créés de toutes pièces par une publicité tapageuse. Il n'est dès lors pas étonnant d'apprendre que nombre d'universitaires ayant publié plus d'une dizaine de livres touchent à peine plus d'un millier d'euros de droits par an pour l'ensemble de leurs ouvrages, même lorsque ces derniers sont régulièrement cités par leurs pairs et font figure de référence. La question de la durée de la protection n'a ainsi de sens que couplée au modèle de commercialisation, tant pour la durée de disponibilité de l'œuvre que pour la part touchée par l'auteur sur les ventes.

Concernant à présent la durée souhaitable de protection, Sam Ricketson remarque la difficulté rencontrée à l'établir sur des critères objectifs :

« compte tenu de l'incertitude relative aux fonctions rémunératrice et incitative de la protection du droit d'auteur, il n'est guère possible d'arriver à une détermination précise et tout chiffre qu'on retiendra aura inévitablement un parfum d'arbitraire »¹¹²³.

Un point de départ pourrait être donné par les auteurs eux-mêmes. Ejan Mackaay suggère très pertinemment d'observer pour ce faire les données de renouvellement des œuvres protégées par *copyright* avant l'adhésion des États-Unis à la Convention de Berne. Jusqu'en 1976, le *Copyright Act* prévoyait une durée de protection initiale de 14 ans¹¹²⁴, à l'issue de laquelle le titulaire des droits pouvait, moyennant une modeste contribution, la faire prolonger d'autant¹¹²⁵. En supprimant la condition de l'enregistrement, et donc le système de renouvellement périodique qui lui était associé, le *Copyright Act* de 1976 a verrouillé un peu plus la culture, tout en rendant souvent la recherche de l'auteur plus complexe.

Le nombre de dépôts par rapport au nombre d'œuvres susceptibles de protection, faute d'informations suffisantes, ne permet toutefois pas de savoir quelle proportion des œuvres mériterait protection aux yeux des auteurs. Si peu d'œuvres ont été enregistrées

¹¹²³ Sam RICKETSON, *The Copyright Term* [a], dans *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, vol. 23 (1992), IIC, pp. 753-785, p. 761, cité par Ejan MACKAAY, *Analyse économique de la vie*, op. cit., p. 3, note 8.

¹¹²⁴ De 14 ans jusqu'en 1831, puis étendue à 28 ans (Lawrence LESSIG, *Culture libre*, op. cit., chap. « Loi : durée », p. 57).

¹¹²⁵ *Ibid.*, chap. « Loi : durée », p. 97.

au début, cela ne prouve pas que les auteurs n'attachaient aucune valeur à leur œuvre – le seul effort personnel qu'ils investissent dans sa création prouve aisément le contraire – mais que leur activité n'emportait aucune visée lucrative :

« Alors que de nombreuses oeuvres ont été créées aux États Unis pendant les dix premières années de la république, seulement cinq pour cent de ces œuvres étaient en fait enregistrées sous le régime du *copyright* fédéral. De toutes les œuvres créées aux États Unis avant 1790 et de 1790 à 1800, 95 pour cent sont passées immédiatement dans le domaine public »¹¹²⁶.

Par extrapolation, une étude de William Landes et Richard Posner détermine la durée utile de protection à 15 ans ; il s'agit bien sûr d'une valeur médiane¹¹²⁷. On peut toutefois inférer plus sûrement du prix modique requis pour le renouvellement de la protection que les auteurs qui ne la demandent pas estiment qu'il n'y a *aucune* nécessité de protéger leur œuvre au-delà de la durée initiale¹¹²⁸. Lawrence Lessig, dans *Culture libre*, notait déjà :

« Ce système de renouvellement constituait une pièce critique du système américain de *copyright*. Il garantissait que la durée maximum du *copyright* serait accordée uniquement lorsque c'était souhaitable. À l'issue de la période initiale de quatorze ans, si l'auteur ne prenait pas la peine de renouveler le *copyright*, alors ce n'était pas la peine que la société maintienne le *copyright* non plus. [...] Encore aujourd'hui, cette structure serait pertinente. »¹¹²⁹

Or Lawrence Lessig relate qu'en 1973 aux États-Unis, plus de 85% des œuvres de l'esprit entraient dans le domaine public en moyenne au bout de 32 ans, faute d'avoir été renouvelées par leurs auteurs, ce qui fait que la durée moyenne de protection des œuvres n'était aux États-Unis que 32,2 ans¹¹³⁰. Jugeant que la durée moyenne de l'obsolescence d'un savoir est de 7 ans, Lawrence Lessig propose une durée maximale de protection de 21 ans, très proche de celle des brevets, renouvelable tous les 7 ans¹¹³¹. Ejan Mackaay va dans le même sens : il constate qu'au Canada, la durée de protection désirée par les auteurs, compte tenu des demandes de renouvellement enregistrées, était de 14 ans. Le professeur de droit canadien note que le système de l'enregistrement présentait l'avantage d'« amener les créateurs individuellement à révéler la valeur qu'ils attachent à leur droit en le renouvelant, permettant que le droit glisse dans le domaine public s'ils n'y attachent plus de valeur suffisante »¹¹³².

Cette analyse pratique se double de développements théoriques convergents. Rufus Pollock a proposé un modèle formel tenant compte à la fois de la stimulation de la création, de l'effet antinomique du monopole sur la création par réappropriation des

¹¹²⁶ *Ibid.*, chap. « Loi : durée », p. 96.

¹¹²⁷ William M. LANDES, Richard A. POSNER, *Indefinitely Renewable Copyright*, (2003) 70 dans *University of Chicago Law Review*, n°70 (2003), pp. 471-518, cité par Ejan MACKAAY, *Analyse économique de la vie*, op. cit., p. 10, note 25.

¹¹²⁸ Ejan MACKAAY, *Analyse économique de la vie*, op. cit., p. 10.

¹¹²⁹ Lawrence LESSIG, *Culture libre*, op. cit., chap. « Loi : durée », p. 96.

¹¹³⁰ *Ibid.*, chap. « Loi : durée », p. 97.

¹¹³¹ *Ibid.*, pp. 2-3.

¹¹³² *Ibid.*

autres auteurs et de la diminution avec le temps de l'avantage économique incitatif créé par le droit d'auteur. En effet, le gain prévu dans l'avenir n'a d'effet incitatif en matière de création que dans le présent, si bien qu'il doit être réduit de l'escompte ; à un taux réaliste, cette valeur devient pour ainsi dire nulle au-delà de 50 ans¹¹³³. Fort de son modèle, Rufus Pollock estime la durée optimale du droit d'auteur à 15 ans, mais au plus à 52 ans¹¹³⁴. Nous sommes actuellement très au-delà de ces chiffres, si bien que la durée protection en vigueur ne peut pas être justifiée par une quelconque recherche d'effet incitatif à l'attention des auteurs.

La durée de 15 ans déterminée par William Landes et Richard Posner correspond nous l'avons vu à une valeur médiane. Cette durée souhaitable diffère dans les faits pour chaque œuvre, et, pour la plupart des créateurs, la valeur patrimoniale de leurs œuvres devient nulle quelques années seulement après la première publication ; seules quelques très rares exceptions permettent une exploitation de l'œuvre durant toute la durée de protection actuelle, et ces œuvres se trouvent presque toujours en mains de détenteurs d'importants portefeuilles d'œuvres, autrement dit en mains des majorats des loisirs¹¹³⁵. On en conclut que l'adoption de régimes différents adaptés aux types d'œuvres à protéger permettrait une approche plus fine de la durée souhaitable. S'il s'agit bien d'inciter les auteurs à créer, il conviendra d'adopter les durées de protection en fonction du critère de l'originalité, plus exactement de l'authenticité et du but lucratif poursuivi, appliqué à chaque type d'œuvre et non pas en considération d'une œuvre individuelle. Ainsi, les publications scientifiques seraient-elles protégées moins longtemps que les œuvres de fiction que sont les romans. Cette durée plus courte permettrait également une réappropriation plus rapide, d'intérêt général. Moins un type d'œuvre est original, plus il est impératif pour la collectivité de permettre à d'autres auteurs d'y avoir accès et de se l'approprier – à condition bien sûr de citer leurs sources, afin de mener plus loin la réflexion collective entreprise. *A contrario*, plus une œuvre est originale, et moins sa protection est susceptible de bloquer la création par appropriation – à condition toutefois de prévoir un périmètre de protection qui ne soit pas excessif.

Dans la mesure où toute protection de plus de 50 ans dès la première divulgation n'offre plus aucun effet incitatif compte tenu du facteur d'escompte, il faut y voir l'invitation à imaginer un système où l'essentiel du gain incitatif projeté pour la plupart des œuvres soit perçu dans une période relativement courte suivant la première publication, de l'ordre de 10 à 15 ans. Il conviendrait donc de prévoir un pourcentage minimum en sa faveur sur les ventes effectuées, comme l'avait déjà proposé Jean Zay : la question de la durée, on le voit, doit être considérée en fonction du cadre choisi.

¹¹³³ *Ibid.*, p. 10

¹¹³⁴ Rufus POLLOCK, *Forever minus a Day ? Some Theory and Empirics of Optimal Copyright* [a], 07.08.2007, dans *Review of Economic Research on Copyright Issues*, vol. 6 (2009), pp. 35-60, p. 52, cité par Ejan MACKAAY, *Analyse économique de la vie*, op. cit., p. 8, note 20.

¹¹³⁵ Ejan MACKAAY, *Analyse économique de la vie*, op. cit., p. 4 ; p. 10.

D'autre part, cette durée butoir de 50 ans montre qu'il n'est pas possible, toujours sous l'angle de l'incitation, de réduire de manière convaincante, par une prolongation de la protection, la distribution asymétrique des revenus entre les succès populaires par effet de mode et les œuvres dont l'exigence ou le défaut d'intérêt immédiat leur réservent une distribution plus diluée dans le temps.

➤ **Arguments relatifs aux héritiers de l'auteur**

Les raisons d'une protection des œuvres au-delà de la mort de l'auteur posent en soi problème, vu le lien personnel de l'auteur à son œuvre invoqué pour justifier l'existence même du droit qui le protège. Si d'autre part l'auteur a pu toucher des redevances sur son œuvre durant sa vie, au nom de quel principe ses héritiers seraient-ils en droit de toucher une rente supplémentaire pour une œuvre à laquelle ils n'ont pas participé et dont ils ont déjà pu profiter sous forme d'éventuel héritage ?

La durée de protection de l'œuvre au-delà de la mort de l'auteur a pour souci les intérêts des veuves et des proches de l'auteur défunt. Aussi digne d'estime qu'il soit, ce souci trouve une réponse excessive par la durée actuelle de la durée de protection. En effet, l'auteur qui a publié longtemps avant sa mort a déjà reçu le fruit de son travail, et aura de la sorte eu le loisir d'économiser les sommes reçues, de les investir et d'en faire hériter ses proches, comme tout indépendant ou même tout salarié. Rien ne justifie un traitement différent des auteurs sous cet angle. Pour assurer au droit d'auteur une acceptation collective, il importe de ne pas traiter sous l'angle économique les auteurs de manière radicalement différente des autres citoyens. Or une durée excessive de la protection – qui, portée au-delà de la mort de l'auteur, ne peut par définition profiter qu'à ses proches – est de nature à discréditer ce droit. Ejan Mackaay relève avec raison que

« les auteurs qui entendent pourvoir à leurs besoins et à ceux de leurs familles seraient bien avisés d'investir intelligemment les sommes récoltées pendant les quelques années où l'œuvre réussit bien dans le marché »¹¹³⁶.

Seul le cas d'une œuvre publiée à la fin de la vie de l'auteur, et qui n'aurait donc à son décès pas encore profité de la pleine protection de la durée prévue, mérite considération. Il semble juste qu'une œuvre publiée en fin de carrière, qui n'a guère profité à l'auteur de son vivant, puisse profiter aux proches de l'auteur qui dépendent économiquement de lui – soit, principalement, sa veuve et ses enfants. Ces réflexions renforcent en outre l'idée d'une protection partant de la première divulgation de l'œuvre. Il serait toutefois bon de limiter ce droit de rente aux seuls proches et non à tout héritier. Le cercle envisagé par le législateur suisse pour désigner les héritiers

¹¹³⁶ *Ibid.*, p. 4

réservataires semble adéquat et suffisamment ouvert¹¹³⁷, évitant les complications assez étonnantes que le cas du *Boléro* de Ravel a occasionnées¹¹³⁸.

Lorsque la durée de protection était en France de 50 ans après la mort de l'auteur (p.m.a., en latin « *post mortem auctoris* »), elle y visait officiellement à protéger les enfants et les petits-enfants de l'auteur, le législateur estimant qu'il était « souhaitable » que les deux générations postérieures à l'auteur puissent vivre du talent de leur aïeul¹¹³⁹. La « protection de la veuve » de l'auteur est ainsi devenue celle de ses petits-enfants, sans que personne ne puisse justifier un tel excès, puisque les règles relatives à la famille ne considèrent pas les petits-enfants comme étant à la charge de leurs grands-parents, le devoir d'entretien ne portant que sur le conjoint et les enfants...

La durée de protection de 70 ans p.m.a. a été à son tour justifiée par une prise en compte de l'augmentation de la durée de vie, de façon à continuer de protéger les droits pendant deux générations entières après la mort de l'auteur¹¹⁴⁰. François Dessemontet justifie en ces termes une telle protection :

« il paraît équitable qu'en tout cas les enfants et les petits-enfants de l'auteur aient le bénéfice des redevances dues à ses efforts et à ses sacrifices. C'est souvent pour eux que l'auteur a créé, et parfois au détriment du temps qu'il aurait voulu leur consacrer. Or la durée de vie moyenne s'étant allongée, il paraît convenable de porter à 70 ans la période de protection, afin de couvrir deux générations pma »¹¹⁴¹.

On reste songeur à la lecture de ces arguments qui ne résistent guère à l'examen, même si le législateur fédéral motive lui aussi la durée actuelle de protection en référence aux deux générations des descendants de l'auteur. Le travailleur a lui aussi consacré le meilleur de son temps de vie à son employeur, dont on gage qu'il aurait préféré le passer en compagnie de ses proches plutôt qu'à l'usine ou au bureau, et pourtant personne ne songerait à assurer sous ce prétexte une rente à ses enfants et à ses petits-enfants ! La vision que nous propose François Dessemontet occulte certains faits pourtant cruciaux : cette vision attendrissante de la vie familiale voudrait nous faire croire que les prolongations de la durée de protection profitent avant tout aux auteurs et nous font oublier qu'elles ont avant tout été le fait des groupes de pression de l'industrie des loisirs et de l'informatique. Le seul mode socialement acceptable de transmettre de l'argent à ses descendants devrait être, pour l'auteur, de faire des économies de son vivant grâce à la vente de ses œuvres et de les leur transmettre par voie d'héritage, avec certes une correction en ce qui concerne les œuvres de fin de

¹¹³⁷ Il s'agit du conjoint survivant, des descendants ou des parents de l'auteur défunt (art. 470 CCS).

¹¹³⁸ «CALAMO», *Un peu de gym grâce au Boléro : cas pratique sur les prorogations de guerre* [a], 14.03.2007, <http://www.p-s.fr/index.php?2007/03/14/69-un-peu-de-gym-grace-au-bolero-cas-pratique-sur-les-proprorogations-de-guerre>.

¹¹³⁹ «CALAMO», *Temps de guerres et droits d'auteur* [a], 11.03.2007, <http://www.p-s.fr/index.php?2007/03/11/62-temps-de-guerres-et-droits-d-auteur>, chap. *La concordance des temps*

¹¹⁴⁰ André LUCAS, Henri-Jacques LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, Paris 2001, n°431, p. 351.

¹¹⁴¹ François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., n°352, p. 257.

carrière, dont l'investissement initial en temps n'aurait pu, faute de temps, être correctement rémunéré. Plutôt donc que de plaider pour une prolongation de la protection, il serait préférable d'argumenter en faveur du renforcement de la protection elle-même, mais pendant une période plus brève : renforcement dirigé en faveur de l'auteur aux dépens des intermédiaires et non à ceux du public. Or le système actuel, nous en avons vu l'illustration dans le domaine de la musique¹¹⁴², protège fort mal l'auteur face aux intermédiaires, en particulier durant les premières années d'exploitation de l'œuvre qui sont les plus cruciales pour lui.

En outre, l'auteur crée par besoin intime ou par décision personnelle, dont il tire souvent un plaisir ou un sentiment d'accomplissement inestimable ; il convient qu'il en assume les conséquences. Ses petit-enfants – contrairement à ceux des salariés qui se seront souvent épuisés à des tâches « alimentaires » qui souvent ne leur correspondent pas – auront l'avantage de pouvoir découvrir leur aïeul à travers ses œuvres, initiant ainsi une relation profonde et unique avec lui. La principale motivation des auteurs n'est pour ainsi dire jamais exclusivement financière, contrairement à celle des acteurs intermédiaires. Qui plus est, l'argument visant à compenser par l'argent le manque d'attention pour ses proches est en soit dérangeant.

Les *prorogations de guerre*, récemment abolies, créaient elles aussi un privilège en faveur de l'auteur qui ne semblait pas justifié. Elles suspendaient¹¹⁴³ dans plusieurs pays européens la durée de protection pendant chacun des deux conflits mondiaux. La Cour de cassation française, par deux arrêts du 27 février 2007¹¹⁴⁴, vient préciser que la prolongation de 50 à 70 ans, qui visait à transposer la directive européenne 93/98/CEE du 29 octobre 1993, s'oppose désormais à leur prise en compte, ainsi qu'à celle de la prolongation de 30 ans accordée aux œuvres des auteurs « morts pour la France ». Permettant aux ayants-droit de compenser le manque à gagner subi à raison de l'absence d'exploitation de leurs œuvres durant les deux conflits mondiaux¹¹⁴⁵, ces dispositions créaient un privilège en faveur de l'auteur qui semblait injustifié, dès lors

¹¹⁴² Voir ci-dessus, chap. « Les majorats – Des intermédiaires qui ne représentent pas les auteurs », pp. 273 ss.

¹¹⁴³ En France, de 6 ans et 152 jours pour la première guerre mondiale en faveur des œuvres publiées avant le 1^{er} janvier 1921 et qui ne seraient pas entrées dans le domaine public avant le 3 février 1919, selon art. L. 123-8 CPI ; de 8 ans et 120 jours pour la seconde guerre mondiale en faveur des œuvres publiées avant le 1^{er} janvier 1948 et qui ne seraient pas entrées dans le domaine public avant le 13 août 1941, selon art. L. 123-9 CPI ; s'y ajoutent 30 ans lorsque l'auteur est « mort pour la France », en application de l'actuel art. L. 123-10 CPI. Ces trois prorogations sont cumulatives lorsque les conditions de chacune d'entre elles sont remplies.

¹¹⁴⁴ Cour de cassation, arrêts n°280 (arrêt « Claude Monet ») et 281 (arrêt « Giovanni Boldini ») du 27 février 2007 ; Société des Auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP) c/ société Éditions Fernand Hazan SA et autres, respectivement société Canal Publicité Promotion SA et autres ; http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/actualite_jurisprudence_21/premiere_chambre_civile_568/arrets_569/br_arret_9940.html, respectivement [...]9941.html. L'arrêt « Claude Monet » précise : « la période de 70 ans retenue pour harmoniser la durée de protection des droits d'auteur au sein de la Communauté européenne couvre les prolongations pour fait de guerre accordées par certains États membres ».

¹¹⁴⁵ « CALAMO », *Temps de guerres et droits d'auteur* [a], op. cit.

que tous les indépendants enrôlés sous les drapeaux avaient subi des dommages du fait de leur mobilisation sans pour autant en être indemnisés.

Le projet de loi de Jean Zay de 1936 est quant à lui porteur d'une réflexion profondément originale associant durée de la protection et domaine public, qui s'inspire de la *Lettre sur la propriété artistique et littéraire* d'Alfred de Vigny, ainsi que de Victor Hugo, et qui mérite d'être évoquée¹¹⁴⁶. Afin de ne pas modifier la durée de 50 ans p.m.a. alors en vigueur et déjà ressentie comme excessive, le projet la limite à 10 ans p.m.a., et prévoit de la faire suivre d'une période de 40 ans durant laquelle l'exploitation des œuvres ne nécessiterait plus d'accord préalable du titulaire des droits mais obligerait néanmoins l'exploitant à verser aux héritiers de l'auteur une redevance s'élevant à 10% au moins du produit brut de l'exploitation. Cette disposition visait notamment à éviter que la diffusion des œuvres ne soit empêchée trop longtemps par les héritiers de l'auteur, tout en assurant leur entretien. C'est la solution retenue par le *Copyright Act* anglais de 1911. Victor Hugo, lors de son discours d'ouverture du Congrès littéraire international, le 17 juin 1878, ne proposait d'appliquer un principe similaire :

« Que la loi donne à tous les éditeurs le droit de publier tous les livres après la mort des auteurs, à la seule condition de payer aux héritiers directs une redevance très faible. »¹¹⁴⁷

On se gardera enfin d'oublier, dans ce débat sur la durée de protection, que, compte tenu de l'importance de celle actuellement en vigueur, les droits d'auteur, à la mort de l'intéressé, sont souvent cédés depuis longtemps à des tiers tels que les éditeurs. On peut y voir la véritable raison de la durée excessive des droits : une protection voilée du législateur en faveur des gestionnaires de droits, aux dépens de la collectivité, de l'auteur et de ses proches.

➤ Arguments relatifs à l'intérêt du public

La limitation de la protection accordée à l'auteur est presque toujours justifiée par l'intérêt du public¹¹⁴⁸. Cet intérêt peut prendre plusieurs formes, et si le « droit à la culture » en constitue une expression récente, cet intérêt, de manière traditionnelle, prend les formes d'un intérêt à l'instruction et à l'accès aux œuvres et, partant, au savoir¹¹⁴⁹, qui remonte, au-delà des Lumières, à Alde Manuce, l'un des plus célèbres éditeurs du XV^e siècle¹¹⁵⁰. Il recouvre aussi, de manière indirecte, « la liberté

¹¹⁴⁶ Jean ZAY, *Projet de loi sur le droit d'auteur et le contrat d'édition*, recueil officiel des sessions parlementaires, annexe n°1164 (session du 13 août 1936, 2^{ème} séance), pp. 1706-1712 ; voir ci-dessous, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), chap. « Le Front populaire et le projet de Jean Zay », pp. 442 ss.

¹¹⁴⁷ Victor Hugo, Congrès littéraire international, discours d'ouverture du 17 juin 1878, cité par Antoine GITTON, *La Copie privée en perspective* [a], 2001, <http://www.gitton.net/zedition/CopiePriveePerspective.pdf>, p. 3.

¹¹⁴⁸ Stéphanie CARRE, *L'Intérêt du public en droit d'auteur* [r], op. cit., vol. 2, n°596, p. 459.

¹¹⁴⁹ *Ibid.*, vol. 2, n°600 ss, pp. 461 ss ; n°605-607, pp. 466-468.

¹¹⁵⁰ Voir ci-dessous, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), chap. « L'imprimerie à caractères mobiles », pp. 401 ss, et les références faites aux sources du programme de diffusion du savoir suivi par Alde Manuce : le programme pédagogique de l'Académie florentine, à travers Ermolao Barbaro, Pic de la

d'inspiration et d'interprétation » octroyée aux auteurs des œuvres de leurs prédécesseurs afin de leur permettre d'élaborer leur propre création¹¹⁵¹.

De ce fait, le domaine public ne peut jouer son rôle incitateur et cohésif dans le processus créatif qu'à deux conditions : compter en son sein des œuvres appartenant encore à une certaine actualité, et en assez grand nombre. Pour la première, l'actualité dépend de la discipline considérée. Ainsi, un article scientifique ou relatif à une discipline du sujet perdent le plus souvent assez vite en pertinence, et ne pourront plus guère éveiller ou nourrir les débats contemporains ; le mouvement de mai 1968 entre déjà dans l'Histoire, et les essais du début du XX^e siècle ont peu de chances de rencontrer nos interrogations du moment ou nous servir de repères, du moins pas davantage semble-t-il que ceux du XVIII^e siècle. Pour Denis Ettighoffer, la durée moyenne de « l'obsolescence d'un savoir » serait de sept ans¹¹⁵². On voit par là que l'horizon de ce débat est assez court ; il dépasse de fait très rarement le temps séparant deux générations, soit de 20 à 25 ans. Or l'accroissement de la durée de protection du droit d'auteur retire de notre référentiel collectif la plupart de ces œuvres qui aimantent encore nos discours : plus de 70 ans après leur parution, les articles de sociologie n'intéressent à coup sûr que les historiens. Les œuvres les plus originales, les moins dépendantes de l'actualité, déploient par contraste un horizon plus vaste et nous parlent plus facilement au-delà des siècles, même si notre ignorance de la symbolique de nos aïeux appauvrit souvent le message qu'elles peuvent nous délivrer.

Quant à la quantité d'œuvres nécessaires pour conserver au domaine public son potentiel d'inspiration, autrement dit son caractère de patrimoine et de ferment culturels, elle reste *relative* à l'ensemble des références disponibles. Or le nombre de publications ne cesse d'augmenter d'année en année : bien que celui des œuvres appartenant au domaine public augmente – légèrement celui-là –, leur proportion par rapport au nombre global d'œuvres publiées diminue, car l'effet rétroactif des augmentations de la durée de protection empêche la majeure partie des œuvres d'y entrer. L'intérêt du domaine public en tant que *corpus* de référence en souffre, et donc la culture dans son ensemble. Et si tel est le cas, c'est le discours public et l'*interaction* habermassienne qui perdent un ancrage décisif. Il n'est pas jusqu'au droit d'auteur lui-même qui n'y perd, une durée excessive encourageant le public à prendre l'habitude de passer outre ses interdits, comme on le voit actuellement. C'est ainsi que Jules Renouard prévenait déjà en 1839 contre les effets pervers d'une protection trop longue :

Mirandole et Ange Politien, visant l'amélioration de la société par l'éducation ; le programme en faveur de l'imprimé de Giovanni Andrea Bussi, ancien secrétaire du cardinal Nicolas de Cuse, soutenu par les Frères de la vie commune.

¹¹⁵¹ Stéphanie CARRE, *L'Intérêt du public en droit d'auteur* [r], op. cit., vol. 2, n°602, p. 463.

¹¹⁵² Denis ETTIGHOFFER, *Libérez, libérez le copyright !* [a], 13.04.2010, <http://www.ettighoffer.fr/1823/liberez-liberez-le-copyright>, chap. « Comment résoudre ce dilemme ? En revenant sur les fondamentaux de la protection », p. 3.

« Les besoins de la consommation et les nécessités de la diffusion des bons ouvrages multiplierait les contrefaçons qui deviendraient le seul correctif du monopole perpétuel ; une connivence publique excuserait un délit dont le public profiterait, et qui cependant ne peut pas plus que les autres être toléré sans péril et sans habituer l'opinion au mépris des droits privés et des lois »¹¹⁵³.

Tout doit donc être fait pour permettre à ce domaine public de conserver son caractère de référentiel commun. Dès lors que des communautés structurées ont clairement démontré leur volonté de s'inscrire dans un autre système que celui, privé et excluant, d'une propriété capitaliste érigée en fiction pour s'étendre aux biens immatériels, leur reconnaissance relève de l'urgence. Je parle du monde des logiciels libres, toujours superbement ignoré des législateurs de tous les pays. Comme le préconise Mélanie Clément-Fontaine, un régime légal particulier devrait permettre de gérer les « œuvres libres », notamment les œuvres qui, à l'instar des logiciels libres, sont créées par apports successifs non concertés¹¹⁵⁴. Nous en sommes loin, puisqu'en France – au contraire du droit suisse –, de telles œuvres ne correspondent même pas à l'une des trois définitions possibles de l'œuvre collective. Il devient urgent par ailleurs de permettre aux auteurs qui le désirent de placer volontairement leurs œuvres sous le régime du domaine public, sans être obligés de recourir aux stratagèmes de la licence *GNU-Public Licence* (GPL), qui se trouve réduite à recourir aux mécanismes privés actuels auxquels elle s'oppose pour assurer la liberté des utilisateurs en « interdisant d'interdire »¹¹⁵⁵.

Il est nécessaire de préserver un domaine public vivant si l'on veut assurer le renouvellement des créations pour l'avenir. En effet, ainsi que le souligne Ejan Mackaay, « pendant qu'une création est assujettie au droit d'auteur, elle n'est accessible qu'à plus grands frais qu'autrement, ou même pas du tout. Ceci interfère avec l'accès à l'information et, par ricochet, avec la création par filiation. [... La réservation] restreint la possibilité pour d'autres que le titulaire de bâtir sur des œuvres existantes pour la création de filiation »¹¹⁵⁶. En outre, la crainte d'un procès agit toujours comme une censure très puissante : le retrait des ouvrages de Dmitry Yemetz par son éditeur face aux pressions de Joanne Kathleen Rowling suffit à le montrer¹¹⁵⁷. Comme le souligne Lawrence Lessig : « La possibilité de créer et de transformer devient plus faible dans un monde où l'acte de créer nécessite une permission et où la créativité doit passer par un avocat »¹¹⁵⁸.

¹¹⁵³ Augustin-Charles RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les Beaux-arts*, 2 vol., Jules Renouard et Cie, Paris 1838, tome 1, p. 467, cité par Stéphanie CARRE, *L'Intérêt du public en droit d'auteur* [r], op. cit., vol. 2, n° 602, p. 464, note 6.

¹¹⁵⁴ Mélanie CLEMENT-FONTAINE, *L'Œuvre libre*, Larcier, Bruxelles 2013 ; Mélanie CLEMENT-FONTAINE, *Faut-il consacrer un statut légal de l'œuvre libre ?* [a], janvier 2008, http://www.irpi.ccip.fr/revuepi/article.asp?ART_N_ID=401.

¹¹⁵⁵ Voir ci-dessus, chap. « Les logiciels libres et l'économie du partage », pp. 244 ss.

¹¹⁵⁶ Ejan MACKAAY, *Analyse économique de la vie*, op. cit., p. 4 ; p. 6.

¹¹⁵⁷ Voir ci-dessus, p. 232.

¹¹⁵⁸ Lawrence LESSIG, *Culture libre*, op. cit., chap. « Ensemble », p. 119.

La prise en compte de la qualité du domaine public en tant que facteur incitatif de la création « par filiation » exige donc que les œuvres dont le genre même les rend plus sensibles à la démode intègrent plus vite son catalogue que les œuvres plus pérennes ; pour de telles œuvres, une protection limitée à 20, voire 25 ans, faciliterait la transmission du savoir entre les générations. Qui peut même dire la place qu'occupera une fiction comme la série des *Harry Potter* dans cinquante ans dans le référentiel culturel collectif ?

Certains toutefois, dont Philippe Gaudrat, estiment que la limitation de la durée de protection « n'est imputable qu'à un législateur dérouté s'en remettant à une influence extérieure, non à un développement spontané de sa nature »¹¹⁵⁹. Pour ce professeur, la nature du droit d'auteur irait dans le sens d'une propriété exclusive et perpétuelle ne faisant que peu de cas des intérêts du public. Le professeur Frédéric Zénati-Castaing affirme de manière similaire que « la législation révolutionnaire qui a institué la propriété des auteurs n'ignore pas l'intérêt du public, mais cet intérêt est pour elle secondaire ; il n'est qu'une retombée bénéfique d'un choix inspiré par une toute autre considération »¹¹⁶⁰.

S'il est bien vrai que la limitation de la durée n'est pas la conséquence nécessaire de la nature du droit d'auteur – même si les deux aspects sont liés¹¹⁶¹ – ces avis sont d'autant plus piquants que l'étude de la pensée des Lumières montre très exactement le contraire. Celles-ci, et les lois révolutionnaires qu'elles ont inspiré, ont certes été « déroutées » par une influence d'Outre-Manche, mais certes pas dans le sens indiqué. Les thèses d'un John Locke, qu'elles croyaient parentes des leurs au motif que le philosophe était lui aussi rationaliste, ne les ont pas poussées à rechercher, en vertu de principes utilitaristes, à maintenir autant que possible une libre concurrence au nom des intérêts du public, mais les ont orientées dans leur malencontreux choix du terme « propriété » pour dire la nature de ce droit. Du reste, les révolutionnaires ont continué d'utiliser ce terme dans un sens non capitaliste, si bien que ce choix n'a dupé que leurs héritiers ; une fois la France devenue capitaliste, ils se sont mis à penser le droit d'auteur dans le sens d'un droit totalement excluant, opposable à tous et surtout au public, autrement dit dans un sens frontalement opposé aux idéaux universalistes d'égalité, de liberté et de partage du savoir propres aux Lumières ; ce sont ces idéaux, sans aucune influence anglo-saxonne, qui ont justifié la défense des intérêts du public,

¹¹⁵⁹ Philippe GAUDRAT, *Droits des auteurs, droits moraux. Théorie générale du droit moral* [a], dans *Juris-Classeur Civil*, annexe Propriété littéraire et artistique, 8 (2001), fasc. 1210, n°37, cité par Stéphanie CARRE, *L'Intérêt du public en droit d'auteur* [r], op. cit., vol. 2, n°606, p. 468.

¹¹⁶⁰ Frédéric ZENATI-CASTAING, *Observations à propos de la décision du 10 mars 1999 de la 1^{ère} Ch. Civ.*, dans R.D.T. Civ., 1999, p. 868, cité par Stéphanie CARRE, *L'Intérêt du public en droit d'auteur* [r], op. cit., vol. 2, n°606, p. 468.

¹¹⁶¹ Stéphanie CARRE, *L'Intérêt du public en droit d'auteur* [r], op. cit., vol. 2, n°606, p. 468, note 4.

partie-prenante de la protection accordée à l'auteur à travers une forme de « contrat social » culturel.

➤ Une protection de certaines rentes ?

Si la prolongation indéfinie de la durée de protection, contrairement aux apparences, ne profite guère à l'auteur ou à ses descendants, et pas davantage, on s'en doute, au domaine public, il faut chercher ailleurs la raison de la poursuite de la tendance actuelle. Comme le relate Stéphanie Carre, « l'"intérêt d'alimentation" des auteurs et de leur famille ne se confond pas avec l'"intérêt d'amortissement" des exploitants, du moins cet intérêt ne justifie pas la même durée de protection. [...] Le Conseil du roi Louis XVI, en 1777, procède déjà à cette distinction »¹¹⁶². David Ettighoffer s'étonne, à la lecture du Livre vert de la Commission européenne « Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance », de ce qu'il ne s'interroge jamais sur les pressions qui ont conduit les États à l'augmentation de la durée et de la portée du *copyright* et à la suppression des conditions d'enregistrement, qui ont pourtant dénaturé les lois fondamentales du *copyright* depuis 30 ans¹¹⁶³ et qui interroge le Centre d'Études Internationales de la Propriété Intellectuelle (CEIPI) dans son rapport critique¹¹⁶⁴. C'est sans doute que les intérêts en jeu sont puissants, et que le débat se réduit trop souvent à chercher les moyens de protéger des droits que l'on confond avec une propriété dont on n'entend pas discuter le bien-fondé. Mais la propriété intellectuelle, nous l'avons vu, n'a pour ainsi dire *rien* d'une propriété.

Les débats parlementaires qui sont de par le monde à l'origine des prolongations le montrent bien : menés avec vigueur par les groupes de pression des majorats, tels que la *Motion Picture Association of America* (MPAA) de Jack Valenti, ils ont débouché sur des extensions rétroactives qui profitent avant tout aux titulaires de droits sur les très rares œuvres dont l'exploitation s'avère encore lucrative à la fin de la période de protection en vigueur. Cet intérêt purement financier à la poursuite de certaines rentes monopolistiques a fait que certains détracteurs du *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* de 1998 se sont mis à le surnommer *Mickey Mouse Copyright Extension Act*. L'extension de la durée de protection qu'il emporte a en effet été très fortement soutenue par la Walt Disney Company, membre de la MPAA, qui s'était aperçue à l'époque que le *copyright* protégeant le personnage de Mickey, présenté la première fois en public le 18 novembre 1928 et toujours très lucratif, allait « tomber » dans le domaine public en 1976¹¹⁶⁵. On pourrait en dire autant de Microsoft, qui continue ainsi de

¹¹⁶² *Ibid.*, vol. 2, n°608, p. 470 ; voir aussi ci-dessous, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), chap. « Les bases royales d'un véritable code de la propriété littéraire », pp. 428 ss.

¹¹⁶³ Denis ETTIGHOFFER, *Libérez, libérez le copyright !* [a], 13.04.2010, op. cit., chap. « Conclusions » ; COMMISSION DU PARLEMENT EUROPEEN, *Livre vert – Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, op. cit.

¹¹⁶⁴ CENTRE D'ÉTUDES INTERNATIONALES DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (CEIPI), *Quelles limites au droit d'auteur dans la société de l'information ?*, op. cit.

¹¹⁶⁵ Richard M. STALLMAN, *Droit d'auteur et mondialisation à l'âge des réseaux informatiques* [a], 19.04.2009, retranscription d'un discours donné au MIT lors du Forum des Communications, <http://www.gnu.org/philosophy/copyright-and-globalization.fr.html>, p. 7.

protéger les codes qui composent le noyau de son système d'exploitation et de ses applications phare. La façon dont ces prolongations ont été requises – et surtout leur application rétroactive – montre bien qu'il s'agissait, à chaque fois au moment où elles risquaient de « tomber » dans le domaine public, de retarder cet événement plutôt que d'augmenter une hypothétique incitation à créer pour l'avenir : alors que la durée de protection prévue par le *Copyright Act* n'avait pour ainsi dire pas évolué entre 1787 et 1962, le Congrès américain va accepter onze modifications au cours des trente dernières années. D'abord limitées à une ou deux années, les demandes d'allongement vont s'enhardir : en 1976, les groupes de pression des éditeurs et de l'industrie du cinéma obtiendront un allongement de 19 ans en 1976, puis un allongement supplémentaire de 20 ans en 1998, atteignant ainsi une protection de 70 ans après la mort de l'auteur et même de 95 ans après publication lorsque « l'auteur » est une personne morale¹¹⁶⁶. Gageons qu'avant 2018 les mêmes majorats, pour faire bonne mesure, obtiendront une protection perpétuelle pour l'ensemble des œuvres qui se trouvent sous leur contrôle si rien n'est fait pour les contrer.

Il semble qu'il n'existe pas d'autres justifications à ses prolongations indéfinies dont l'effet *rétroactif* vise précisément les œuvres du passé et non l'encouragement à la création d'œuvres dans l'avenir. Le fait que le *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* ait obtenu pour les personnes morales des durées de protections considérablement plus longues que pour les personnes physiques, dans un système qui admet la fiction d'une personne morale « auteur » originel d'une œuvre du seul fait qu'elle est l'employeur de l'auteur véritable. Or le caractère rétroactif d'une loi ne doit être envisagé que très exceptionnellement, faute de quoi les principes les plus fondamentaux du droit se trouvent bafoués. Rien, ici, ne le justifiait.

Complaire à Microsoft et à Disney n'est bien entendu pas le but avoué de la loi. Cette manœuvre est d'autant plus choquante qu'elle permet aux dirigeants de la Walt Disney Company d'imposer au monde des conditions qu'elle n'a elle-même pas respecté à ses débuts, et qui auraient profondément entravé sa propre capacité créative en diminuant fortement le champ de ses sources d'inspiration accessibles. Lawrence Lessig l'a montré pour certaines œuvres, et la liste en a été complétée dans le tableau ci-dessous. En rouge, apparaissent les dates de sortie des dessins animés qui auraient violé les conditions actuelles de protection :

Nom de l'œuvre	Publication de l'œuvre-source	Auteur de la source	Entrée dans le domaine public aux conditions actuelles (70 ans p.m.a.)	Sortie du dessin animé
Blanche Neige et les sept nains	1812	Jacob Grimm (1785-1863)	1933	1937
Pinocchio	1883	Carlo Collodi (1826-1890)	1960	1940

¹¹⁶⁶ Lawrence LESSIG, *Culture libre*, op. cit., chap. « Loi : durée », p. 96

Nom de l'œuvre	Publication de l'œuvre-source	Auteur de la source	Entrée dans le domaine public aux conditions actuelles (70 ans p.m.a.)	Sortie du dessin animé
L'Apprenti sorcier	1897	Paul Dukas (1865-1935)	2020 (avec prorogations de guerre)	1940 (Fantasia)
Alice au Pays des Merveilles	1865	Lewis Carroll (1832-1898)	1968	1951
Peter Pan	1902	James Matthew Barrie (1860-1937)	2007	1953

On s'aperçoit ainsi des effets concrets de blocage de la création qu'entraîne une telle durée de protection. Alors que nous imaginons que les contes de Grimm font partie du patrimoine culturel mondial depuis plusieurs siècles, ils ne l'auraient de fait rejoint qu'en 1933 si on leur avait appliqué les conditions actuelles. Ces exemples montrent bien le caractère insensé de la démarche entreprise par les majorats des loisirs.

Les frais liés à la réalisation et à la commercialisation de Mickey Mouse sont bien sûr amortis depuis longtemps déjà ; il en est de même, à n'en pas douter, pour le noyau de Windows. Si l'on établit un parallèle avec les inventions brevetables, leur durée de protection est justifiée par les mêmes considérations de rentabilisation des investissements initiaux ; or celle-ci n'est « que » de 20 ans selon l'Accord sur les ADPIC¹¹⁶⁷, alors que, d'une part, les frais de recherche dans ce domaine sont considérables, et que, d'autre part, pour certains secteurs (les médicaments en particulier), la durée de protection utile est dans les faits diminuée par la procédure nécessaire à l'obtention de l'autorisation de commercialisation, laquelle peut s'étaler sur plusieurs années. Si une durée d'exploitation de 20 ans semble suffisante pour assurer au déposant la rentabilisation de ses efforts et quelques milliards de bénéfices à cette industrie, elle doit l'être *a fortiori* pour l'auteur, tout particulièrement dans le domaine du cinéma, même en considération des investissements conséquents que la réalisation d'une telle œuvre peut entraîner. De nos jours, les moyens de distribution et de production permettent une excellente représentation et gestion de l'œuvre dans les dix à quinze ans qui suivent sa première diffusion. Une durée de protection trop courte pourrait toutefois favoriser à l'excès les œuvres fortement médiatisées, autrement dit celles dont la qualité est souvent fort médiocre et qui sont déjà fortement appuyées par une logique de maximisation des profits.

Afin de contrecarrer les effets négatifs de cette logique de rente, Ejan Mackaay propose de réintroduire les mécanismes de renouvellement volontaire de la durée de protection. Cela permettrait d'éviter le blocage culturel général que ces entreprises

¹¹⁶⁷ La durée de vie des brevets est actuellement de 20 ans à compter de la date de dépôt ; selon le (désormais ancien) projet d'Accord sur les ADPIC (« *TRIPS Agreement* » de l'OMC), « La durée de protection offerte [à un brevet] ne prendra pas fin avant l'expiration d'une période de (vingt) 20 ans à compter de la date de dépôt. »

entreprennent à seule fin de protéger leurs propres intérêts, tout en leur permettant d'allonger la protection des œuvres dont la carrière commerciale le justifie à leurs yeux :

« Puisque le droit d'auteur est uniforme et automatiquement obtenu pour les différents créateurs, les modifications recherchées par les grands joueurs renforcent en même temps les droits de la vaste majorité d'autres titulaires, qui n'en ont pas besoin, et de ce fait verrouillent beaucoup d'expressions culturelles sans nécessité. [...] Étant donné l'extrême variabilité de l'utilité du droit d'auteur pour différents titulaires et la difficulté que nous avons à évaluer cette utilité en pratique, on aurait aimé voir en place un système qui amène les créateurs à révéler l'utilité qu'ils y attachent eux-mêmes et qui n'étend pas la durée du droit d'auteur au-delà du besoin exprimé de chaque créateur »¹¹⁶⁸.

Cette uniformité de la durée de protection imposée automatiquement à l'ensemble des œuvres fait que « la durée actuelle du droit d'auteur s'étend bien au-delà des besoins de la vaste majorité des créateurs. Seule une infime proportion d'entre eux en tire vraiment profit »¹¹⁶⁹. Ejan Mackaay laisse ouverte la question de savoir si ces prolongations peuvent être indéfiniment renouvelées, quitte à ne pouvoir l'être qu'en contrepartie de redevances toujours plus lourdes. Mais si une telle solution, purement économique, offre le mérite d'éviter le pire que nous connaissons actuellement, elle peine à convaincre sur le principe. Il semble nécessaire de prévoir une limite absolue à l'extension des droits. En effet, une protection indéfinie refuserait justement au domaine public les œuvres qui, par leur succès de longue date, ont fait la preuve qu'elles avaient rejoint le cercle très fermé des figures collectives de référence ; et une protection indéfiniment monnayable, fût-ce par des droits à chaque fois plus élevés, reviendrait à soumettre la culture à l'esprit mercantile qui est précisément à l'origine des dérapages dénoncés. On peut se demander de quel droit ceux qui ont déjà reçu une juste rétribution pour leur apport pourraient indéfiniment refuser à la société civile le retour attendu pour la protection qui leur a été reconnue. Les gains de ces quelques œuvres particulièrement populaires concentrent de plus dans de rares mains les bénéfices les plus importants de la création. Ils s'inscrivent dans une pure logique de rente qui n'a plus rien à voir avec une incitation à la création – même dans la perspective d'un profit moyen acceptable généré par un portefeuille de projets bien diversifiés. C'est pourquoi il conviendrait de limiter quoi qu'il en soit le nombre de renouvellements possibles et leur durée, afin d'obtenir une durée maximum de la protection, renouvellements compris, de l'ordre d'une quarantaine d'années pour les œuvres les plus originales, ce qui est déjà fort long à l'échelle d'une vie humaine.

La durée initiale de protection et la possibilité de prolonger la protection doivent varier selon le type d'œuvre considéré, afin de prendre en compte les critères mêmes qui justifient leur protection. Il est important de considérer l'espérance de vie des contemporains de l'œuvre et pas seulement celle des héritiers de l'auteur. S'ils ont grandi avec cette œuvre, si elle fait partie de leur « paysage mental » – ce qui est la

¹¹⁶⁸ Ejan MACKAAY, *Analyse économique de la vie*, op. cit., pp. 11-12.

¹¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 11.

preuve du succès de l'œuvre et permet de supposer que l'auteur a déjà reçu une juste rétribution pour son apport –, ils ne doivent pas désespérer de pouvoir se l'approprier de manière créative au cours de leur existence. Cette mesure de l'existence humaine est essentielle, si l'on considère que le capitalisme génère une part importante de ses excès du seul fait de ne plus prendre la condition humaine pour mesure. Ainsi serait-il possible d'imaginer, pour les œuvres les plus originales, telles que les romans, une période initiale de protection de 15 ans dès la première divulgation, extensible de cinq ans en cinq ans, mais pour une durée totale maximum de 40 ans.

□ *Autour de la copie privée*

Après l'échéance nécessaire de la durée de protection, qui permet en quelque sorte au public de s'approprier l'œuvre en lui faisant rejoindre le fonds commun culturel qu'est le domaine public, l'exercice de la copie privée constitue le second bastion protégeant les intérêts collectifs dans le difficile exercice de la recherche d'un équilibre. Précisons d'emblée qu'elle ne s'applique pas aux logiciels, pour lesquels est prévue la possibilité d'effectuer une « copie de sécurité » à fins de sauvegarde¹¹⁷⁰.

➤ **En faveur d'un renforcement de la copie privée**

Divers auteurs ont plaidé en faveur d'un renforcement de la copie privée, ou, dans le domaine du *copyright*, du « *fair use* » (« utilisation équitable »)¹¹⁷¹, dans le souci de ménager les intérêts en présence. Les propositions vont souvent dans le sens d'un usage « libre » de l'œuvre – autrement dit ne nécessitant pas l'autorisation de l'auteur – à la fin de la durée de protection, contre rémunération. Ce compromis permet à l'auteur de continuer de vivre de son œuvre tout en réduisant pour le public les contraintes auxquelles l'accès est d'ordinaire soumis. C'est la solution retenue par le *Copyright Act* anglais de 1911. S'inspirant de la *Lettre sur la propriété artistique et littéraire* d'Alfred de Vigny et des propositions de Victor Hugo lors du Congrès littéraire international de 1878, Jean Zay a proposé à son tour la mise en place d'un tel système. Le projet limite la durée monopolistique de protection à 10 ans p. m. a., et prévoit de la faire suivre d'une période de 40 ans durant laquelle l'exploitation des œuvres serait soumise au seul paiement d'une redevance équitable qui ne serait pas inférieure au 10% du produit brut de l'exploitation¹¹⁷². Après Jean Zay, Justin Hughes propose d'étendre le « *fair use* » sur la fin de la période de protection du *copyright*¹¹⁷³.

S'appuyant sur l'analyse économique du droit d'auteur, Marcel Boyer propose de son côté d'interpréter de manière extensive (« permissive ») « l'utilisation équitable » dans

¹¹⁷⁰ En droit suisse : art. 24 al. 2 LDA ; art. 19 al. 4 LDA (RS 231.1).

¹¹⁷¹ Pour prendre un raccourci, le « *fair use* » est au *copyright* ce que la copie privée est au droit d'auteur. Les deux notions se distinguent toutefois sur plusieurs points ; voir notamment : Olivier DE WULF, *Le « Fair use » et les exceptions au droit d'auteur : aspects de droit comparé*, mémoire DEA, Université Paris II, Institut de droit comparé, 2002-2003, http://www.droit.tic.com/pdf/fair_use.pdf ; Françoise BENHAMOU, Joëlle FARCHY, *Droit d'Auteur et Copyright*, op. cit.

¹¹⁷² Jean ZAY, *Projet de loi sur le droit d'auteur et le contrat d'édition*, op. cit.

¹¹⁷³ Justin HUGHES, *Fair Use Across Time* [a], dans *Ucla Law Review*, vol. 50 (février 2003), pp. 775-800.

les cas où il n'existe pas de marchés efficaces, « susceptibles de permettre aux auteurs et aux utilisateurs de réaliser économiquement et librement des échanges en matière de droit d'auteur »¹¹⁷⁴. Cette proposition rejoint les dispositions prévoyant la possibilité de copier intégralement les œuvres littéraires lorsque celles-ci ne sont plus disponibles sur le marché de première main¹¹⁷⁵.

➤ **La copie privée menacée**

Mais la pratique de la copie privée est aujourd'hui menacée par les mesures techniques prises par les ayants-droit, qui empêchent en particulier la copie des œuvres, sous quelque forme que ce soit, même lorsque l'exemplaire a été acquis légalement.

La protection que le droit français – contrairement au droit suisse – accorde aux systèmes techniques de copie empêche dans les faits l'exercice non pas d'une exception, mais bel et bien d'une limite au droit d'auteur ; c'est en cela que le principe de la protection accordée par le législateur français est inconsidérée, car elle protège un acte qui, par définition, excède le cadre de la protection accordée, et tend à confondre à la légère droit d'auteur et *copyright*. La chose est profondément choquante.

➤ **Nature de la copie privée**

L'importance pratique de la copie privée dépend de sa nature juridique ; d'elle dépend la possibilité pour l'auteur de restreindre sa portée, la possibilité pour le public de l'invoquer à titre principal dans le cadre d'une procédure judiciaire, ainsi que le caractère restrictif ou non de son interprétation par les juges. Simple exception pour certains, véritable droit pour les autres, l'exercice de la copie privée jouit en fait à l'heure actuelle d'un statut hybride, que l'on peut qualifier de « droit exceptionnel », ou, mieux encore, de *limite* au droit d'auteur.

La copie privée est autorisée par l'article 9 de la Convention de Berne, lequel stipule que des exceptions au droit d'auteur peuvent être prévues par les États signataires, pour autant qu'elles soient cantonnées à « certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit ». La notion d'« exploitation normale » restant floue, les ayants-droit, affirmant le caractère d'exception de la copie privée et la nécessité d'en interpréter limitativement le périmètre, profitent de cette imprécision pour réduire d'autant sa portée. Toutefois, la plupart des États ont utilisé la possibilité offerte par la Convention, si bien qu'elle a donné naissance en Suisse à l'article 19 LDA, en Europe à l'article 5 § 5 de la Directive 2001/29 du 22 mai 2001, et en France à l'article L. 122-5 CPI, touché par le controversé DADVSI. Ce droit n'est toutefois pas imposé par la Convention de Berne, et la France, sous l'influence des

¹¹⁷⁴ Marcel BOYER, *L'Économie du droit d'auteur et de l'utilisation équitable* [a], Centre interuniversitaire de recherche en analyse des organisations (CIRANO), Les Cahiers de la série scientifique, décembre 2007, <http://www.cirano.qc.ca/pdf/publication/2007s-31.pdf>.

¹¹⁷⁵ En droit suisse : art. 19 al. 3 let. a LDA (RS 231.1) *a contrario*.

pressions exercées par les éditeurs, dont les moyens financiers sont très supérieurs à ceux des utilisateurs, s'achemine vers sa négation pure et simple¹¹⁷⁶.

La Cour de Cassation française, dans une décision du 27 novembre 2008¹¹⁷⁷, a précisé qu'il ne s'agissait pas d'un *droit* à ses yeux, mais d'une *exception* légale, ce qui l'empêche d'être invoquée à l'appui d'une demande principale. Ce n'est pas la première décision rendue dans ce sens en France ces dernières années, si bien qu'Olivier Pignatari n'hésite pas à affirmer que « La qualification de la copie privée en termes d'exception semble désormais admise par la jurisprudence », avant de préciser que sa réception reste toutefois contrastée¹¹⁷⁸. Bien que certains doctrinaires, et non des moindres, interprètent la copie privée comme un droit¹¹⁷⁹, la doctrine majoritaire française semble en effet lui dénier ce statut¹¹⁸⁰. Il faut dire que, tant la Convention de Berne que l'art. L. 122-5 CPI rangent la copie privée parmi les exceptions. Mais l'interprétation systématique n'est pas seule en cause dans cette analyse de la doctrine majoritaire. Elle se fonde avant tout sur le caractère personnaliste du droit d'auteur, qui justifie la protection octroyée par le rapport particulier unissant l'auteur à son œuvre¹¹⁸¹. La prise en compte des intérêts du public, propre à la thèse utilitariste qu'on lui oppose traditionnellement, ne serait donc pas le fait du droit d'auteur, et Pierre Sirinelli va jusqu'à affirmer que « Toute l'histoire du droit d'auteur français plaide dans le sens du rejet d'une analyse en droit de l'utilisateur »¹¹⁸².

Un autre motif tient au fait qu'« investir le public d'un tel droit aboutirait à une situation concurrentielle entre titulaires de droits, limitant du même coup le caractère exclusif des prérogatives reconnues à l'auteur »¹¹⁸³. C'est pourtant bien une approche

¹¹⁷⁶ Jacques LARRIEU, *Le téléchargement au Paradis ? À propos de l'arrêt de la cour de Montpellier du 10 mars 2005* [a], du 21.03.2005, <http://www.juriscom.net>, p. 3.

¹¹⁷⁷ Cass., 1^{ère} ch. civile, 27.11.2008, UFC-Que Choisir c/ FNAC et Warner, dans RLDI n°45 (janvier 2009), n°1480. Cet arrêt confirme les conclusions de l'affaire « Mulholland Drive » (CA Paris, 4^{ème} ch., sect. A, 04.04.2007, n°06/07 506, Stéphane Perquin et UFC Que Choisir c/ Films Alain Sarde et Universal Pictures vidéo France, confirmé par Cass., 1^{ère} Ch. civ., 19.06.2008) et celles de l'album « Testify » (sur CD) de Phil Collins (CA Paris, 4^{ème} ch., sect. A, 20.06.2007, FNAC Paris c/ UFC Que Choisir).

¹¹⁷⁸ Olivier PIGNATARI, *La Cour de cassation récidive...* [a], dans RLDI n°46 (février 2009), pp. 10-13, p. 11.

¹¹⁷⁹ Notamment Michel VIVANT, Gilles VERCKEN, *Copies privées et mesures techniques : un équilibre encore à trouver* [a], dans Légipresse n°227 (2005, III), pp. 233 ss, p. 238 ; Pierre-Yves GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, Presses Universitaires de France, coll. Droit fondamental, Paris 2007 [1991], p. 390.

¹¹⁸⁰ Notamment Séverine DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique – Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Larcier, coll. Création Information Communication, Bruxelles 2005, n°621, p. 481 ; Philippe GAUDRAT, *Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la « société de l'information »* [a], dans RTD Com., n°2 (avril-juin 2003), pp. 285-301 (1^{ère} partie) et n°3 (juillet-septembre 2003), pp. 503-520 (2^{ème} partie) ; Philippe GAUDRAT, Frédéric SARDAIN, *De la copie privée (et du cercle de famille) ou les limites au droit d'auteur* [a], dans Communication, Commerce électronique, novembre 2005, Études 37, pp. 6 ss, pp. 8-9 ; Pierre SIRINELLI, *La Reconnaissance d'une garantie d'exception de copie privée* [a], dans RLDI, suppl. n°20 (2006).

¹¹⁸¹ Voir ci-dessous, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), chap. « Le fondement de la protection », pp. 475 ss.

¹¹⁸² Pierre SIRINELLI, *La Reconnaissance d'une garantie d'exception de copie privée* [a], op. cit., p. 21.

¹¹⁸³ Olivier PIGNATARI, *La Cour de cassation récidive...* [a], op. cit., p. 11.

similaire qui est entérinée avec la question de l'épuisement des droits, sans qu'elle soit contestée. Quant à la doctrine suisse, c'est sans surprise qu'elle voit dans la copie privée une exception, et pour les mêmes motifs que la doctrine française, dans la mesure où l'article 19 LDA range la copie privée parmi les « restrictions » au droit d'auteur¹¹⁸⁴.

La rédaction de l'article L. 122-5, 2° du Code de la propriété intellectuelle français (CPI) semble pourtant prêter à confusion : en vertu de cette disposition, l'auteur en effet « ne peut interdire les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste »¹¹⁸⁵. En droit suisse, l'art. 19 al. 1 LDA (« Utilisation de l'œuvre à des fins privées ») stipule :

« L'usage privé d'une œuvre est *autorisé*. Par usage privé, on entend :

a. toute utilisation à des fins personnelles [...] »¹¹⁸⁶

Interdiction apparente faite à l'auteur de faire obstacle à la copie privée, *autorisation* directe donnée à l'utilisateur d'opérer une copie privée : la copie privée, bien qu'elle ne s'assimile pas à un véritable « droit à la copie privée », semble bien davantage qu'une simple tolérance lorsqu'elle est accordée par les États signataires de la Convention de Berne : d'où son caractère de « droit exceptionnel », expression qui rappelle son caractère d'exception, tout en rappelant son caractère contraignant¹¹⁸⁷. Mais les hésitations de la doctrine à propos du statut de la copie privée s'appuient sur davantage qu'une simple maladresse dans la formulation de la loi. Malgré le rejet d'une interprétation de la copie privée en tant que droit, Olivier Pignatari hésite à raisonner en termes d'exception. C'est que ne comptent comme telles, au sens strict du terme, que les entorses au principe de la protection, qui, en l'occurrence, porte sur la *divulgaration* et l'*exploitation* de l'œuvre, et pas sur la *copie* en tant que telle¹¹⁸⁸. La copie à usage privé n'entraînant par définition pas de communication de l'œuvre, elle n'entre tout simplement pas dans le champ du droit d'auteur ; qualifier la copie privée d'exception, c'est faire du droit d'auteur un *copyright*, ce qui est assez étonnant de la part de doctrinaires qui en appellent à la grande tradition du droit d'auteur. Dans un autre article, Olivier Pignatari s'oppose ainsi pour les mêmes raisons à l'assimilation du téléchargement – acte de *copie* essentiellement technique – à l'acte juridique de *reproduction*, qui, en tant que modalité de la représentation, constitue le principe de la protection du droit d'auteur. Ne vaut reproduction au sens du droit d'auteur que la

¹¹⁸⁴ François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit. ; Denis BARRELET, Willi EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur*, Staempfli, Berne 2000, pp. 70 ss, ad. art. 19 LDA.

¹¹⁸⁵ Art. L. 122-5, 2° CPI ; c'est moi qui souligne.

¹¹⁸⁶ Art. 19 LDA (RS 231.1) ; c'est moi qui souligne.

¹¹⁸⁷ Jacques LARRIEU, *Le téléchargement au Paradis ? À propos de l'arrêt de la cour de Montpellier du 10 mars 2005* [a], op. cit., p. 3 ; Pierre-Yves GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 192 (éd. 2004) ; Xavier LINANT DE BELLEFONDS, *Droits d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Paris 2004 [2002], p. 580.

¹¹⁸⁸ Olivier PIGNATARI, *La Cour de cassation récidive...* [a], op. cit., pp. 11-12.

fixation sur un support dans le cadre d'un usage collectif, ce qui est pour le moins contestable s'agissant de la copie *privée*¹¹⁸⁹. C'est pourquoi Pierre-Yves Gautier comme Olivier Pignatari et Marcel Boyer¹¹⁹⁰ préfèrent parler de « *limites* », plutôt que d'« *exceptions* » : l'*exception* donne l'image d'un principe cernant de toutes parts quelques îlots épars, là où le terme de *limites* inverse les rapports. Il demeure qu'« *exceptions* » ou « *limites* », les retombées concrètes ne sont guère différentes pour l'utilisateur, et celui-ci ne pourra pas revendiquer la violation de la copie privée en demande principale ; tout au plus pourra-t-il l'opposer en défense. Espoir bien théorique : en France, la protection des systèmes anti-copie (DRM) introduite par le DADVSI est tel que le seul fait d'avoir pu accéder à une œuvre par contournement des mécanismes techniques mis en œuvre fonde la culpabilité de l'utilisateur et rend vaine toute tentative de défense fondée sur la copie privée.

Si nous revenons à présent sur les motifs développés par les partisans du rejet de l'exception, nous nous apercevons que le principe personnaliste ne s'oppose aucunement à la défense d'intérêts généraux, comme nous l'avons vu à propos de la durée de protection¹¹⁹¹ ; il n'y a rien de plus conforme à la tradition des Lumières que le souci de l'instruction et de l'accès au savoir pour tous¹¹⁹², ou encore – au moins quant au principe – celui d'assurer « la liberté d'inspiration et d'interprétation » aux autres auteurs afin de leur permettre d'élaborer leur propre création¹¹⁹³. De même, Antoine Gitton nous rappelle très finement que le droit moral est aussi institué en faveur du public, dans la mesure où

« le droit d'accès du public exige des œuvres authentiques, de valeur, de "race" : la dénaturation des œuvres ne rend pas au public la créance culturelle qui est la sienne. [...] D'où la nécessité de protéger [...] les droits moraux des auteurs : non seulement pour leur ego, mais aussi et surtout parce que c'est la seule garantie, pour le public, d'une création artistique de qualité. »¹¹⁹⁴

Or une exception, par définition, est une entorse au principe de la protection. Instituer la copie privée en exception, c'est méconnaître que le caractère *exclusif* de la propriété n'a rien à voir avec la tradition des Lumières, qui se trouve sans conteste à l'origine du

¹¹⁸⁹ Olivier PIGNATARI, *Téléchargement illicite d'œuvres musicales : l'articulation – toujours – délicate avec les données personnelles et le rejet persistant de la copie privée* [a], dans RLDI, n°60 (mai 2010), pp. 14-18, p. 17, « Les points de désapprobation de la décision ».

¹¹⁹⁰ Pierre-Yves GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit. ; Olivier PIGNATARI, *Téléchargement illicite d'œuvres musicales : l'articulation – toujours – délicate avec les données personnelles et le rejet persistant de la copie privée* [a], op. cit. ; Marcel BOYER, *L'Économie du droit d'auteur et de l'utilisation équitable* [a], op. cit.

¹¹⁹¹ Voir ci-dessus, chap. « Autour de la durée – Arguments relatifs à l'intérêt du public », pp. 337 ss.

¹¹⁹² Stéphanie CARRE, *L'Intérêt du public en droit d'auteur* [r], op. cit., vol. 2, n°600 ss, pp. 461 ss ; n°605-607, pp. 466-468.

¹¹⁹³ *Ibid.*, vol. 2, n°602, p. 463.

¹¹⁹⁴ Antoine GITTON, *La Protection de l'environnement intellectuel*, cours de droit littéraire et artistique, 2003-2007, www.gitton.net/Cours/ExtraitCours1.pdf, p. 7.

droit d'auteur¹¹⁹⁵, et ne peut dès lors constituer le principe de la protection. L'assimilation du personnalisme à la revendication d'une exclusivité radicale en faveur de l'auteur ignore que la liberté individuelle est protégée par les Lumières dans un contexte mental très différent de celui du libéralisme capitaliste : elle figure comme une garantie de dignité et non comme l'octroi d'un pouvoir, et cette protection est octroyée à chaque citoyen non pas contre tous les autres comme le poserait Thomas Hobbes, mais contre le pouvoir d'un seul, à savoir la figure du tyran.

Cette approche de la doctrine majoritaire fait surtout fi d'un autre point capital : le droit d'auteur, dès sa reconnaissance en tant que droit positif sous la Révolution, est conçu lui-même comme une *exception* au principe fondamental de la liberté du commerce et de l'industrie, à celui de la libre circulation des biens et services ou à celui du droit à l'information. Antoine Gitton confirme cette approche avec clarté :

« L'accès aux œuvres de l'esprit est une liberté publique : c'est le principe.

La liberté publique d'accès aux œuvres est limitée, par les droits moraux et patrimoniaux des créateurs : c'est l'exception.

« Cette exception comporte elle-même des exceptions (et l'on revient au principe, celui de la vocation des œuvres de l'esprit au public) : copie privée, représentation familiale, courte citation, pastiche et caricature, discours publics, revues de presse, catalogue d'œuvres d'art, prêt, bibliothèques publiques... »¹¹⁹⁶

Et Antoine Gitton de rappeler que la Déclaration du 26 août 1789, fidèle en l'esprit des Lumières, pose la « communication des pensées et des opinions » comme « 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 ». Pour Le Chapelier notamment, le domaine public et la libre circulation constituent bien le principe, face auquel le droit d'auteur fait bien figure d'une exception concédée au nom d'une forme de « contrat social »¹¹⁹⁷, de sorte que les exceptions au droit d'auteur apparaissent en bonne logique comme des « exceptions à l'exception », autrement dit comme des *enclaves du régime ordinaire*. Il paraît dès lors difficile de voir en elles autre chose que des *droits*. Ainsi le *droit* à la copie privée s'avère l'expression du principe de la libre circulation des idées, cher aux Lumières. C'est en ce sens que le statut de « limite » s'avère particulièrement fécond : en ce qu'il aide à penser ce renversement de perspective. À lire Pierre-Yves Gautier, cette approche reconnaissant le statut d'un droit à une exception formelle¹¹⁹⁸ ne semble pas défier la logique :

¹¹⁹⁵ Pour plus de précisions, voir ci-dessous, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), chap. « Le fondement de la protection – la propriété », pp. 475 ss.

¹¹⁹⁶ Antoine GITTON, *La Protection de l'environnement intellectuel*, op. cit., p. 5.

¹¹⁹⁷ « According to Le Chapelier, the main principle is the public domain, to which authors' rights are an exception. » (Jane C. GINSBURG, *A Tale of two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America* [a], dans *Tulane Law Review*, vol. 64, n°5 (mai 1990), pp. 991-1031, p. 1006.

¹¹⁹⁸ Le droit d'auteur d'auteur a beau se penser comme une exception au régime ordinaire, il ne peut être défini et protégé par une loi que sous forme d'un droit positif, ce qui donne à ses propres exceptions le nécessaire statut d'une exception formelle.

« L'exception à un droit exclusif peut fort bien reposer sur un droit, voire une liberté »¹¹⁹⁹.

Enfin, on peut penser qu'à l'époque où la Convention de Berne a rédigé le statut d'exception suffisait à assurer aux utilisateurs le respect de la copie privée au sein des pays dont le droit national la reconnaissait. Il n'existait en effet à l'époque aucun moyen technique à disposition de l'auteur pour en empêcher l'exercice, comme le peuvent à l'ère du tout numérique les DRM et autres mesures de protection anti-copie. Faut-il rappeler que Victor Hugo, instigateur de cette fameuse convention, était très attaché à la défense du domaine public, intérêt collectif s'il en est ?

➤ **Motifs justifiant l'autorisation de la copie privée**

Un autre point d'achoppement, lié au précédent, porte sur le motif à l'origine de la reconnaissance de la copie privée. Contrairement à ce qu'ont tenté à plusieurs reprises de faire accroire les éditeurs, en France notamment (Bernard Grasset en tête à l'époque), le droit à la copie n'a pas été justifié à ses débuts par le fait que les procédés de reproduction nécessitaient à l'époque un travail matériel considérable pour le copiste, ou parce qu'ils induisaient un caractère limité et imparfait de la copie, aboutissant à un résultat incapable de se substituer à l'original ; il n'est dès lors pas nécessaire que les copies privées soient de qualité dégradée, autrement dit d'une qualité inférieure à l'original, pour pouvoir bénéficier de la protection accordée par le code¹²⁰⁰. Un changement d'équilibre ne se justifie pas non plus en raison d'une amélioration des procédés de reproduction.

Il faut plutôt chercher le motif de la reconnaissance de la copie privée dans le souci d'un équilibre entre les intérêts jugés contradictoires des parties, le monopole de l'auteur étant concédé en l'échange d'avantages accordés à la collectivité allant dans le but général poursuivi : l'incitation à la création. Ces avantages devaient garantir les conditions de la recherche et de la culture personnelle, favoriser l'assimilation de la connaissance et la vitalité de la tradition, et, en facilitant l'accès à l'œuvre, permettre de s'inspirer des œuvres d'autrui pour créer ses propres œuvres originales. Dans cette logique, ils devraient être actuellement étendus – nouvelles technologies obligent – aux procédés assurant une certaine souplesse d'accès et d'utilisation. La tendance actuelle se situe à l'extrême opposé.

La copie privée est pourtant essentielle dans la constitution d'un équilibre au sein du droit d'auteur en ce qu'elle autorise une forme d'appropriation de l'œuvre par le public, en travaillant par exemple sur une copie effectuée à cet effet afin de préserver l'exemplaire acquis. Elle permet également, dans un sens plus technique, de transcrire une œuvre dans différents formats sans avoir à en racheter un exemplaire ; ainsi de celui qui copie un film depuis une cassette VHS légalement acquise sur un DVD pour

¹¹⁹⁹ Pierre-Yves GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., n°338, p. 390 (éd. 2007), cité par Olivier PIGNATARI, *La Cour de cassation récidive...* [a], op. cit., p. 11, note 13.

¹²⁰⁰ Voir par exemple TGI Paris, 28 janvier 1974 (Entreprise Moderne d'Éditions c./ CNRS).

pouvoir la lire sur son nouveau lecteur. Elle prévient également, sous forme d'une copie de sauvegarde, l'endommagement par l'usure du support de l'œuvre. C'est enfin la copie privée qui justifiait un temps le partage d'œuvres sur l'Internet par la technique du « pair à pair », certains allant jusqu'à justifier par elle la diffusion d'exemplaires acquis illégalement. En Suisse, on applique – pour un temps qui est compté¹²⁰¹ – un raisonnement similaire à celui développé par la décision de la Cour d'Appel de Montpellier¹²⁰², alors qu'en France le DADVSI du 1^{er} août 2006 a depuis rendu illégal le téléchargement « pair-à-pair » de fichiers d'œuvres protégées.

L'autorisation de la copie privée est principalement justifiée par quatre considérations. Les trois dernières relèvent de l'évolution des technologies numériques, deux d'entre elles n'étant pas expressément prises en compte par la loi :

1. La facilitation de l'assimilation de l'information, ou de son archivage, argument classique justifiant la copie dite de travail ou de confort, ou la copie d'archive ; l'utilisateur peut ainsi marquer la copie, l'annoter, autrement dit la travailler tout en gardant la possibilité de revenir à l'exemplaire de référence.
2. En ce qui concerne les logiciels, une copie de sauvegarde est autorisée afin de prévenir l'utilisateur des dangers d'une destruction intempestive du contenu, qui l'obligerait à acquérir à nouveau le produit ; cette copie l'assure de plus, en cas de destruction ou de corruption de la copie utilisée, de pouvoir continuer à l'utiliser nonobstant son indisponibilité sur le marché, dans un contexte où le passage à une version logicielle plus récente peut, de fil en aiguille, entraîner la nécessité d'acquérir les mises à jour d'autres logiciels composant l'environnement, voire d'acquérir une autre machine.

On remarquera que copie de travail et d'archive revêtent deux aspects complémentaires du même office, l'original servant d'archive en cas de réalisation d'une copie de travail, ou d'exemplaire de travail en cas de réalisation d'une copie d'archive.

3. Permettre une utilisation cohérente de l'œuvre, dans le contexte numérique actuel qui voit le nombre de supports et de formats se multiplier ; « une

¹²⁰¹ Voir ci-dessous, p. 457, les remarques à propos du postulat de la députée socialiste suisse Géraldine Savary.

¹²⁰² CA Montpellier, 10 mars 2005 ; L'approche de Suissimage (coopérative pour les droits d'auteurs d'œuvres audiovisuelles) est la suivante : « *Bien que l'on entende souvent parler de "téléchargement illégal", il est permis de télécharger de la musique ou un film depuis Internet pour son usage privé. Le téléchargement est illégal uniquement si l'on propose au public (gratuitement ou contre paiement) les films ainsi téléchargés ou si l'on veut, d'une manière ou d'une autre, en faire commerce. Qu'il s'agisse donc de téléchargement à partir d'Internet ou de copie de CD ou de DVD, la situation est la même : de telles copies pour l'usage privé sont autorisées (art. 19 al. 1 let. a LDA)* » (SUISSIMAGE, *Onze questions-réponses concernant le droit d'auteur et l'usage privé*, http://www.suissimage.ch/index.php?id=faq_privatgebrauch&L=1#faq_6fdb0662fd6384427e0208ebd134a7c9). Ironie de la vie, alors qu'elle choquait Géraldine Savary, cette position a été saluée pour son pragmatisme par la Section numérique du PS français (SECTION NUMERIQUE DU PS FRANÇAIS, *Pragmatisme en Suisse et au Canada* [a], 06.12.2007, <http://lasectionnumeriquedups.net/pragmatisme-en-suisse-et-au-Canada>).

interdiction formelle entraverait sérieusement la liberté de l'utilisateur »¹²⁰³. Il s'agit par exemple de pouvoir copier une œuvre d'un format ou d'un type de support à l'autre, pour assurer la compatibilité avec ses propres lecteurs.

4. la copie privée permet également, à l'ère du tout numérique, d'assurer à chacun un minimum d'autonomie personnelle, ce qui est particulièrement important lorsque l'œuvre est transmise sans support matériel, comme c'est le cas en matière de téléchargement ; la possibilité de télécharger l'œuvre – opération qui entraîne la copie – permet de l'étudier de manière « nomade » et facilite l'accès à l'œuvre, tout en s'assurant qu'un tiers ne peut pas supprimer cet accès de manière arbitraire. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre les interventions de Lawrence Lessig¹²⁰⁴, même s'il oriente sa démarche en fonction de l'échange afin de permettre le « deuxième degré de l'échange », qui permet d'échanger à son tour l'œuvre découverte grâce à un tiers.

D'autres revendications vont dans ce sens, telles que la possibilité de constituer un ensemble de référence (bibliothèque, audiothèque, vidéothèque personnelles) dans un monde où les fournisseurs de contenu sont pléthore. Elles rejoignent l'un des plus anciens fondements de la copie privée, celui exercé par les moines, effectuant une « copie privée » des manuscrits qui leur étaient remis pour pouvoir en garder un exemplaire au sein de leur abbaye. Ce besoin essentiel de tout chercheur et de toute personne désireuse d'entamer une réflexion personnelle est nié par les techniques visant à empêcher le téléchargement.

Enfin, bien que tel ne soit pas le but premier de la copie privée, elle va néanmoins dans le sens d'une meilleure diffusion de l'œuvre, à travers la facilitation de son accès. Or, si l'on considère les besoins réels de l'auteur avant celui des exploitants, la copie privée, comme les autres limites et exceptions au droit d'auteur, sert autant l'artiste que le public, dès lors que la nécessité première d'un artiste, avant même de pouvoir vivre de son œuvre – et même dans cette optique – est d'exister face à son public :

« Avant même de penser être rémunéré, le créateur souhaite donc être publié, diffusé et reconnu, c'est à dire dans le respect de l'intégrité de son œuvre »¹²⁰⁵.

En conclusion, les motifs justifiant la copie privée montrent que la facilité accrue de duplication des œuvres apportée par les nouvelles techniques numériques n'entraîne aucunement le droit pour les majorats d'être entendus dans leur velléité de renforcer la protection du droit d'auteur ou de limiter de quelque manière que ce soit l'exercice de

¹²⁰³ Jennifer VEERAPEN, *La mise en place officielle de l'Autorité de régulation des mesures techniques (ARMT)* [a], <http://www.legalbiznext.com/droit/La-mise-en-place-officielle-de-l-1153>, chap. « La garantie de l'exception de copie privée ».

¹²⁰⁴ Lawrence LESSIG, *The Ethics of Web 2.0* [a], op. cit. ; le titre de l'article de Lawrence Lessig, qui fait référence à l'éthique, montre bien que l'autonomie et l'échange sont ses soucis principaux, même si on peut lui reprocher d'avoir trop justifié son approche par un motif économique afin d'attirer les bonnes grâces des dirigeants d'entreprise sur son modèle (Jeremy GEELAN, *Lessig vs. Carr* [a], op. cit.).

¹²⁰⁵ Antoine GITTON, *Proposition*, op. cit.

la copie privée, celle-ci émergeant au périmètre de protection accordé traditionnellement aux auteurs et aux exploitants.

□ *L'épuisement des droits*

La théorie américaine de la première vente, qui a inspiré la doctrine allemande de l'épuisement des droits, limite elle aussi l'exclusivité de l'auteur au profit de l'intérêt public¹²⁰⁶. C'est du reste l'avis de nombreux doctrinaires¹²⁰⁷. Ce principe veut que les droits patrimoniaux s'épuisent dès la première vente, de sorte que l'acheteur d'un livre peut le donner, le prêter ou le revendre à un tiers sans avoir à requérir l'autorisation de l'auteur. Il en est de même pour l'acquéreur d'un tableau, le droit de suite du peintre ayant été supprimé¹²⁰⁸. La théorie de l'épuisement des droits trouve appui dans plusieurs droits nationaux¹²⁰⁹.

Or à l'ère numérique, cette limite aux droits d'auteur s'est grandement lézardée : l'acquéreur d'une œuvre sous forme numérique se voit interdire de la copier si elle est protégée par un système anti-copie – ne fût-ce que pour la lire sur les divers lecteurs dont il dispose. Il ne peut pas davantage la modifier pour son usage personnel si le système de lecture agréé ne le prévoit pas, ni ne peut en transmettre l'usage à un tiers, même par voie d'héritage – certaines conditions de « vente » l'interdisant. La location des logiciels nécessite de par la loi l'autorisation – payante – des ayants-droit, alors que celle des œuvres multimédia est interdite par contrat, les magasins les proposant à la location devant les acquérir à des prix de l'ordre de dix fois plus élevés que les particuliers. De même, l'acquéreur d'une licence d'utilisation de logiciel ne peut pas l'installer sur une autre machine que la sienne, même après l'avoir désinstallé. Cela revient à l'empêcher de transmettre avec ou sans but lucratif sa licence à un tiers. L'acquéreur d'une copie de film ne peut même pas en principe la prêter puisque son usage est limité au cercle familial. Le droit de regard des ayants-droit sur l'utilisation de l'œuvre postérieur à son acquisition est donc beaucoup plus invasif qu'une simple interdiction de transaction commerciale.

□ *Autour du domaine public – en quête d'un fondement positif*

Comme nous venons de le voir, l'équilibre *optimal* poursuivi par l'économie du droit entre les intérêts *antagonistes* de l'auteur et du public semble mis à mal par l'évolution

¹²⁰⁶ Stéphanie CARRE, *L'Intérêt du public en droit d'auteur* [r], op. cit., vol. 2, n°595, p. 458.

¹²⁰⁷ Notamment Brigitte CASTELL, *L'Épuisement du droit intellectuel en droits allemand, français et communautaire*, Presses Universitaires de France, Paris 1989 ; Valérie-Laure BENABOU, *France : les exceptions au droit d'auteur en dehors du droit d'auteur* [r], dans *Les Frontières du droit d'auteur, Actes des journées d'études de Cambridge, A.L.A.I.*, 14-17.09.1998, Australian Copyright Council, Cambridge 1999, pp. 252 ss, p. 252, cités par Stéphanie CARRE, *L'Intérêt du public en droit d'auteur* [r], op. cit., vol. 2, n°595, p. 458, note 3.

¹²⁰⁸ Le droit de suite permettait à l'auteur de revendiquer une part de la plus-value de ses œuvres en cas de revente de celles-ci par leurs propriétaires successifs – autre avantage totalement injustifié et propre à désavouer le droit d'auteur dans son ensemble.

¹²⁰⁹ Notamment, en droit suisse : art. 12 LDA (RS 311.1) ; en droit français : art. xxx CPI.

des trois leviers que sont la durée de la protection, l'exercice de la copie privée et l'épuisement des droits en faveur des seuls titulaires de droits. Cette évolution montre assez qu'un tel équilibre ne peut se trouver qu'à la condition de dégager un fondement positif puissant en faveur du domaine public, et de percevoir le caractère profondément convergent entre les intérêts du public et les prérogatives accordées à l'auteur. Il semble toutefois que cette démarche excède les limites que se donne actuellement l'économie du droit, peu ouverte à d'autres valeurs que celles du capitalisme. C'est en direction des économies de la gratuité qu'il semble falloir chercher ce fondement du droit public et cette convergence, seules à même d'abolir le « désencastrement » typiquement capitaliste de l'économie par rapport à la société civile : la prise en compte sérieuse du domaine public ne peut se faire sans rendre à la société civile sa prééminence sur l'économie, censée servir ses intérêts.

Or le domaine public n'est pas conçu de manière autonome en droit de la propriété intellectuelle : fait hautement significatif, l'expression « domaine public » n'apparaît pas une fois dans la LDA, ce qui montre à quel point sa défense dans la perspective de la défense de l'intérêt général est totalement perdue de vue de nos jours par le législateur. La notion de « domaine public » n'acquiert une valeur positive et défensive qu'en droit public ; il est donc essentiel de développer une approche similaire en propriété intellectuelle. Mais avant d'aborder la question du fondement positif du domaine public, il convient de répondre aux critiques de Garrett Hardin, qui voit dans l'existence de biens communs une véritable « tragédie ».

➤ **Garrett Hardin et la critique des biens communs**

La critique des biens communs développée en 1968 par Garrett Hardin dans son célèbre article *La Tragédie des communs* entendait répondre à *La Grande Transformation* de Karl Polanyi. Appliquant le modèle du « passager clandestin », Garrett Hardin établit que les biens communs, face à la démographie croissante ou à la quête du profit individuel, ne peuvent que s'épuiser par absence d'une gestion soucieuse de leur pérennité : exploités par chacun en fonction de ses intérêts personnels immédiats, les biens communs ne seraient sous la responsabilité de personne ; seule une administration dirigée ou leur privatisation serait à même d'en assurer la gestion la plus efficace et la plus pérenne possible. L'article de Garrett Hardin, qui n'avouait pas ses *a priori* idéologiques, notamment ceux concernant le caractère essentiellement individualiste et intéressé de l'être humain, connut un immense succès parmi les libéraux et les libertariens¹²¹⁰.

La gestion des communs par une administration telle qu'évoquée par Garrett Hardin s'assimile dans les faits à une privatisation : Philippe Aigrain, à la suite de Beryl

¹²¹⁰ Les libertariens considèrent que la gestion étatique ne peut se justifier que dans les domaines où elle est acceptée à l'unanimité de la collectivité administrée ; ils refusent toute intervention d'une force publique contraignante, et pour eux « le droit fondamental a préséance sur tout autre intérêt » (Ejan MACKAAY, Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, op. cit., p. 11), mais, faut-il le préciser, leur notion des droits fondamentaux s'appuie très clairement sur une position essentiellement individualiste, et donc réductrice de la personne humaine, comme je le montrerai par la suite.

Crowe¹²¹¹, fait en effet remarquer que « si le public au sens large demeure inorganisé, la réglementation et la gestion par des agences publiques n'est qu'une forme sophistiquée et opaque de l'appropriation privée »¹²¹². Il ne resterait donc qu'un seul mode efficace de gestion, l'appropriation privée, lequel a fait l'objet de très vives critiques :

« Garrett Hardin, rejetant l'idée d'une administration possible pour le bien public comme un mythe, conclut au fait que "l'injustice est préférable à la ruine totale", et que le système de l'appropriation privée est le moins mauvais possible parce qu'il garantit au moins un intérêt des propriétaires à l'entretien des biens considérés. Ce dernier point fera l'objet de quelques critiques féroces d'environnementalistes qui purent montrer que l'appropriation privée pouvait anéantir les ressources communes au moins autant que le statut de bien communs »¹²¹³.

On retrouve chez Philippe Simonnot, qui semble attribuer tous les maux économiques aux interventions étatiques, les traits essentiels de la réflexion de Garrett Hardin. Prenant l'exemple du défrichage inconséquent de la forêt amazonienne, que personne ne songe plus à nier, Philippe Simonnot l'impute à l'État brésilien, son propriétaire officiel, et non aux sociétés privées d'exploitation forestière, qui, n'en étant que les concessionnaires, autrement dit les locataires, n'ont pas à se soucier de son renouvellement¹²¹⁴ ; ce faisant, Philippe Simonnot ne songe même pas à aborder la question de la dimension éthique des activités économiques¹²¹⁵. Son raisonnement oublie tout aussi vite que, ce faisant, l'État brésilien, comme tant de puissances publiques, cherche à réduire sa dette selon des méthodes purement capitalistes – la plupart imposées par le FMI – et que c'est l'application des règles de la gestion privée adoptée par les gouvernements actuels, associée à une très étroite connivence entre hommes politiques et milieux industriels – qualifiée par Lawrence Lessig et Philippe Aigrain de « corruption publique »¹²¹⁶ – qui se trouvent à l'origine d'une bonne part de nos problèmes d'aujourd'hui, les États ne se présentant plus comme les contre-pouvoirs du monde économique ou de l'individualisme ambiant... Philippe Simonnot passe aussi comme chat sur braise sur la démonstration qu'apporte cet exemple de la forêt amazonienne en matière d'inefficacité du modèle de la propriété – certes ici publique et non privée – comme gage de gestion cohérente et responsable des actifs sous gestion : jusqu'à preuve du contraire, les seuls à s'être vraiment souciés de cette forêt et à l'avoir gérée avec respect sont les indiens qui vivaient *en communauté* sur son territoire.

¹²¹¹ Beryl CROWE, *The Tragedy of the Commons Revisited* [a], dans *Science Magazine*, vol. 166 (1969), n°3909 (28 novembre 1969), pp. 1103-1107.

¹²¹² Philippe AIGRAIN, *Cause commune*, op. cit., p. 98.

¹²¹³ Philippe AIGRAIN, *Cause commune*, op. cit., p. 96.

¹²¹⁴ Philippe SIMONNOT, *L'Erreur économique*, op. cit., pp. 131-134.

¹²¹⁵ Voir ci-dessus, chap. « Utopies d'une économie auto-référente », pp. 198 ss.

¹²¹⁶ Lawrence LESSIG, *Corruption* [a], op. cit. ; Lawrence LESSIG, *Corruption, Criticism* [a], op. cit. ; Philippe AIGRAIN, *Préparation de la décision politique* [a], op. cit.

C'est à Elinor Ostrom, « Prix Nobel » d'économie 2009, et à Charlotte Hess que revient le mérite d'avoir montré la principale faiblesse des thèses de Garrett Hardin et leur caractère résolument réducteur. Elles montrent dans leur ouvrage majeur¹²¹⁷ que le modèle de Hardin ne correspond absolument pas aux communs tels qu'ils sont gérés collectivement depuis des millénaires. Hardin considère les communs comme s'il s'agissait de simples *ressources* disponibles, alors que tout bien commun suppose une communauté, ce qui en fait avant tout des « *lieux de négociation* gérés par des individus qui communiquent, et parmi lesquels une partie au moins n'est pas guidée par un intérêt immédiat, mais par un sens collectif », davantage même qu'une « forme spécifique de propriété »¹²¹⁸, expression qui entraîne son lot d'ambiguïtés. On retrouve ici le système de *réciprocité* explicité par Dominique Temple.

François Cusin défend de son côté l'idée que dans *l'économie de l'accès*¹²¹⁹, la propriété privée n'est pas le système le plus efficace pour gérer des ressources rares. Prenant pour exemple les modifications de la conception traditionnelle de la propriété foncière au sein des « *Common Intererest Developments* » ou CID américaines, il en montre de fait les limites et les incohérences. Dans ces véritables villes privées réservées à de riches retraités obsédés par l'idée de ne vivre qu'*entre soi*, les valeurs d'exclusion, portées à leur paroxysme et que chacun entend imposer à son voisinage, restreignent puissamment et de façon paradoxale la portée du droit d'usage des propriétaires sur leur propre bien : pour s'assurer de ne pas être importunés par des *indésirables* – entendre par là toute personne étrangère au complexe immobilier –, les habitants de ces véritables camps retranchés se voient ainsi obligés de souscrire au règlement de quartier et doivent de ce fait renoncer à inviter toute personne qui n'en ferait pas partie, fût-ce des membres de leur propre famille. Cet exemple montre bien à quel point, même dans le cadre de la propriété privée capitaliste, le plein usage de la chose s'ancre sur une responsabilité collective : la propriété individualiste et exclusive livrée à elle-même confine au non-sens.

Ainsi est-il probable qu'il faille chercher dans les positions d'un Garrett Hardin ou des libertaristes l'ignorance pour ainsi dire complète de la notion de *responsabilité collective*, pourtant essentielle à la survie de toute société humaine, quelle qu'elle soit¹²²⁰. Ce lien communautaire, dont les effets sont décrits par Elinor Ostrom et Charlotte Hess, a été sévèrement éradiqué sous nos latitudes par l'idéologie libérale, profondément *individualiste*, au point que le capitalisme apparaît de plus en plus comme un système radicalement incapable de prendre en compte autrement que par l'intérêt privé – très inadapté en l'occurrence – la problématique grandissante de la destruction de la planète dont il est pourtant le principal responsable. S'il est vrai,

¹²¹⁷ Elinor OSTROM, Charlotte HESS, *Understanding Knowledge as a Commons*, op. cit.

¹²¹⁸ Hervé LE CROSNIER, *Une bonne nouvelle pour la théorie des Biens Communs*, op. cit., p. 3 ; c'est moi qui souligne.

¹²¹⁹ Faisant référence à Jeremy RIFKIN, *L'Âge de l'Accès*, Pocket, Paris 2002.

¹²²⁰ Voir ci-dessus, chap. « Responsabilité individuelle et responsabilité collective », pp. 208 ss.

comme l'affirment Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, que « nos décisions [économiques] visent à éviter à la fois le gaspillage et le regret »¹²²¹, force est de constater que le capitalisme déploie tous ses efforts pour contrecarrer de telles dispositions. En orchestrant à différents niveaux une obsolescence généralisée des objets qui nous entourent, au risque de la tromperie, voire de l'escroquerie pure et simple, le capitalisme ne nous incite certes pas aux choix économes. Il va même, à l'extrême, jusqu'à organiser le chaos pour arracher aux sociétés démocratiques des pouvoirs qu'elles n'accorderaient jamais aux entreprises transnationales en temps normal¹²²².

La propriété individuelle ne peut s'ancrer que sur le sens d'une responsabilité individuelle. Elle ne peut en aucun cas fonder la collectivité, bien que son respect par les tiers suppose le respect des normes collectives. Cette contradiction entre la nécessité de normes collectives et la titularité individuelle du droit de propriété de droit civil ne peut se résoudre que par l'appel à la responsabilité collective, seule susceptible d'harmoniser les rapports individuels. Les notions statistiques de « majorité » n'ont jamais fondé le collectif, elles n'en sont au mieux que l'expression. Faut-il du reste rappeler que les démocraties, dans l'esprit des Lumières et des pères de la Révolution française, n'ont fait appel à la notion de *majorité* qu'à titre d'expression de l'*unanimité*, à leurs yeux seule expression véritable de la Nation ?¹²²³ C'est aux sources même de la responsabilité collective et dans le rôle actif et structurant de la collectivité comme garante et gestionnaire des biens communs – de la connaissance en particulier – qu'il nous faut chercher le Tiers Inclus qu'appelle la logique transdisciplinaire. C'est ce lien qui manque tant chez les libertariens, qui à tout bien considérer se comportent en parasites sociaux, comptant sur la collectivité – à qui ils récusent le droit d'intervenir sur les grandes questions de la Cité – pour respecter une propriété dont ils entendent rester les principaux bénéficiaires et dont ils ne veulent répondre qu'à titre individuel.

Mais la thèse de Garrett Hardin reste également critiquable sous l'angle même du modèle du « passager clandestin », qu'il semble avoir appliqué hors propos : un passager clandestin est en effet une personne qui profite d'un bien disponible sans s'acquitter de devoirs *envers celui qui l'a produit* ou qui le gère. De ce fait, et contrairement à ce que Garrett Hardin supposait, ce modèle ne peut pas s'appliquer aux biens communs, dont la nature est d'être disponibles à tous, et qui, la plupart du temps, n'ont pas été produits et ne sont pas gérés par un individu en particulier¹²²⁴. Il n'est tout simplement pas possible de « profiter » – au sens parasitaire du terme – d'une prestation qui n'est pas le fait d'une personne ou même d'une communauté spécifique.

¹²²¹ Ejan MACKAAY, Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, op. cit., p. 23.

¹²²² Naomi KLEIN, *La stratégie du choc*, op. cit.

¹²²³ xxx (cf. Alain Badou, France culture)

¹²²⁴ Hervé LE CROSNIER, *Une bonne nouvelle pour la théorie des Biens Communs*, op. cit., p. 2.

Certes, si les biens communs « universels » – je pense ici à l'eau des mers, ou à l'atmosphère – ne sont pas produits ou gérés par une communauté particulière, tel ne semble pas être le cas des biens informationnels, et notamment des œuvres proposées par les industries des loisirs. C'est ainsi qu'il nous faut répondre aux arguments de Kenneth Arrow après avoir discuté ceux de Garrett Hardin. Sommes-nous si sûrs, même dans le cas d'une œuvre dont l'auteur semble identifiable, qu'une œuvre soit *exclusivement* créée par un individu ou par un groupe d'individu clairement reconnaissables, au point de leur accorder un monopole *exclusif* sur elle ? Peut-on encore admettre de nos jours qu'un bien informationnel puisse être produit par une personne unique et isolée, à l'instar de la figure démiurgique de l'artiste développée au cours de la période romantique ? Une telle vision a définitivement été écartée par les milieux littéraires, ne fût-ce qu'après Roland Barthes et sa « Mort de l'auteur », si bien qu'il peut paraître étonnant qu'on l'applique encore sans discernement en économie à propos du modèle du « passager clandestin » et de la gestion des biens informationnels. Tout auteur est redevable d'une tradition, d'une culture, et d'influences plus spécifiques, si bien qu'il ne peut en toute honnêteté prétendre être l'unique source de son œuvre. Pour apporter sa pierre à l'édifice, il profite des fondations posées par ses prédécesseurs :

« L'homme seul n'existe pas. Chaque "auteur" n'est en réalité que le terminal temporel d'une longue chaîne de recherche, le résultat d'une évolution consciente, incluant ceux qui le précédèrent et préparèrent son éclosion. Nous l'avons peut-être oublié, mais la réalité de toute œuvre majeure est, en fait, l'aboutissement d'un processus évolutif contenant des agents fécondateurs si discrets qu'ils furent rarement identifiés comme tels. »¹²²⁵

Le même principe s'applique également aux inventions, protégées par le droit des brevets :

« Pour parler rigoureusement, aucun individu ne produit une invention, dans le sens habituel du terme. L'objet que, par convention linguistique, nous appelons une automobile, un téléphone, comme s'il s'agissait d'une entité, est en fait l'agrégat d'un nombre presque infini d'unités individuelles d'inventions, chacune d'entre elles étant la contribution d'une personne singulière. »¹²²⁶

Philippe Quéau – directeur de la division de l'information et de l'informatique de l'UNESCO du temps qu'elle était en charge de la négociation des traités regardant la propriété intellectuelle – part du même constat, tout en notant que les entreprises privées profitent du bien commun de l'humanité qu'est la connaissance, et qu'il serait inconsideré d'orienter les évolutions de la propriété intellectuelle en fonction des intérêts de quelques uns. Il suggère de confier la défense de ce bien commun à certaines organisations internationales :

« La plupart des innovations et des inventions s'appuient sur des idées qui font partie du bien commun de l'humanité. Il est donc anormal de réduire l'accès aux informations et aux

¹²²⁵ Luis ANSA, *Le Quatrième Royaume*, Le Relié poche, coll. Initiations, Gordes (France) 1997, pp. 81-82.

¹²²⁶ Alfred E. KAHN, *Fundamental Deficiencies of the American Patent Law* [a], dans *The American Economic Review*, vol. 30, n°3 (septembre 1940), pp. 475-491, traduit par Pierre-André Mangolte.

connaissances constituant ce bien commun par l'effet d'un droit trop soucieux de protéger des intérêts particuliers.

Garantir la protection d'un "domaine public" mondial de l'information et de la connaissance est un aspect important de la défense de l'intérêt général. Le marché tire d'ailleurs avantage des "biens publics mondiaux" actuellement disponibles, comme les connaissances appartenant au domaine public, ou les informations ou les recherches financées par des fonds publics. Mais il n'entre pas dans ses fonctions de contribuer directement à la promotion et à la défense de ce domaine public. Les organisations internationales, en revanche, seraient bien placées pour ce faire. »¹²²⁷

Dans le même ordre d'idées, l'économie admet un caractère *cumulatif* de l'information, dès lors qu'« une invention ou création est rarement réalisée *ex nihilo* : presque toujours elle se construit à partir de structures ou d'informations déjà connues. Chaque invention peut ainsi devenir le tremplin pour la prochaine. On parle d'innovation de *filiation*. »¹²²⁸ Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau ajoutent un peu plus loin :

« Pour favoriser le cumul de connaissances, il importe de faciliter aux créateurs, pour les créations à venir, l'accès aux créations existantes. Toute augmentation du coût d'accès aux créations existantes tend à réduire l'innovation de filiation ; une monopolisation durable des créations existantes entraverait sérieusement la créativité globale d'une société à long terme. On peut s'attendre à ce que les institutions servant à stimuler la créativité et l'inventivité fassent une place essentielle aux considérations touchant le cumul des connaissances. »¹²²⁹

On peut dès lors difficilement prétendre appliquer aux biens immatériels le modèle du « passager clandestin » sans sérieuses nuances, contrairement à ce que font les majorats pour défendre leurs propres intérêts particuliers.

➤ **Caractère convergent des intérêts de l'auteur et du public**

La doctrine et l'économie du droit opposent en général les prérogatives accordées à l'auteur et les intérêts du public. Stéphanie Carre nous montre tout au long de sa thèse qu'il n'en est rien :

« Si la doctrine ne méconnaît pas l'intérêt du public, elle la restreint le plus souvent à celle de la limitation du monopole dans le temps et tend à présenter, en affirmant que le droit d'auteur protège exclusivement les intérêts de l'auteur, ces intérêts des créateurs et ceux des destinataires de l'œuvre comme irréductiblement opposés. Mais l'étude du contenu du droit d'auteur montre que les prérogatives conférées à l'auteur ont été également définies en regard de l'intérêt public. »¹²³⁰

Stéphanie Carre remarque qu'une conciliation – certes partielle – de ces intérêts soi-disant antagonistes a souvent eu lieu déjà au stade de la détermination du contenu, et pas seulement lors de la définition des limites de la protection accordée. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre l'exclusion des idées ou des œuvres ne répondant pas au critère de l'originalité du périmètre de protection. De même, les limites de la protection

¹²²⁷ Philippe QUEAU, *À qui appartiennent les connaissances ?*, op. cit.

¹²²⁸ Ejan MACKAAY, Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, op. cit., p. 268 ; ce sont les auteurs qui soulignent.

¹²²⁹ *Ibid.*, p. 268.

¹²³⁰ Stéphanie CARRE, *L'Intérêt du public en droit d'auteur* [r], op. cit., vol. 2, n°805, p. 641.

individuelle servent à la fois les intérêts du public et ceux de la communauté des auteurs. Enfin, si la limitation des droits patrimoniaux sert à l'évidence les intérêts du public, la perpétuité du droit moral constitue elle aussi « une garantie de la protection de l'intérêt du public », aussi étrange qu'il puisse paraître¹²³¹. La thèse de Stéphanie Carre se vérifiera du reste à la lumière de l'analyse historique¹²³². Contentons-nous pour l'instant de l'acte de foi d'un acteur incontournable du droit d'auteur français, Victor Hugo :

« Constatons la propriété littéraire, mais *en même temps* fondons le domaine public. [...] Le principe est double, ne l'oublions pas. Le livre, comme livre, appartient à l'auteur, mais comme pensée, il appartient – le mot n'est pas trop vaste – au genre humain. Toutes les intelligences y ont droit. Si l'un des deux droits, le droit de l'écrivain et le droit de l'esprit humain, devait être sacrifié, ce serait certes le droit de l'écrivain, car l'intérêt public est notre préoccupation unique, et tous, je le déclare, doivent passer avant nous. »¹²³³

Bien que le rattachement de chacun des deux droits tel que proposé par l'écrivain prête à discussion, la simultanéité de leur fondation ne laisse aucun doute. On en déduit que les récentes et importantes prolongations de la durée de la protection des droits patrimoniaux, tout comme l'abaissement significatif du critère d'originalité, non seulement ignorent l'équilibre initialement pensé, mais vont à l'encontre de l'esprit du droit d'auteur, puisqu'ils ne servent que les exploitants, soit, en fin de compte, ni les auteurs ni le public ; voilà du reste une autre façon, par l'absurde en quelque sorte, de souligner la communauté d'intérêts pouvant exister entre les auteurs et leur public.

➤ **La grâce comme fondement positif ultime du domaine public**

L'être humain est habité par des désirs infinis que son environnement matériel, par définition limité, ne peut à première vue satisfaire. Il se trouve par ailleurs que l'être humain tire son origine d'une forme de grâce, qui est celle de la vie, reçue sans qu'il en ait fait la demande apparente ou sans qu'un quelconque mérite de sa part la justifie. Ce lien à la vie et son caractère gracieux, il les partage avec tout ce qui existe, et cette source commune fonde son rapport au monde :

« Parmi les multiples formes de gratuité, la plus fondamentale se situe dans l'être, l'existence du monde. La grâce provient de toutes les choses bonnes du monde avec lesquelles s'établit un rapport gratuit, celle de la vie en premier lieu. »¹²³⁴

Je fais ici l'hypothèse que le besoin de gratuité chez l'homme, l'origine gracieuse de sa vie et l'infinitude de ses désirs sont liés, d'un lien de même nature que celui qui réunit tous les êtres entre eux sur la Terre... et avec tout autre être vivant qui pourrait exister. La gratuité, qui nous rappelle à notre origine, peut seule proposer une réponse adaptée à l'infinitude de nos désirs car elle seule, tout en étant ancrée dans le monde matériel, peut s'affranchir symboliquement de sa nécessaire finitude : « rien ne limite le bien

¹²³¹ *Ibid.*, vol. 2, n°805-806, pp. 641-642

¹²³² Voir ci-dessous, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), pp. 381 ss.

¹²³³ Victor Hugo, Congrès littéraire international, discours d'ouverture, 17 juin 1848, cité par Antoine GITTON, *La Copie privée en perspective* [a], op. cit., p. 3 ; c'est moi qui souligne.

¹²³⁴ Damien DE CALLATAÏ, *Le Pouvoir de la gratuité*, op. cit., p. 33.

lorsqu'il est gratuit »¹²³⁵. Plus exactement, le cadeau, par son caractère à la fois *gratuit* et *immérité*, autrement dit *gracieux*, renvoie son bénéficiaire à sa dimension infinie. La grâce a cette particularité qu'elle reconnaît notre dignité, l'empreinte du don qui nous a accueilli dans le monde, et nous y ramène. Ce faisant, elle nous renvoie, à travers la source gracieuse et commune de notre appel à l'existence, à notre responsabilité envers tous les êtres vivants et apaise à sa racine notre solitude radicale. Ce sont ces éléments qui fondent notre « besoin essentiel de gratuité » que le capitalisme nie.

Cette reconnaissance fondamentale du *don* de la vie, attesté par l'expérience, s'oppose catégoriquement à l'approche libertarienne de Murray Rothbard, porte-parole des néolibéraux, qui fonde la liberté sur le droit de propriété privée et, à la suite de John Locke, sur la « propriété que chaque individu a sur lui-même ». Outre, comme il a été dit¹²³⁶, que la notion de « propriété sur son corps » repose sur une confusion entre un rapport ontologique et un rapport de droit, tout en relevant du manichéisme le plus primaire qui soit, Murray Rothbard va plus loin, et prétend que l'on est propriétaire de tout ce que l'on n'a pas volé à un autre humain¹²³⁷. Ce faisant, il confond les notions d'usage et de propriété dès lors qu'il omet de justifier le caractère *exclusif* de la propriété capitaliste appliquée à des biens qui n'ont pas été achetés ou mérités de quelque autre manière. On ne s'étonnera donc pas de découvrir que le capitalisme repose en définitive sur un refus catégorique des limites de notre condition humaine que sont pour Jean-François Malherbe la finitude, la solitude et l'incertitude¹²³⁸, ni qu'il éprouve – dans l'équilibre à trouver en matière de droit d'auteur – une insurmontable difficulté à tenir compte de la grâce particulière que représente l'inspiration pour l'auteur¹²³⁹.

Reconnaître la finitude de notre condition, mais sans oublier son inachèvement, par lequel elle se révèle infinie dans son devenir : tel est l'apparent paradoxe où la grâce nous invite à nous tenir. La grâce, qui peut se définir par la manifestation de la surabondance de l'univers à notre égard, ou encore « ce rapport concret au bien qui s'exprime par le plaisir, la joie et la louange »¹²⁴⁰, se révèle, à suivre cette définition, d'une valeur sans mesure qui fonde notre liberté et la dimension sans doute la plus profonde du domaine public ; n'est-elle pas la *charis* que les Grecs associent à l'harmonie intérieure ?

L'étymologie atteste en outre la complémentarité des notions de liberté et de gratuité d'une part, de gratuité et de grâce d'autre part. L'allemand et l'anglais utilisent ainsi le même terme (« *frei* », respectivement « *free* ») pour exprimer la liberté et les biens

¹²³⁵ *Ibid.*, p. 35.

¹²³⁶ Voir ci-dessus, pp. 191 ss.

¹²³⁷ Murray ROTHBARD, *L'Éthique de la liberté*, Les Belles Lettres, Paris 1991 [1982].

¹²³⁸ Voir notamment Jean-François MALHERBE, *Le Nomade polyglotte*, op. cit., p. 24.

¹²³⁹ Voir ci-dessous, partie 06 (« Les motivations de la création »), pp. 529 ss.

¹²⁴⁰ Damien DE CALLATAÏ, *Le Pouvoir de la gratuité*, op. cit., p. 26.

accessibles sans contrepartie financière ; alors que les tenants du logiciel libre insistent sur la distinction à opérer entre ces deux sens pour faire comprendre que les logiciels libres, quoique sans entraves, peuvent être proposés à la vente, il nous faut ici, plus profondément, insister sur le lien unissant ces deux sens :

« La notion de gratuité prolonge celle de liberté. Ces deux notions traitent de deux mondes différents : notre monde intérieur pour la liberté et le monde extérieur pour la gratuité. Liberté et gratuité ont toutes deux trait à l'absence de contrainte. La liberté détermine la capacité de pouvoir se comporter et agir sans contrainte selon son jugement, sa raison, ses capacités, sa propre volonté. La gratuité détermine la capacité de pouvoir accéder sans contrainte aux choses du monde externe et d'en jouir librement. Elle étend le concept de liberté aux choses du monde externe en permettant des actions dans le monde de son choix, car libre d'accès. [...] Le signe monétaire et le règlement juridique [...] s'inscrivent dans l'ordre du fonctionnel et de l'engagement contractuel alors que la gratuité s'inscrit dans l'ordre de la liberté et des potentialités. Le principe de gratuité est le préalable à un monde commun, à un monde partagé, à des rapports différenciés au monde de son choix. »¹²⁴¹

Sous ce jour, la gratuité, loin d'inciter au gaspillage ainsi que le prétendent les néolibéraux, apparaît comme une liberté. On comprend encore mieux alors le caractère contraignant du marché : à mettre un prix sur tout ce qui nous entoure, le capitalisme, sous prétexte d'efficacité, nous entrave sérieusement. Nous ne nous demandons du reste jamais assez, à propos de « l'efficacité » capitaliste, à qui elle profite en première ligne. Certainement pas aux salariés, quel que soit le pouvoir d'achat auquel leur salaire leur permet d'accéder, puisque le salaire n'ouvre que les portes d'un autre monde clos, défini par les prix. Il n'est point de *liberté* à attendre de son pouvoir d'achat, tout au plus un *pouvoir*, précisément. Encore est-il souvent fictif, dans un système où l'offre conditionne nécessairement la demande. Les conditions de notre liberté, qui règnent sur les rapports originels qui nous lient à la Nature, n'ont rien d'un « gaspillage » et la gratuité, bien davantage que de se définir comme une absence de coût, marque en réalité le caractère inestimable d'un bien :

« L'appropriation privée est en général exclue pour les biens jugés inestimables. Ce n'est pas parce qu'ils n'ont pas de valeur marchande qu'ils ne sont pas appropriables, mais parce que leur valeur marchande, même déterminée par l'offre la plus haute, ne serait pas acceptable socialement. Pourquoi ? Parce que le bien en question ne peut pas devenir la chose privée d'un propriétaire, ce qui permettrait non seulement un usage exclusif, mais également un mésusage intolérable. »¹²⁴²

En d'autres termes, les biens inestimables sont ceux qui nous lient au monde et à son unité vitale, reçue en héritage au jour de notre naissance. C'est cette approche – et elle seule semble-t-il – qui permet de poser les fondements positifs des biens communs, et qui enracine également notre rapport au sacré : le sacré du monde comme celui qui nous habite au plus intime, et qui, faute d'être explicitement reconnu, ôte toute valeur véritable à notre propre existence. Cette réflexion est appuyée par la sagesse des contes, qui nous présentent certes le don d'un trésor par un être féerique comme un « cadeau du ciel », mais assorti d'une condition – souvent négligée : ne jamais oublier

¹²⁴¹ *Ibid.*, pp. 20-21.

¹²⁴² *Ibid.*, p. 142.

son origine gracieuse, et, sans s'oublier soi-même, en faire profiter ceux qui sont dans le besoin. Autrement dit : ne pas se l'approprier de manière exclusive. C'est dans ce sens que Jean-Pascal Debailleul, conteur et thérapeute, commente le conte soufi *Mushkil Gusha* transmis par Idries Shah :

- « Là est le sens précis de cette histoire : derrière les fruits que la Fécondité nous offre, derrière les inspirations qu'elle nous donne en réponse à nos appels, il y a toujours lieu d'être très attentif à percevoir ce qu'elle attend.
- « Très souvent, ses réponses dépassent largement ce qu'on avait demandé. Mais ce n'est jamais pour rien. Il convient d'être vigilant et de les recevoir avec prudence car, dans ses réponses, il y a toujours un projet caché dont elle escompte la réalisation.
- « Que nous puissions participer à un tel projet de la Fécondité peut nous paraître disproportionné voire incompréhensible. Il n'empêche que c'est là que nous sommes attendus et la Fécondité va nous donner tous les moyens pour pouvoir vivre cette participation de manière harmonieuse. Dans cette histoire, si elle donne cette richesse étonnante au bûcheron, elle complète cette charge de la recommandation du témoignage. »¹²⁴³

De manière plus commune, c'est dans cette situation que se retrouve celui qui gagne le gros lot dans les jeux de hasard : or les organisateurs témoignent que leur premier souci est de convaincre le gagnant qu'il a bien *mérité* cette somme et qu'il n'a *pas à la partager* avec les autres : une vision de l'existence en somme aussi capitaliste que sacrilège, reposant sur un modèle individualiste qui se pense en opposition avec l'attitude sacrificielle...

Quant au lien étymologique unissant les termes de gratuité et de grâce, Damien de Callataÿ s'en explique également, en s'appuyant cette fois-ci sur les langues indo-européennes :

- « La grâce est fondée sur la gratuité. La linguistique montre clairement ce rapport entre gratuité et grâce. Construits sur la même racine indo-européenne *gar-* (*g^w ehr-*), les termes latins *gratuitus* et *gratia* se distinguent par leurs suffixes : *-tu-* de *gra-tu-itus* et *-ti-* de *gra-tia*. Le linguiste Benveniste a décrit cette distinction entre ces deux suffixes "qui constituent les membres d'un couple antithétique. Le principe de l'opposition réside en ce que le *-tu-* caractérise toujours la notion comme destination, but, éventualité; mais *-ti-* comme accomplissement effectif." [...] De ce fait on comprend mieux que la grâce est gratuite dans son principe et que la gratuité est gracieuse en son accomplissement. »¹²⁴⁴

La valeur de la grâce, fondée sur sa gratuité et sur le fait que celui qui en bénéficie ne peut en aucune façon l'avoir *méritée*, est une notion qui s'oppose frontalement au système capitaliste, qui, à la suite de John Locke, et de manière très réductrice, ne voit de valeur que dans le résultat du travail humain ; il s'ensuit que la Nature lui apparaît comme une *friche* sans valeur, exploitable et saccageable à merci, là où une vision moins étroite de la réalité permet au contraire de voir en elle une grâce, estimée et respectée en tant que telle, fondant à la fois notre responsabilité humaine à son égard et le lien qui nous unit à elle.

¹²⁴³ Jean-Pascal DEBAILLEUL, *La Synchronicité par les contes – Une ouverture sur l'infini des possibles*, Le Souffle d'or, coll. Champ d'idées, Barret-sur-Méouge (France) 2003, p. 51.

¹²⁴⁴ Damien DE CALLATAÿ, *Le Pouvoir de la gratuité*, op. cit., pp. 24-25.

Rationalité, science et technique

À présent que nous avons étudié les fondamentaux pour découvrir que le système capitaliste n'a rien de neutre, il est temps d'aborder la question du progrès technique. Depuis un siècle, et malgré son jeune âge, la science dirige la technologie, tout en étant à son tour dirigée par l'économie. Soucieux d'améliorer sans cesse la productivité de ses acteurs, le capitalisme entretient des liens étroits et très particuliers avec le monde technique et scientifique. Une idéologie commune sous-tend par ailleurs leur histoire : leurs progrès respectifs ont souvent été présentés comme « naturels » autant qu'irrésistibles. Que faut-il en penser ? L'homme maîtrise-t-il oui ou non l'évolution de ses techniques ? Leur développement vient-il d'un surplus de richesses ou de l'apparition d'obstacles appelant la mise en œuvre de nouveaux procédés ?

La question centrale est de savoir si la technique, souvent mise en exergue pour expliquer le moteur du « progrès », constitue un pur instrument, neutre et docile ; si tel n'est pas le cas, il s'agira de s'interroger sur le moteur de son évolution et la valeur qu'il convient d'accorder aux arguments des majorats des loisirs pour justifier auprès des Autorités le renforcement du droit d'auteur. Dans un second temps, nous verrons en quoi, prenant le relais de la technique, l'art est à l'origine de l'humanité et constitue le « propre de l'homme », pour reprendre l'expression de Jean-Paul Jouary¹²⁴⁵. Cela donnera une toute autre dimension à la relation que le droit se doit d'avoir envers l'art – et, par extension, envers toute activité créatrice –, *créateur d'humanité* et non simple *loisir*.

Technique et modernité

Un moteur de la modernité

La technique, en soi, n'est pas moderne ; elle pourrait même être née avec l'homme. Elle a toutefois pris une place incontournable dans notre société depuis plus de cent ans du fait de sa récente accointance avec la science, une science qui, elle, est plutôt jeune. L'évocation de certains aspects de l'histoire du droit d'auteur nous montrera ultérieurement l'influence qu'elle exerce sur l'évolution de la culture, avec le papier et l'imprimerie en particulier, mais aussi avec la photographie ou l'architecture, sans oublier les techniques numériques de traitement de l'information, qu'il s'agisse de la duplication, de la diffusion ou du contrôle de l'accès aux contenus. Son influence sur l'économie serait encore plus patente : à l'origine de la révolution industrielle, elle déciderait de l'obsolescence des produits, entraînant le marché dans une course folle déconnectée de nos vrais besoins – le « progrès pour le progrès » en quelque sorte – et dans une surenchère de gaspillage et de pollution, que l'économie reste déterminée à traiter comme un phénomène marginal – quand elle les considère. Depuis qu'elle est fondée sur les sciences, la technique sert également de vitrine à ces dernières ; Philippe

¹²⁴⁵ Jean-Paul JOUARY, *Préhistoire de la beauté – Et l'art créa l'homme*, Les Impressions Nouvelles, coll. Réflexions faites, Bruxelles 2012.

Roqueplo parle d'une « exaltation de la connaissance scientifique » par la technique, qu'il identifie comme sa principale « fonction idéologisante »¹²⁴⁶. C'est un fait qu'en offrant ses « bienfaits » à la population, la technique cautionne la recherche scientifique par les solutions *concrètes* qu'elle apporte à nos exigences de confort et « prouve » ainsi, par son efficacité, la « vérité » de sa lecture du monde. En quelque sorte, la technique est devenue la carte de visite utilitaire de la science, son ambassadrice en matière d'efficacité, et a, par les nouveaux rapports qu'elle entretient avec la science, transformé cette dernière : de voie de connaissance et de découverte de la réalité, la science est devenue instrument de pouvoir et de contrôle sur le monde, exaltant le sentiment de « toute-puissance » de l'humanité dans ses rapports avec son environnement, lui donnant à croire qu'elle pourra résoudre tous ses problèmes, jusqu'à ceux qu'elle a elle-même induits. Penser la place de la technique et de la science dans la société contemporaine devient donc un point obligé pour qui veut comprendre les crises actuelles et leur trouver des solutions. Plusieurs contemporains, dont Jürgen Habermas semble le plus connu, l'ont parfaitement compris.

Les rapports que la *technoscience* entretient avec la modernité posent la question de son évolution, mieux : du moteur de son développement, et donc de son but, pour autant qu'il en existe un et que le progrès ne poursuive pas sa propre course en aveugle, dans l'ignorance des objectifs que les hommes pensent encore lui assigner. L'un des débats les plus significatifs à ce propos a opposé Hans Jonas à Jean Brun. Pour Hans Jonas, « le ressort central de la modernité est le déploiement de la rationalité scientifique et technique »¹²⁴⁷. Jean Brun le prend à parti sur cette question de la rationalité du progrès. Il estime que la technique et la puissance industrialisée qu'elle sert poursuivent une logique autonome, au point que les progrès de l'efficacité ne seraient plus identiques, depuis la Première Guerre mondiale, aux progrès de l'utilité et, bien sûr, aux progrès de la liberté. Jacques Neirynck pose le débat en des termes complémentaires : si le progrès technique échappe à la maîtrise humaine, alors le progrès *de* la technique ne coïncide pas nécessairement avec le progrès *par* la technique¹²⁴⁸. Fort de cette précision, l'ingénieur invite ses contemporains à développer un esprit critique envers les apports réels de la technique. Jean Brun de son côté s'oppose également à l'idée, apparue lors de ce conflit, selon laquelle ces progrès ne sont plus prévisibles. Il proclame au contraire « une sorte de prévisibilité du malheur technique que l'homme se fabrique, dans la mesure où l'évolution technique vient avant tout de son désir d'échapper à sa condition »¹²⁴⁹. C'est à ce titre qu'il s'oppose à une vision instrumentale de la technique, en raison même de sa déraison, ce qui exclut à ses yeux que le projet moderne du développement de la technique puisse

¹²⁴⁶ Philippe ROQUEPLO, *Penser la technique pour une démocratie concrète*, Seuil, Paris 1983, p. 47.

¹²⁴⁷ Daniel CEREZUELLE, *Technique et désir chez Jean Brun* [a], op. cit., p. 222.

¹²⁴⁸ Jacques NEIRYNCK, *La grande illusion de la technique*, op. cit., p. 77-

¹²⁴⁹ Daniel CEREZUELLE, *Technique et désir chez Jean Brun* [a], op. cit.

être un effet de la rationalité – bien qu'elle soit couverte en apparence par la rationalité des procédures scientifiques.

Une rationalité plurielle

Il n'est du reste pas certain que la modernité est l'exclusivité du capitalisme et de ce qu'il a fait de la science et de la technique : Ellen Meiksins Wood montre qu'« il existe une modernité qui n'est pas capitaliste »¹²⁵⁰. Les Lumières ont en effet largement contribué à l'avènement de la modernité, se fondant sur une rationalité d'un autre type que la rationalité capitaliste ou techniciste. L'énumération des caractéristiques du système capitaliste rendra plus aisée la comparaison entre l'idéologie utilitariste et technoscientiste du capitalisme et la pensée des Lumières. Nous pouvons cependant d'ores et déjà constater leur profonde différence en termes de valeurs. Les Lumières sont mues par un idéal démocratique d'accès à l'éducation et de partage des connaissances, d'affranchissement des êtres humains, quels qu'ils soient, de toute oppression, tant politique ou religieuse qu'économique – il est ici fait référence à leur rejet vigoureux de l'esclavage –, complété par une soif d'exploration scientifique de la réalité ; elles appellent de leurs vœux, à la suite de certains courants de pensée de la Renaissance, un monde où l'homme et sa raison seraient « mesure de toute chose », là où le capitalisme vise essentiellement l'amélioration de la productivité du travail par le caractère contraignant de son marché, la mise en concurrence des acteurs, le caractère *privé* – autrement dit *exclusif* et donc antisocial – de la propriété, le recours à la *technoscience* et l'organisation des tâches humaines en fonction des machines, entraînant une nécessaire objectification de l'homme et du monde¹²⁵¹. Même leur approche du progrès peut les séparer : si la plupart d'entre elles nourrit une foi indéfectible pour le progrès – ce qui a autorisé certains à recommander des Lumières la technoscience capitaliste – Tzvetan Todorov montre bien que pour Jean-Jacques Rousseau, évitant de rejeter sans nuances l'apport des sciences et des techniques, « chaque projet est immanquablement payé par un autre domaine »¹²⁵².

Il est dès lors possible de défendre l'idée d'une pluralité de rationalités – et de finalités, contrairement à ce que, pour ne prendre qu'un exemple, les travaux du sociologue Max Weber laissent entendre. Max Weber, bien qu'il attribue différents sens au terme de rationalité et qu'il oppose *rationalité formelle* ou *instrumentale* et *rationalité de valeur*, ne semble y voir que les différentes facettes d'une même réalité, dans la mesure où elles s'inscrivent toutes dans le cadre de l'évolution historique de la rationalisation, laissant croire qu'il faut y voir diverses étapes d'un unique processus¹²⁵³. Or il existe une différence significative entre une rationalité qui, me poussant à penser en termes universels, m'invite à inscrire ma responsabilité

¹²⁵⁰ Ellen MEIKSINS WOOD, *L'Origine du capitalisme*, op. cit., pp. 287 ss, p. 287.

¹²⁵¹ Voir aussi ci-dessous, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), chap. « Les Lumières », pp. 415 ss.

¹²⁵² Tzvetan TODOROV, *L'Esprit des Lumières*, Robert Laffont, coll. Biblio essais, Paris 2006, p. 23.

¹²⁵³ Ellen MEIKSINS WOOD, *L'Origine du capitalisme*, op. cit., pp. 288-289.

personnelle dans un monde perçu comme un tout, sous le regard de la communauté humaine et dans la mesure même de mon appartenance à elle – on pense ici à Kant et à son injonction – et une rationalité instrumentale autant qu'utilitariste dont le but se limite exclusivement à l'amélioration de la productivité du travail. La pensée de Jürgen Habermas à propos du progrès technique se fonde au demeurant sur la nécessité de ne pas accorder à la *technoscience* le monopole de la rationalité et de lui opposer la rationalité politique pour soumettre la première à la seconde ; ainsi Jürgen Habermas pense-t-il permettre à la société civile de décider, d'entente entre ses membres, des limites à imposer au progrès technique. Qu'est-ce en effet que l'*interaction* habermassienne sinon la dimension sociale et politique de la rationalité ? La démarche d'Habermas a le mérite de distinguer la rationalité technoscientiste de celle propre à l'action politique ; elle s'oppose avec raison à la culture de l'urgence dénoncée par Nicole Aubert¹²⁵⁴, laquelle a pour effet de réduire les possibilités de discussion collective pour imposer les « progrès » et les instrumentalisations gestionnaires à titre d'évidence, et nous invite implicitement à rendre à la politique et à la société humaine sa primauté sur l'économie. Si toutefois il s'avère que le « tout-économique », autrement dit l'hégémonie de l'économie sur la vie sociale dans son ensemble, est une caractéristique fondamentale du capitalisme – ainsi que je tenterai de le montrer à la suite d'Ellen Meiksins Wood¹²⁵⁵ – il n'est pas certain que l'approche de Jürgen Habermas permette dans les faits une réorientation concrète du développement de la technique par le discours collectif, faute d'avoir appréhendé les racines de cette rationalité technoscientiste : prétendre alors rendre à la décision politique et collective sa primauté revient à prôner la fin du capitalisme, si bien qu'Habermas, qu'on me pardonne, semble avoir arrêté sa réflexion en chemin. C'est, à en croire Axel Honneth, le mérite de Theodor Adorno d'avoir montré le côté pernicieux du capitalisme consistant à faire d'une émancipation apparente un principe d'asservissement nouveau :

« Adorno rejette en effet l'idée d'un développement historique du capitalisme déployant une raison émancipatrice, pour voir à l'œuvre dans ce développement le seul achèvement d'une conscience instrumentale gouvernée par un principe de domination. »¹²⁵⁶

En d'autres termes, « l'émancipation » proposée par le capitalisme vise à instrumentaliser des citoyens assez naïfs ou irréfléchis pour croire que la flatterie de leurs caprices et de leurs pulsions peut constituer une conquête de leurs libertés individuelles alors qu'elle ne vise qu'à les pousser à une consommation « réflexe » et prévisible – pour ne pas dire *modélisable* –, que Bernard Stiegler évoque avec grande inquiétude¹²⁵⁷. Dans les faits, cela produit des êtres « décomplexés » – entendre par là :

¹²⁵⁴ Nicole AUBERT, *Le Culte de l'Urgence*, Flammarion, Paris 2003, cité par, Vincent de GAULEJAC, *La société malade de la gestion*, op. cit., p. 11.

¹²⁵⁵ Ellen MEIKSINS WOOD, *L'Origine du capitalisme*, op. cit.

¹²⁵⁶ Axel HONNETH, *La Société du mépris. Vers une nouvelle théorie critique*, La Découverte, Paris 2006, p. 12, cité par Cynthia FLEURY, *La Fin du courage*, op. cit., p. 59.

¹²⁵⁷ Bernard STIEGLER, *ARS INDUSTRIALIS, Réenchanter le monde*, op. cit.

infantiles et sans poids –, gouvernés par leurs pulsions de l'instant. Nous sommes bien loin de la maturité nécessaire aux acteurs de l'interaction que Jürgen Habermas appelle de ses vœux. Et c'est ici que la réflexion de ce dernier semble s'être arrêtée en chemin, omettant d'analyser dans toute son amplitude le système qui s'oppose à ses vues. Jürgen Habermas considère en effet que

« les sujets sociaux définissent en commun les orientations normatives et les convictions morales à travers leur capacité d'agir par des actes communicationnels, et transforment ainsi sans relâche l'horizon signifiant du monde social. »¹²⁵⁸

En ce sens, si l'horizon dépeint par Theodor Adorno semble sombre au risque de laisser le capitalisme œuvrer à sa guise par découragement de la pensée, la théorie communicationnelle de Jürgen Habermas est utopique ou pour le moins incomplète en ce qu'elle semble ignorer un fait capital : la communication humaine est le fait de *sujets*, elle est donc à construire à chaque instant et ses acteurs doivent avoir le constant souci de « devenir eux-mêmes ». En d'autres termes, la communication humaine est, comme toute éthique qui se respecte, l'aboutissement d'un *travail* sur soi-même qui ne va pas de soi¹²⁵⁹ et auquel s'oppose avec la dernière énergie le système économique en place.

Avec la technoscience, c'est une rationalité bien particulière qui est à l'œuvre, et il semble préférable sur ce point de suivre Hans Jonas pour qui « les dangers de la société technicienne résultent du type de rationalité qui a présidé à la naissance de la technique ». Hans Jonas nous montre que toute rationalité n'est pas bonne à suivre, parce qu'elle ne poursuit pas nécessairement l'amélioration de la condition humaine ; c'est l'erreur des Lumières d'avoir pensé qu'il n'existait qu'une seule rationalité, et qu'elle ne pouvait que servir leur idéal de partage universel de la connaissance. Ce faisant, ils n'ont pas compris qu'un John Locke, loin de partager leur idéal, servait une cause opposée à la leur, soumettant l'homme à la productivité recherchée pour elle-même. Cette rationalité technicienne instrumentalise l'homme au profit d'un progrès recherché comme un but en soi, qui ne sert qui plus est que les détenteurs des moyens financiers de son développement, autrement dit qui disposent des capitaux nécessaires à l'acquisition des moyens techniques de production. Du reste, en opposant « l'hyper rationalité » – jugée « déraisonnable » – de la technique à la raison des philosophes, Jean Brun admet bien à sa façon une pluralité de rationalités.

La juste mesure de l'abîme qui peut séparer la rationalité instrumentale de type industriel, propre au capitalisme, et celle des Lumières se trouve sans doute dans la plus effroyable application de l'organisation *méthodique* et *efficace* – pour ainsi dire *scientifique* – qui fut celle des camps d'extermination nazis. Jacques Neiryneck relève à juste titre que les observations et les méthodes d'un Kurt Franz, le garçon-coiffeur

¹²⁵⁸ Axel HONNETH, *La Société du mépris*, op. cit., p. 13, cité par Cynthia FLEURY, *La Fin du courage*, op. cit., pp. 59-60.

¹²⁵⁹ Voir ci-dessus, partie 03 (« Recherche d'une fondation éthique »), pp. 99 ss.

devenu commandant du camp d'extermination de Treblinka¹²⁶⁰, ne peuvent se concevoir que dans le cadre d'une culture de type industriel – autrement dit capitaliste. Kurt Franz remplit sa mission – exécuter chaque jour jusqu'à vingt-quatre mille prisonniers au fin fond d'une forêt polonaise, à l'aide d'à peine deux cents gardes allemands, sans laisser de traces et sans qu'il en coûte un Mark à l'État allemand – au-delà de l'espérance de ses supérieurs. À la recherche des méthodes les plus efficaces pour parvenir à l'invraisemblable objectif qui lui avait été fixé, Kurt Franz observa qu'en faisant courir ses victimes juste avant de les entasser dans la chambre à gaz, il les obligeait ainsi à aspirer à pleins poumons le gaz létal malgré les brûlures que cela leur causait, ce qui lui permit d'accélérer le processus de mort au point de doubler le nombre de fournées quotidiennes. Je passerai les détails techniques sordides qui permirent ensuite aux Allemands, suite aux études menées par l'*ingénieur* Herbert Floss, de faire brûler les cadavres dont ils avaient la charge sans utiliser d'autre combustible que la graisse des défunts ou d'organiser le tri des effets de leurs victimes par une décomposition des tâches en processus rôlés qui n'avaient rien à envier à ceux d'un Henry Ford ou d'un Frederick Taylor. Comme le dit Jacques Neiryneck avec une pointe de cynisme provocatrice,

« de tels réglages fins ne sont pas à la portée de tout le monde. [...] Himmler, Eichmann ou Franz [...] ont simplement mis l'éthique du travail au service d'un dessein industriel particulier, le génocide. [...] Ce n'est pas un hasard si le centre scientifique et technique du monde en 1930 est devenu une dictature raciste. »¹²⁶¹

Il serait en effet non fondé et inacceptable – pour ne pas dire délirant – de prétendre que de telles horreurs ont pu être le fruit d'une « défaillance subite du discernement du peuple allemand ou d'une manifestation désordonnée de son romantisme »¹²⁶², comme certains l'ont pourtant prétendu ; on regrettera toutefois que Jacques Neiryneck, bien qu'il attribue ce type d'horreurs à une « logique profonde » de type industriel, n'y ait pas vu le dévoiement de la technique inhérente au capitalisme par sa poursuite sans limites de l'efficacité et de l'amélioration de la productivité du travail.

La tentation de l'analyse instrumentale de la technique

L'anthropologie nous découvre un lien plus profond encore entre l'homme et la technique. Cette relation est cruciale pour comprendre l'évolution actuelle du droit d'auteur, puisque les partisans de son renforcement s'appuient toujours sur les progrès de la technique pour justifier leur position. Jürgen Habermas, dont on dit que la pensée fut la plus influente au cours du XX^e siècle, préconisait le retour dans la sphère politique des choix concernant l'orientation à imprimer au progrès technique : preuve s'il en est que ce progrès n'est actuellement pas, loin s'en faut, le fruit d'un choix politique. Si par ailleurs l'entropie était seule en cause dans l'autonomie apparente du

¹²⁶⁰ Kurt Franz fut le dernier commandant de Treblinka ; il prit le relais de Franz Stangl, dont j'ai parlé plus haut (cf. partie 03 « Recherche d'une fondation éthique », chap. « La soumission à l'autorité », pp. 120 ss).

¹²⁶¹ Jacques NEIRYNCK, *La grande illusion de la technique*, op. cit., pp. 267-270.

¹²⁶² *Ibid.*, pp. 269.

progrès technique, le philosophe se serait trompé de cible en se demandant comment reprendre en mains de manière démocratique notre destinée technique. Dans la mesure où il est essentiel d'appréhender l'ensemble des mécanismes qui participent à cette dynamique tragique pour comprendre dans quelle mesure nous pouvons agir sur elle, il vaut la peine d'insister sur la part humaine de cette course au progrès, la seule sur laquelle nous avons prise.

L'homme est-il un animal technique ?

L'homme est-il un animal technique ? Cette question donnera l'occasion de rappeler certaines données anthropologiques et archéologiques à la suite notamment des observations d'André Leroi-Gourhan, mais aussi d'éclairer cette approche par le regard des rares penseurs qui ne partagent pas une vision instrumentale de la technique, autrement dit pour qui la technique progresse selon des voies qui lui sont propres, à l'insu des sociétés humaines et souvent pour le pire : Martin Heidegger, Herbert Marcuse, Jürgen Habermas, Hans Jonas et Jean Brun, Emil Cioran, Hannah Arendt, Günter Anders, Jacques Ellul, Ivan Illich, Max Weber, Gilbert Simondon, Bernard Stiegler et Jacques Neiryck, sans oublier Kranzberg.

Nous voudrions croire que l'homme, au cours de l'évolution, est venu au monde doté d'une intelligence totalement développée, et qu'il ne s'est inquiété que par la suite d'aménager son environnement par ses activités techniques. Cette approche a la vie dure, parce qu'elle nous conforte dans nos préjugés les plus tenaces à l'égard des techniques, qui voudraient penser l'acquisition de ces dernières comme de simples qualités, perçues comme ajoutées à un homme dont l'intelligence lui serait conaturale, et dont le développement ne devrait rien à la relation qu'il peut entretenir avec son environnement. Cette vision des choses renforce le « mythe selon lequel l'homme serait immuable et souverain par rapport à la technique »¹²⁶³ et, de manière plus générale, par rapport à son environnement. La conception traditionnelle « *se représente la technique sur le modèle de l'outil docile que l'esprit peut et doit diriger dans la bonne direction, c'est-à-dire au service d'objectifs que l'esprit a posé avant d'agir.* »¹²⁶⁴

Cette vision instrumentale est toutefois démentie par l'archéologie, pour laquelle l'apparition de la technique semble concomitante à celle de l'homme. André Leroi-Gourhan observe en effet un parallélisme durant les deux à trois premiers millions d'années de l'histoire humaine entre le grossissement du volume crânien et la complexification des techniques et des outils utilisés¹²⁶⁵, parallélisme qui induit l'idée d'un rapport de causalité entre les deux phénomènes, soit que l'amplification du volume crânien ait entraîné une amélioration de la vue ou de l'habileté manuelle, soit

¹²⁶³ *Ibid.*, p. 84.

¹²⁶⁴ Daniel CEREZUELLE, *Technique et désir chez Jean Brun* [a], op. cit., p. 222.

¹²⁶⁵ André LEROI-GOURHAN, *Évolution et techniques*, Albin Michel, Paris 1945 ; André LEROI-GOURHAN, *Le geste et la parole*, Albin Michel, Paris 1964.

qu'elle ait contribué à l'acquisition du langage, rendant ainsi possible la transmission des techniques d'une génération à l'autre.

Sous le sceau de la loi de Kranzberg

La technique, on le voit, ne semble pas qu'un simple instrument, mais modifie la logique des relations que l'homme entretient avec le monde et avec lui-même. La loi de Kranzberg le résume de façon on ne peut plus claire : « la technique n'est ni positive, ni négative, ni neutre. » C'est bien sûr la troisième affirmation qui retiendra notre attention. Les deux premières assertions sont en effet plutôt triviales : elles nous invitent à nous méfier aussi bien des optimismes naïfs des technophiles à tout crin que des méfiances nous enjoignant en définitive à refuser, à travers tout progrès rendu possible par la science ou la technique, notre nature humaine. La thèse de la technique positive, on le sait, est en sévère perte de vitesse : les effets pervers de la technique semblent patents pour la plupart d'entre nous. Les « modes techniques » servent aujourd'hui peut-être de paravent permettant d'oublier nos problèmes véritables tout en nous essoufflant, mais elles ne prétendent plus guère les résoudre dans leur globalité. L'antithèse de la « technique négative » manque, on le voit bien, de finesse. Nous profitons de la technique au quotidien, et il nous serait difficile d'y renoncer du tout au tout ; du moins sommes-nous persuadés que cela serait impossible. La synthèse proposée par Kranzberg, elle, aborde une peur qui alimente parfois l'antithèse de la « technique négative » : notre sensation diffuse qu'il est impossible d'arrêter le « progrès ». Bien que cette vision mérite d'être fortement corrigée, ce « sens » du progrès montre bien que la technique n'est pas si neutre qu'il nous plaît de le croire par ailleurs, sans avoir pour autant la nécessité que certains lui trouvent, nous invitant avec fatalité à subir le cours des choses.

L'évolution du terme « *technologie* » illustre fort bien elle aussi l'absence de neutralité de la technique. Désignant à l'origine le discours sur la technique, elle décrit à présent tout ensemble cohérent d'appareils, d'outils et de techniques qui évolue en fonction d'une *logique* commune et généralement binaire, reflet de la pensée de ses concepteurs et fixée dans le mécanisme même qui les constitue ; plus les appareils qu'elle produit sont complexes et *autonomes*, autrement dit plus ils prennent en charge leur utilisateur, plus le fait d'accepter d'utiliser une technologie revient à « accepter implicitement *toute* la logique qui lui est sous-jacente »¹²⁶⁶. Cette logique même qui réunit plusieurs techniques convergentes sous une technologie commune manifeste le caractère orienté de la technique et de son utilisation.

La loi de Kranzberg s'avère ainsi un excellent critère pour qui désire faire la part des choses en matière de progrès technique entre l'inéluctable et ce sur quoi nous avons prise : voilà un remarquable guide pour l'adoption de politiques et d'attitudes responsables face au progrès. Si la technique est bien partie prenante de la nature humaine, chercher à influencer le cours du progrès est d'autant plus important que,

¹²⁶⁶ Sébastien VAAS, *L'Enfer du virtuel*, op. cit., pp. 20-23.

pour reprendre les termes de Michel Puech, « la technologie n'est pas un facteur externe qu'il s'agit de domestiquer, [mais] quelque chose de notre humanité qu'il s'agit de comprendre »¹²⁶⁷.

Le troisième volet de la loi de Kranzberg nous prévient surtout contre la tentation d'une vision instrumentale de la technique, fort courante de nos jours, voulant que la technique ne soit que ce que nous en faisons, autrement dit ne soit qu'un instrument docile répondant en tout point à nos attentes. Or cette « fausse synthèse de la technique neutre », comme la nomme Jacques Neiryck, « constitue aujourd'hui le soubassement idéologique le plus sûr de l'illusion technique »¹²⁶⁸. Elle oublie trop vite à la fois le caractère systémique de certaines influences guidant le cours du progrès technique, et ses effets inéluctables et destructeurs en application de la loi de l'entropie. Ainsi le processus mis en œuvre par l'apprenti sorcier non seulement échappe à son initiateur mais contribue à augmenter de façon exponentielle la dégradation de l'environnement, donc à restreindre d'autant les possibilités d'évolution ultérieures. La technique est du reste d'autant moins neutre que Jacques Neiryck nous montre, à la suite notamment d'André Leroi-Gourhan, qu'il existe une interaction forte entre culture, spiritualité et technique¹²⁶⁹. Nous verrons à quel point, sous l'angle du droit d'auteur, la technique influence les stratégies des industries « culturelles ».

L'entropie, moteur du progrès technique

Reste à déterminer le moteur de l'évolution technique : le progrès résulterait-il du *surplus* de richesses des sociétés humaines les plus avantagées par leur environnement et les plus développées ou de quelques individus aussi géniaux qu'isolés ? Chaque invention élargit-elle de manière indéfinie la « liberté de manœuvre de l'espèce humaine » comme nous nous le figurons bien souvent ? Rien n'est moins sûr.

Jacques Neiryck et Jeremy Rifkin montrent fort bien que le progrès technique n'est en règle générale pas dû à un surplus ou à un mouvement gratuit, mais au contraire à une contrainte du milieu, souvent provoquée par la surexploitation progressive et inexorable des ressources exploitables :

« Il convient tout d'abord de nous débarrasser de l'idée selon laquelle une technique déterminée serait un élément complètement gratuit, arbitraire, surgissant du néant, inventée par un génie pour aider les sots qui l'entourent. [...] Normalement, chaque technique est engendrée par une nécessité, elle n'est pas isolée, elle fait partie de ce que Jacques Ellul et Bertrand Gille ont appelé un système technique, c'est-à-dire un ensemble cohérent de techniques. Chaque composant du système technique améliore le résultat des autres composants et l'absence d'un composant important paralyse complètement le système. [...] Un système technique implique aussi un

¹²⁶⁷ Michel PUECH, *La Technique et la nature humaine – Pour l'« homo sapiens technologicus », ce n'est pas « technologicus » qui pose problème, c'est « sapiens »* [a], 11.09.2005, conférence tenue dans le cadre du 1^{er} Festival francophone de Philosophie, http://michel.puech.free.fr/docs/technique_nature_humaine.pdf, p. 2.

¹²⁶⁸ Jacques NEIRYNCK, *Le Huitième jour de la création – Un mode d'emploi pour la technique*, Presses polytechniques romandes, Lausanne (Suisse) 2005 [1986], pp. 27-29.

¹²⁶⁹ Jacques NEIRYNCK, *La grande illusion de la technique*, op. cit., pp. 86-87. *La grande illusion de la technique* constitue une mise à jour et une vulgarisation – au meilleur sens du terme – de l'ouvrage *Le Huitième jour*.

système social, un système économique, un système culturel adaptés, toute inadaptation entre ces différents systèmes mettant en danger la survie du groupe humain concerné. »¹²⁷⁰

Cette nécessité du progrès pour la survie explique aussi que chaque invention appelle les suivantes, en un mouvement inexorable. Ainsi serait-il vain de prétendre que les problèmes de l'humanité ont commencé avec l'apparition de l'agriculture et de l'élevage au Néolithique. Le caractère contraignant du progrès technique nous montre *a contrario* que « lorsqu'un système technique ne se modifie pas, c'est qu'il remplit parfaitement sa fonction qui est d'assurer la survie d'un groupe humain »¹²⁷¹, si bien que « la lenteur de l'évolution technique du Paléolithique, qui s'est étendue sur deux millions d'années, ne doit pas la faire mépriser. Il s'agit au contraire de la marque d'un système technique stable, n'épuisant que très lentement des ressources non renouvelables. »¹²⁷²

Les influences socio-politiques

La fin de l'empire romain nous offre une excellente illustration de la manière dont les choix politiques ou culturels peuvent influencer les orientations du progrès technique. Ainsi, les Romains, bien qu'ils connussent la roue à aubes, l'ont sous-exploitée en raison du système social fondé sur l'esclavage qu'ils entendaient défendre : faciliter le travail de l'esclave, c'eût été relâcher la contrainte qui maintenait fermement dans les rangs ce pan de la collectivité sur laquelle Rome fondait sa pyramide sociale. Cela risquait sans doute d'entraîner des changements sociaux dont Rome ne voulait pas. Ce choix finit par causer la perte de cet empire, accompagnée d'une régression technique.

Les influences économiques

L'économie pourrait-elle influencer le progrès technique et révéler en quoi nous pourrions influencer ne fût-ce qu'en partie sa course actuelle ? Jacques Neiryneck analyse le progrès technique actuel comme *pathologique*, et cet aspect, qui n'est à coup sûr pas dû à l'entropie, pourrait à ses yeux avoir une origine économique :

« Il convient tout d'abord de nous débarrasser de l'idée selon laquelle une technique déterminée serait un élément complètement gratuit, arbitraire, surgissant du néant, inventée par un génie pour aider les sots qui l'entourent. Nous avons fini par acquérir ce préjugé à force de vivre dans une technonature encombrée d'objets aussi peu indispensables que les ordinateurs personnels, les magnétoscopes et les planches à voile. Mais la technique n'a pas toujours été dans cet état pathologique. »¹²⁷³

Cédric Durant, de son côté, associe de manière indirecte l'accélération du progrès technique au capitalisme, à travers celle du développement économique qu'il engendre : « le capitalisme a enclenché une *dramatique* accélération du développement économique »¹²⁷⁴, dès lors qu'il opère « la fusion du marché et de la technique »¹²⁷⁵.

¹²⁷⁰ *Ibid.*, pp. 96-97 ; p. 98.

¹²⁷¹ *Ibid.*, p. 96.

¹²⁷² *Ibid.*, pp. 106-107.

¹²⁷³ *Ibid.*, pp. 96-97.

¹²⁷⁴ Cédric DURAND, *Le Capitalisme est-il indépassable ?*, op. cit., p. 20.

« Cette accélération est révélatrice d'une mutation dans la relation entre la technique et son contexte », ajoute Jacques Neirynck¹²⁷⁶. Philippe Saint Marc, dans son livre intitulé *L'Économie barbare*, soutient quant à lui que, sous couvert d'une prise de position technique, c'est un choix de civilisation essentiel qui est décidé par le choix du libre-échange et du libéralisme à outrance¹²⁷⁷. Avec la technoscience, c'est, quoi qu'il en soit, une rationalité bien particulière qui semble à l'œuvre¹²⁷⁸. Il est clair pour beaucoup que le capitalisme entretient des rapports très particuliers avec la technique et la science, au point que Bernard Maris n'hésite pas à affirmer : « Le capitalisme naît quand l'énergie est, à grande échelle, transformée en travail par la technique »¹²⁷⁹.

Bernard Stiegler pointe du doigt un autre aspect du progrès technique, lié à sa nécessaire accélération pour des questions de profit : si l'on admet que la notion d'innovation correspond à la *socialisation* des inventions techniques¹²⁸⁰, les progrès techniques sont imposés directement par la production industrielle, qui « court-circuite le temps des pratiques, qui est trop long pour l'économie industrielle ». Cette prescription des besoins techniques par l'industrie ne permet plus à la société civile de prendre le temps d'adopter une technique, de la faire sienne pour l'envisager et l'intégrer dans sa propre vie. L'innovation se réduit alors à « produire du nouveau (méthodes, objets, services) pour l'installer sur un marché », ce qui entraîne la « perte du savoir inventer sa propre vie ». La prescription de l'offre viendrait ainsi faire office de moteur du progrès technique en lieu et place de son appropriation sociale¹²⁸¹.

Citons enfin, à la suite de Lawrence Lessig, les choix de régulations techniques sur l'Internet déterminés par les intérêts économiques des majorats. L'Internet est constitué de trois couches : celle des machines et des éléments actifs et passifs du réseau (« couche physique »), celle des protocoles et des logiciels fonctionnels (« couche logique ») et celle propre au contenu, qui justifie l'ensemble. Chacune de ces trois couches peut être librement organisée ou strictement réglementée ; la marge contraignante sur chacune de ces couches ne tient donc pas à une fatalité technique, mais bien à un choix politique et économique¹²⁸².

¹²⁷⁵ Bernard MARIS, *Anti-manuel d'économie*, op. cit., vol. 2, p. 47.

¹²⁷⁶ Jacques NEIRYNCK, *La grande illusion de la technique*, op. cit., p. 273.

¹²⁷⁷ Philippe SAINT MARC, *L'Économie barbare*, Frison-Roche, Paris 1994, p. 333.

¹²⁷⁸ Voir ci-dessus, p. 369.

¹²⁷⁹ Bernard MARIS, *Anti-manuel d'économie*, op. cit., vol. 2, p. 52.

¹²⁸⁰ Catherine PORTEVIN, *Bernard Stiegler : « Il y a beaucoup d'inventions qui ne produisent aucune innovation »*, op. cit.

¹²⁸¹ Bernard STIEGLER, *ARS INDUSTRIALIS, Réenchanter le monde*, op. cit., p. 51.

¹²⁸² LESSIG Lawrence, *L'Avenir des idées : le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques*, Presses Universitaires de Lyon, Lyon 2005 [2002].

L'art, autre facteur d'humanisation

À la recherche du « propre de l'homme »

Il est une autre activité qui, au-delà de la technique, a participé activement et comme en parallèle à l'avènement de l'homme, complétant ainsi le travail de maturation lentement opéré par la fabrication d'outils : je veux parler de l'art. Jean-Paul Jouary, dans le cadre de sa réflexion fouillée sur l'art paléolithique, conclut que « ce n'est pas parce que l'homme est devenu homme qu'il a inventé l'art ; c'est parce qu'il a inventé l'art qu'il est devenu pleinement homme » ; cela revient à affirmer que « l'art fait partie des spécificités culturelles sans lesquelles notre humanité n'aurait pas pu se construire »¹²⁸³. Comment cela serait-il possible ? Toute l'approche de Jean-Paul Jouary consiste à montrer en quoi « tenter de plaquer sur cet art [paléolithique] des explications qui supposent que nos ancêtres *pensaient* comme nous conduit à ne rien y comprendre »¹²⁸⁴, avant d'exposer en quoi l'art paléolithique doit être saisi comme mode d'élaboration de ce qui est « propre à l'homme » et non comme l'effet de qualités qui auraient été innées.

Si l'art n'est pas inné, s'il est le fruit d'une évolution, alors « l'apparition de l'art *ne peut être une simple rupture*, mais doit être pensée comme une modification qualitative discontinue au sein d'un processus continu » ; autrement dit, « il y a dû avoir formation d'un goût esthétique avant toute œuvre d'art proprement dite »¹²⁸⁵. C'est ici qu'intervient la technique : l'éclosion de l'art suppose un certain rapport au temps, déjà structuré par la production des outils : ceux-ci sont non seulement « médiation [matérielle] entre la main et la matière », mais aussi « médiation temporelle »¹²⁸⁶ : la fabrication de l'outil n'a de sens que si on l'imagine déjà dans son état final, et si l'outil s'inscrit à son tour dans la pratique future de la chasse, en vue de se nourrir. Il y a là succession d'étapes dont seule la dernière justifie les efforts consentis. À la recherche du « propre de l'homme », Jean-Paul Jouary prend l'exemple de traces de pas dans le sable. Pour littéralement s'inscrire dans le temps et pouvoir se projeter dans l'avenir, autrement dit pour *s'extraire* de « l'éternel présent de la simple sensation », extraction nécessaire à la *fabrication* d'outils, il ne suffit pas que le passé laisse des traces sur notre présent – il s'agirait au mieux de simples « réflexes conditionnés » où le « passé demeure présent » –, il faut qu'il y ait *simultanéité* entre la trace, objectivement perçue dans le présent, et le *signe* qu'elle renferme du passage de quelqu'un dans le passé¹²⁸⁷. Le « propre de l'homme » commence par cet « accès à la pensée du temps », qui nous rappelle que tout acte manifeste une *intentionnalité*. Mais cette réflexivité reste incomplète. C'est le mérite de l'art que de la parfaire.

¹²⁸³ Jean-Paul JOUARY, *Préhistoire de la beauté – Et l'art créa l'homme*, op. cit., p. 29.

¹²⁸⁴ *Ibid.*, pp. 123-124 ; c'est l'auteur qui souligne.

¹²⁸⁵ *Ibid.*, p. 143 ; c'est l'auteur qui souligne ; p. 144.

¹²⁸⁶ *Ibid.*, p. 206.

¹²⁸⁷ *Ibid.*, p. 206.

L'art déborde la technique

Pour Friedrich von Schiller, nous restons portés par deux facultés, ou plutôt deux *dynamiques*, sensible et formelle. Notre nature sensible nous tient dans le flux de l'instant présent et dans le ressenti des affects, nous rendant capables d'être « touchés », là où notre raison nous permet de nous situer dans toute l'étendue de la temporalité et de prendre conscience à la fois du monde et de nous-mêmes. La sensibilité reste concrète là où la raison nous porte à l'abstraction. Or l'esthétique se présente comme « la seule possibilité que l'humanité s'est donnée d'unir ce qui relève à la fois de la sensibilité et de la compréhension, sans que jamais l'une se déploie au détriment de l'autre »¹²⁸⁸. En d'autres termes, l'œuvre est « émotion dans la matière »¹²⁸⁹. L'équilibre entre ces deux dynamiques est capital : le sensible développé aux dépens de la raison fait de nous des êtres soumis à leurs pulsions du moment, des « sauvages » autrement dit, alors que l'inflation de la raison aux dépens du sensible fait de nous des êtres aussi froids que calculateurs, dénués de toute empathie : des « barbares »¹²⁹⁰. Cette union intime du sensible et de la raison nous ramène à notre nature originelle, laquelle correspond à notre nature profonde : nous atteindre à travers elle et trouver de la sorte notre ancrage éthique est le jeu de l'humanité qui se noue dans l'intime de chacun, car il convient pour nous d'exister du cœur de cette conscience. La production de l'œuvre nous offre de vivre en conscience la simultanéité du sensible et de la raison là où la production de l'outil nous permettait d'éprouver la simultanéité du présent et du passé à travers la perception du signe auquel envoie la matière. Elle permet de ce fait la médiation la plus appropriée pour nous rejoindre et rejoindre l'autre qu'est le monde.

En donnant à la conscience de « sortir d'elle-même pour entrer en elle-même et se modifier », autrement dit d'exister « *pour* elle-même » en plus d'exister « *en* elle-même »¹²⁹¹, l'art rend possible le « recul réflexif » nécessaire à l'éclosion de la conscience de soi. Il serait à l'origine de l'homme en ce qu'il « se nourrit d'un *senti-cru-pensé* indifférencié »¹²⁹². Ce « senti-cru-pensé » contiendrait de manière indissociable toutes les distinctions établies par l'homme à partir du Paléolithique entre les sensations, les émotions, la science, le religieux et l'esthétique. Certains ont pu prétendre qu'il n'était pas adéquat de parler d'« art » pour la préhistoire. Cette position semble tout bonnement « absurde », voire « ahurissante » à Jean-Paul Jouary¹²⁹³, car l'indifférenciation du « senti-cru-pensé », caractéristique de toute activité artistique, peut seule expliquer l'évolution humaine du Paléolithique, en particulier l'acquisition

¹²⁸⁸ Jean-Paul JOUARY, *Préhistoire de la beauté – Et l'art créa l'homme*, op. cit., p. 117.

¹²⁸⁹ *Ibid.*, p. 199.

¹²⁹⁰ *Ibid.*, pp. 212-213.

¹²⁹¹ *Ibid.*, p. 123 ; c'est moi qui souligne.

¹²⁹² *Ibid.*, p. 124 ; c'est l'auteur qui souligne.

¹²⁹³ *Ibid.*, pp. 11-12.

des notions d'espace et de temps dont Immanuel Kant a pu croire en 1790¹²⁹⁴ qu'elles constituaient les « formes *a priori* de la sensibilité »¹²⁹⁵.

À l'opposé de l'art, dans sa volonté de soumettre la totalité des activités humaines au pouvoir de sa rationalité utilitaire, le capitalisme se révèle « barbare ».

Conclusion intermédiaire

On a souvent prétendu que le capitalisme serait efficace parce qu'il fait appel à l'égoïsme et aux intérêts de chacun. La principale particularité du système capitaliste – le caractère contraignant de son marché – permet d'expliquer son efficacité d'une toute autre manière que par le seul levier de l'égoïsme. Voir dans le marché un ensemble de contraintes, c'est remettre en question l'idéologie selon laquelle toute régulation du marché se solderait par un frein à la croissance collective. Cela permet aussi de douter de ce que le marché soit la seule instance de régulation possible de l'économie dans la mesure où il serait « juste » par nature, car tel n'est pas le cas des contraintes. En conséquence, le marché n'a pas à dicter notre politique en matière de droit d'auteur, et celle-ci doit procéder d'une réflexion de fond.

On reprochera sans doute aux lignes qui précèdent d'être assurément bien pessimistes, voire trop catégoriques. À supposer que l'on concède que le capitalisme ne peut à présent toujours pas prendre en compte les besoins des créateurs et leur assurer les moyens de vivre de leur activité, ne pourrait-il pas y prétendre à l'avenir ? Le capitalisme n'a-t-il pas maintes fois démontré sa capacité d'adaptation ? Mon analyse a néanmoins montré les conséquences de la maximisation du profit, qui constitue l'un des fondamentaux les plus prégnants du capitalisme ; il implique presque par définition la sous-évaluation systématique de tous les éléments gérés de manière collective, parmi lesquels l'environnement et le partage des biens culturels, au profit des biens privatifs. On voit mal dès lors comment le capitalisme pourrait nous permettre de préserver les biens collectifs que sa propre dynamique menace de disparition. *Mutatis mutandis*, il en est de même lorsque le capitalisme prétend « encourager la création » à travers le *copyright*. De plus, la maximisation du profit et l'accumulation illimitée comme buts de l'activité humaine réduisent nécessairement la quête humaine à une perspective objectifiante dans lequel le processus créatif ne peut assurément pas s'inscrire. Ceux qui désirent s'opposer aux dérives actuelles du droit d'auteur semblent donc condamnés à s'opposer de front à ses cinq fondamentaux, chacun d'entre eux renforçant tous les autres. Toutefois, vu le caractère fictif de la transformation de l'information et des œuvres en marchandises, il est sans doute plus approprié de commencer par le désenclavement de la connaissance et du vivant que par d'autres composantes de ce marché tentaculaire. En admettant qu'il s'agisse de « pessimisme »,

¹²⁹⁴ Jean-Paul JOUARY, *Préhistoire de la beauté – Et l'art créa l'homme*, op. cit., p. 79.

¹²⁹⁵ *Ibid.*, p. 121.

les remarques de cette partie économique concernent toutefois le seul capitalisme et non nos capacités à sortir de l'impasse dans laquelle ce dernier nous a conduit.

André Gorz, comme Jürgen Habermas à sa suite, ont raison lorsqu'ils nous invitent à nous inquiéter des *fins* que nous décidons de poursuivre, et de les privilégier plutôt que les *moyens* à mettre en œuvre pour les atteindre. Le capitalisme nous a trop longtemps habitués à entrer dans une logique de moyens, nous faisant accroire que les fins allaient de soi au point d'être données d'office, nous invitant de ce fait à nous contenter du rôle d'exécutants. De fait, science et économie sont des moyens et non des fins. Il est grand temps pour nous de revenir aux fins, pour retrouver un sens à l'existence. Cette fin, c'est l'homme que nous portons en nous. Toutes nos interrogations sur le sens de l'existence nous ramènent à notre nature, et au rapport que nous entretenons avec notre profondeur. Ainsi que nous allons le voir¹²⁹⁶, la perspective artistique aborde le rapport au monde comme une expérience nous révélant à nous-mêmes, nous permettant de nous construire par les choix que nous faisons de nous, en réponse aux questions que la réalité nous pose. Elle ne peut dès lors que nous rapprocher de notre condition profonde et des fins qui l'habitent. L'art, dans la mesure où il tire sa formidable force d'attraction de sa capacité à se pencher sur le mystère que nous sommes pour nous-mêmes¹²⁹⁷, ne constitue-t-il pas une voie privilégiée de cette quête du sens ? N'est-il dès lors pas particulièrement contestable de laisser l'économie dicter ses règles à une telle entreprise humaine ?

Cédric Durand nous rapporte que Beverly Silver, dans *Forces of Labor*¹²⁹⁸, distingue deux types de luttes caractérisant l'époque contemporaine: les conflits « à la Marx » et les conflits « à la Polanyi ». Les premiers se déroulent sur le lieu de production, et concernent les termes de l'exploitation économique et de la subordination ». Elles sont efficaces dans un contexte où les moyens de production sont difficilement délocalisables. Les secondes mettent en question « la logique d'ensemble du système » et figurent les conflits plus globaux, mettant en jeu la survie des sociétés¹²⁹⁹. On peut les rapprocher des deux types de sociétés qui les ont vu naître, et que Gilles Deleuze a si bien brossées¹³⁰⁰ : les « conflits à la Marx » s'inscriraient ainsi dans le contexte des *sociétés disciplinaires*, attachées à un lieu, alors que les « luttes à la Polanyi » se positionnent dans l'environnement plus décentralisé et insidieux des *sociétés de contrôle*. Nul doute que le débat concernant l'évolution du droit d'auteur relève des « luttes à la Polanyi ». Il touche aux fondements de la société et appelle une remise en question radicale de notre système économique, qui apparaît indiscutablement étranger

¹²⁹⁶ Voir ci-dessous, partie 06 (« Les Motivations de la création »), pp. 529 ss.

¹²⁹⁷ Voir ci-dessous, partie 06 (« Les Motivations de la création »), chap. « L'art comme catalyseur de l'auteur », pp. 538 ss.

¹²⁹⁸ Beverly SILVER, *Forces of Labor: Worker's Movement and Globalization since 1870*, Cambridge University Press, New York 2003.

¹²⁹⁹ Cédric DURAND, *Le Capitalisme est-il indépassable ?*, op. cit., pp. 123-124.

¹³⁰⁰ Voir Gilles DELEUZE, *Post-scriptum sur les sociétés de contrôle*, op. cit.

aux valeurs éthiques ici défendues, et passe par une extension du domaine public et l'adoption d'une autre approche de la propriété.

L'histoire du droit d'auteur va nous permettre de mieux comprendre les glissements qui se sont opérés, en confirmant ces points.

Partie 05

Histoire et évolutions du droit d'auteur (mise en perspective juridique)

Présentation

La présente mise en perspective, (1) après un bref exposé de la situation juridique actuelle, (2) retracera dans le temps les évolutions du droit d'auteur et du *copyright* au travers de périodes jugées « charnières ». (3) Cela nous permettra de mieux cerner la nature des revendications constantes des auteurs depuis l'Antiquité, (4) ainsi que la manière dont les droits qui leur ont été accordés ont été détournés par les intermédiaires. Les évolutions du droit d'auteur ne s'expliquent en effet qu'à travers les divers facteurs culturels qui les ont motivées ; en d'autres termes, les droits positifs (la « *lex* » du droit romain) s'enracinent dans les droits subjectifs, expression des mentalités et des pratiques souvent difficiles à établir (le « *jus* ») et souvent en rivalité, même lorsque l'une d'entre elles s'est vue consacrée par le droit positif. Nous retrouvons ici les circonstances de « l'accession à la positivité » décrite par André-Jean Arnaud¹³⁰¹. Pour reprendre les termes de Pierre Emmanuel Moyse, « l'histoire du droit c'est de découvrir le pourquoi de la règle, c'est retrouver un instant les valeurs et le mode de vie de nos ancêtres ainsi que l'interprétation du droit qui en est faite par les juristes d'alors. L'histoire du droit d'auteur c'est comprendre comment la science juridique s'est formée autour d'un objet incorporel – l'œuvre »¹³⁰².

Ainsi l'histoire des droits positifs ne peut faire l'impasse sur (5) les conditions d'émergence de la *figure sociale* de l'auteur, la nature des liens unissant les auteurs à leurs œuvres, le statut que le public reconnaît à ce lien, les motivations politiques de certaines protections ou l'histoire des techniques liées à la constitution des œuvres, leur reproduction ou leur diffusion. L'histoire du droit d'auteur et celle du *copyright* étendues à leurs conditions sociales d'émergence ouvrent sur une lecture transdisciplinaire possible de ces deux droits positifs comme deux tentatives de résolution, voire deux traductions d'une même problématique de départ, l'une se focalisant sur l'œuvre et la protection de sa copie, l'autre sur la figure de l'auteur. La question de la « mort de l'auteur » nous permettra de nous interroger sur les rapports que l'individu entretient avec la tradition, et sur la lecture de la nature humaine qu'ils supposent. Il sera temps alors de se demander si et dans quelle mesure droit d'auteur et *copyright* sont irréductibles, ou s'il reste possible de les faire se rejoindre à un « niveau de réalité » supérieur, faisant intervenir une autre idée de la destinée et de la nature humaines.

Mais cette rétrospective nous permettra surtout de (6) voir en quoi, une fois admise l'« accession à la positivité »¹³⁰³ du droit d'auteur, le rôle de l'auteur en tant que

¹³⁰¹ André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, vol. 1, op. cit., cité par Michel MIAILLE, *La Critique du droit*, op. cit., p. 80, note 17.

¹³⁰² Pierre-Emmanuel MOYSE, *La Nature du droit d'auteur* [a], op. cit., p. 2.

¹³⁰³ André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, vol. 1, op. cit., cité par Michel MIAILLE, *La Critique du droit*, op. cit., p. 80, note 17.

créateur – ou origine de l'œuvre – reste primordial et l'emporte de beaucoup sur sa figure sociale. L'histoire du droit d'auteur et celle du *copyright* s'ouvrent ainsi naturellement sur l'analyse des conditions de l'artiste et de sa création à travers les âges. C'est dans cette perspective que la question de la nature du droit d'auteur reste d'actualité¹³⁰⁴. À tenter des contorsions pour inclure dans une notion d'originalité ce qui ne s'y trouve pas au lieu d'en poser clairement les principes par un raisonnement rigoureux, puis d'en déduire les effets qu'il convient, les autorités participent pour une bonne part au flou juridique qui entoure encore actuellement le droit d'auteur et sert si bien les majorats des loisirs et du logiciel. (7) La revue des diverses justifications avancées à l'appui du principe même du droit d'auteur et du *copyright* au cours des siècles¹³⁰⁵ permettra de montrer en quoi elles font écho aux revendications des différents acteurs, ce qui nous offrira l'occasion de nous pencher sur la nature de ces droits et d'évoquer les origines du *quiproquo* sémantique ayant donné naissance à l'expression « propriété intellectuelle ». (8) L'histoire et les mobiles du droit d'auteur nous permettront enfin de souligner les tendances qui se dégagent de l'évolution du droit positif au fil des siècles, à travers quatre axes : durée, étendue, titulaires et objets protégés, avant d'aborder la problématique des biens communs.

Situation juridique actuelle

Caractéristiques essentielles du droit d'auteur

Avant d'étudier l'histoire du droit d'auteur, sans doute un très bref rappel de l'étendue actuelle de ce droit peut permettre de mieux mettre en perspective ses évolutions. Pour le surplus, il est renvoyé aux nombreux traités publiés sur la matière.

Les objets et conditions de protection du droit d'auteur

L'œuvre est l'objet principal du droit d'auteur. Elle n'a pas de définition légale très précise¹³⁰⁶, voire pas de définition du tout¹³⁰⁷, mais une série non exhaustive de types d'œuvres protégées permet de se faire une idée du périmètre extrêmement large de protection, qui inclut notamment les œuvres artistiques et littéraires, les œuvres

¹³⁰⁴ *Contra* : « Ce qui ne semble plus possible ici, c'est peut-être justement le débat si passionné alors au sujet de la nature du droit d'auteur : droit de propriété ? droit de la responsabilité ? droit de la personnalité ? droit *sui generis* ? Mais après tout peu importe, car la notion de propriété, récemment proclamée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 27 juillet 2006, est d'une extrême plasticité et permet toutes les adaptations nécessaires pour rendre compte de ce qu'est le droit d'auteur, sans l'assimiler pour autant à un bien comme un autre. » (Cyril ROJINSKY, *Le projet Jean Zay de 1936, une page oubliée de l'histoire française du droit d'auteur* [a] (ci-après : *Le projet Jean Zay de 1936*), dans *Propriétés intellectuelles*, n°27 (avril 2008), pp. 160-163, p. 161).

¹³⁰⁵ Pour mémoire, il s'agit des conceptions personnaliste ou du droit naturel, utilitariste, du contrat social, des droits fondamentaux et de la publicité du discours.

¹³⁰⁶ En droit suisse, l'art. 2 al. 1 LDA stipule : « Par œuvre, quelles qu'en soient la valeur ou la destination, on entend toute création de l'esprit, littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel. »

¹³⁰⁷ Ainsi en est-il en droit français.

architecturales, les pièces musicales, les photographies, les œuvres cinématographiques, les productions des arts appliqués (incluant les œuvres des arts industriels), les logiciels, les œuvres scientifiques ou techniques (incluant les plans, cartes...), ainsi que les œuvres chorégraphiques¹³⁰⁸.

La jurisprudence a dégagé deux conditions de protection principales que sont l'originalité et l'exigence d'une forme. Vu la liste fort étendue des œuvres expressément protégées, ces conditions doivent nécessairement être interprétées de manière variable selon le type d'œuvre considéré, l'exigence d'originalité étant par exemple nécessairement plus basse pour les logiciels que pour les œuvres littéraires ou artistiques.

Le fondement de la protection est le lien particulier unissant l'auteur à son œuvre (personnalisme), et non l'utilité publique comme c'est le cas du *copyright*.

Les droits exclusifs composant le droit d'auteur

Les droits exclusifs attachés au droit d'auteur et dont bénéficie l'auteur en tant que titulaire originel se divisent en droits moraux et en droits patrimoniaux.

□ Les droits moraux

On entend par « droit moral » d'un auteur ses prérogatives exclusives que sont principalement le droit de revendiquer la paternité de son œuvre¹³⁰⁹, le droit au respect de l'intégrité¹³¹⁰ et le droit de divulgation de l'œuvre¹³¹¹. Le droit de divulgation, qui porte sur la première communication de l'œuvre, s'il comporte des incidences patrimoniales, n'en demeure pas moins attaché pour l'essentiel aux droits moraux : l'auteur est seul à pouvoir décider si son œuvre est en état d'être divulguée au public, en fonction notamment de la maturité de l'œuvre ou de son intérêt, voire d'une appréciation de la maturité du public ou des circonstances¹³¹². Au droit à l'intégrité de l'œuvre est rattaché celui d'autoriser la diffusion d'une œuvre dérivée¹³¹³.

En Suisse, le droit moral n'est plus directement rattaché aux droits de la personnalité (art. 27 et 28 CCS), comme il l'est encore en France. On observe toutefois que la LDA continue de se référer aux droits de la personnalité de l'auteur pour fonder le respect dû à l'intégrité de son œuvre¹³¹⁴. C'est ce rattachement qui fondait sa stricte inaccessibilité et qui distinguait sa nature de celle des droits patrimoniaux, uniquement fondés sur la LDA (dualisme) ; dès lors,

¹³⁰⁸ En droit suisse : art. 2 al. 2 LDA (RS 231.1) ; en droit français : art. L 112-2 CPI.

¹³⁰⁹ En droit suisse : art. 9 al. 1 LDA (RS 231.1).

¹³¹⁰ En droit suisse : art. 11 LDA (RS 231.1).

¹³¹¹ En droit suisse : art. 9 al. 2 LDA (RS 231.1).

¹³¹² Denis BARRELET, Willi EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur*, op. cit., p. 49, n°21a, ad art. 9 LDA ; *contra*, accordant une plus grande importance à l'aspect patrimonial du droit de divulgation : François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 148, n°201.

¹³¹³ Art. 11 al. 1 let. b LDA (RS 231.1).

¹³¹⁴ Art. 11 al. 2 LDA (RS 231.1).

cette incessibilité devrait pouvoir être modulée en fonction des circonstances, comme le seraient du reste les droits de la personnalité eux-mêmes¹³¹⁵. Les droits moraux peuvent toutefois être transmis par voie d'héritage à n'importe quel tiers¹³¹⁶ et ne sont pas limités dans le temps.

❑ *Les droits patrimoniaux*

Les droits patrimoniaux se composent du droit de reproduction et du droit de communication au public. Le droit de représentation semble d'acception plus large que le droit de reproduction qu'emporte le *copyright*. Les droits patrimoniaux sont cessibles, autrement dit leur titularité peut être transmise à tout tiers, y compris à une personne morale, en particulier à un gestionnaire de droits. La durée des droits patrimoniaux est limitée dans le temps, quoique cette durée, actuellement de 70 ans à compter de la mort de l'auteur. La titularité des droits patrimoniaux permet également de bénéficier de la rémunération prévue pour l'usage privé¹³¹⁷.

❑ *Les exceptions au droit d'auteur*

Plusieurs exceptions viennent limiter l'exercice des droits patrimoniaux. Par exception, il convient d'entendre toute circonstance permettant de reproduire ou de représenter des œuvres sans avoir à obtenir l'autorisation des ayants droit, étant précisé que l'absence d'accord n'implique pas nécessairement l'absence de rémunération.

➤ *Nature des exceptions*

Mais avant d'en évoquer la liste, sans doute faut-il s'intéresser à la qualification des exceptions, essentielle pour déterminer si le législateur, dans sa tendance à en diminuer constamment le périmètre, ne perd pas de vue, ce faisant, la nature même du droit d'auteur. À lire nombre d'auteurs, la légitimité des exceptions tiendrait à la volonté de favoriser la libre circulation de l'information, promouvoir l'éducation et les sciences, et protéger la sphère privée ; pour d'autres, elle relèverait plutôt de l'intérêt général (gestion de l'équilibre des intérêts en présence)¹³¹⁸. Le débat juridique principal qui se développe à leur propos concerne leur qualification : s'agit-il d'*exceptions* au sens propre, à interpréter restrictivement, ou de *droits*, dont l'auteur ne saurait limiter l'exercice ?

Ces débats, notamment celui sur la justification des exceptions par rapport aux intérêts du public, doivent toutefois beaucoup à l'utilitarisme, censé justifier encore de nos jours le *copyright* étasunien. Edouard Mille, s'appuyant sur l'approche de Philippe

¹³¹⁵ François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 601 ss ; pour une stricte incessibilité : Denis BARRELET, Willi EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur*, op. cit., p. 44, n°7, ad art. 9 LDA, se référant à l'art. 6^{bis} CB, bien qu'ils admettent une *utilisation* possible du droit moral par les tiers.

¹³¹⁶ Art. 16 al. 1 LDA (RS 231.1).

¹³¹⁷ Art. 20 LDA (RS 231.1).

¹³¹⁸ Frédéric COLANTINO, *Piratage et contrefaçon – Approche socio-criminologique des violations au droit d'auteur et aux droits voisins en matière musicale* [r], 2000-2001, Mémoire de licence en criminologie, Université de Liège (Belgique), http://www.droit-technologie.org/dossiers/piratage_contrefacon_memoire.pdf, p. 12.

Gaudrat et de Frédéric Sardain, propose à propos de la copie privée une approche beaucoup plus cohérente par rapport au droit d'auteur en analysant ses exceptions dans une perspective finaliste¹³¹⁹ : ceux qui considèrent les exceptions comme de simples tolérances que les circonstances, l'état de la technique et la protection juridique des MTP peuvent réduire à néant définissent la copie privée à travers la *matérialité de l'acte* plutôt qu'en fonction de sa *finalité*. Le droit d'auteur, ainsi mué en droit permettant d'interdire toute copie, indépendamment de son but, devient ainsi un droit *absolu*, circonscrit par les seules limites que la loi lui impose en raison de l'arbitrage circonstanciel d'intérêts divergents au sein de la société civile, en somme une forme de *copyright* que l'on aurait expurgé de tout fondement utilitariste. Par la protection pénale qu'il accorde aux MTP, le DADVSI semble souscrire à une telle approche.

Mais il se trouve que le droit d'auteur vise plutôt la communication de l'œuvre au public, en référence aux définitions légales françaises des notions de reproduction et de représentation, la première consistant « dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la *communiquer au public* d'une manière indirecte »¹³²⁰, la seconde étant entendue comme « la *communication* de l'œuvre *au public* par un procédé quelconque »¹³²¹. Ainsi, la copie privée et la représentation de l'œuvre dans le cercle intime des proches « ne seraient pas des exceptions légales au monopole, mais se situeraient "en dehors" de son champ d'application, faute d'opérer une communication au public »¹³²². Philippe Gaudrat et Frédéric Sardain voient en effet dans la fixation matérielle de l'œuvre que « le préalable et le moyen de communication » de l'œuvre au public¹³²³. L'exercice de la copie privée, selon cette lecture, n'a pas à être livrée au libre arbitre de l'auteur ni à faire l'objet d'arbitrages de circonstance de la part du législateur, qui enfreint ainsi les droits du citoyen dans l'exercice de sa vie privée. Cela ne résout certes pas la question du partage « pair-à-pair », celui-ci supposant une mise à disposition de l'œuvre au public, mais cela permet de condamner les velléités des législateurs de tous bords à protéger juridiquement les MTP indépendamment du but poursuivi par l'utilisateur.

➤ Les différentes exceptions

Les trois principales exceptions à l'exercice des droits d'auteur sont l'utilisation de l'œuvre à des fins privées¹³²⁴, à condition de rémunérer l'auteur pour cet usage¹³²⁵, le

¹³¹⁹ Edouard MILLE, *DADVSI : la copie privée en miettes ?*, 05.08.2006, <http://www.l1111-1.fr/public/Billets/EM050806.pdf>.

¹³²⁰ Art. L. 122-3 CPI, c'est moi qui souligne.

¹³²¹ Art. L. 122-2 CPI, c'est moi qui souligne. En droit suisse, sous réserve de la « confection d'exemplaires de l'œuvre » (art. 10 al. 2 let. a LDA), les six autres usages de l'œuvre reconnus à l'auteur portent sur ses différentes formes de communication au public (art. 10 al. 2 let. b à f et art. 10 al. 3 LDA).

¹³²² Edouard MILLE, *DADVSI : la copie privée en miettes ?*, op. cit., p. 3.

¹³²³ Philippe GAUDRAT, Frédéric SARDAIN, *De la copie privée (et du cercle de famille) ou les limites au droit d'auteur* [a], op. cit., p. 9, cité par Edouard MILLE, *DADVSI : la copie privée en miettes ?*, op. cit., p. 3.

¹³²⁴ Art. 19 LDA (RS 231.1).

¹³²⁵ Art. 20 LDA (RS 231.1).

droit à la copie privée¹³²⁶, ainsi que le droit d'analyse et de citation, auquel on associe l'exercice de la parodie¹³²⁷. Concernant le droit de citation, qui porte sur la reprise d'un élément d'une œuvre préexistante pour illustrer son propos, le législateur suisse a renoncé, à partir du 1^{er} juillet 2008¹³²⁸, à la condition que la citation soit *courte* – notion incertaine s'il en était – pour que celle-ci soit licite ; c'est désormais l'emploi de la citation qui en justifie l'étendue¹³²⁹ ; le droit français, lui, en est resté à la notion de *courte citation*¹³³⁰, ce qui ne manque pas de poser certains problèmes lorsque le droit s'exerce sur une photographie, laquelle reste une œuvre à part entière et ne saurait être considérée comme un extrait de l'œuvre complet du photographe. Quoi qu'il en soit, la citation, pour bénéficier de l'exception, doit être *partielle, justifiée* par le contexte et doit *mentionner clairement l'auteur*. La citation de la source, pendant du droit de revendiquer la paternité de l'œuvre reconnu à l'auteur, va du reste de soi, puisque le but même de la citation est d'exemplifier le propos principal.

Le droit de rédiger des résumés, justifié par le droit à l'activité critique ou scientifique, est parent du droit de citation, à la différence fondamentale près qu'il limite non pas l'interdiction de la contrefaçon, mais la protection contre les œuvres dérivées : en effet, un résumé, surtout s'il est critique, peut s'avérer suffisamment original pour encourir le risque de se voir qualifié d'œuvre dérivée¹³³¹. Mais alors que le droit d'établir des résumés est le seul droit qui a été à peu près préservé par les attaques du domaine public et des biens communs culturels, le GESTE (Groupement des éditeurs de services en ligne) s'oppose en France à ce que les résumés soient établis sans autorisation de l'auteur de l'œuvre principale, considérant qu'il s'agit là d'une forme de contrefaçon.

Le droit à l'utilisation de l'œuvre à des fins privées se décline en France en « droit aux représentations privées et gratuites », qui concerne les œuvres audiovisuelles, et ne s'applique qu'au cadre extrêmement strict du cercle familial (parents et amis¹³³²). Ce droit est implicitement compris en Suisse dans le droit à l'utilisation de l'œuvre à des fins privées.

¹³²⁶ Art. 19 al. 1 et 19 al. 3 LDA (RS 231.1).

¹³²⁷ Voir notamment Blandine POIDEVIN, *Les contours du droit à la parodie, exception au droit d'auteur* [a], 22.04.2009, <http://www.legalbiznext.com/droit/Les-contours-du-droit-a-la-parodie> et Vincent SALVADE, *L'exception de parodie ou les limites d'une liberté* [a], dans *Medialex*, 2/98 (juin-août 1998), pp. 92-99.

¹³²⁸ Entrée en vigueur des adaptations du 05.10.2007 de la LDA à l'ère numérique (FF 2007 I pp. 6753-6758).

¹³²⁹ Art. 25 al. 1 LDA (RS 231.1).

¹³³⁰ Art. L. 122-5 CPI.

¹³³¹ En droit suisse, l'œuvre dérivée est définie à l'art. 3 LDA (RS 231.1) ; elle se distingue de la simple œuvre inspirée d'une œuvre préexistante. En France, l'accord de l'auteur de l'œuvre originale en faveur de la publication de tels résumés ou articles n'est pas requis en raison du « caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées » (art. xxx CPI).

¹³³² Art. 19 al. 1 let. A LDA (RS 231.1).

Quant à la copie privée, elle est actuellement battue en brèche : le législateur a renforcé ces dernières années les droits exclusifs accordés aux auteurs par la protection juridique des protections techniques anticopie (MTP, DRM), autorisant ainsi les titulaires de droit d'auteur d'empêcher son exercice concret, qui demeure pourtant accordé aux utilisateurs par la loi. En effet, l'interdiction de contournement de ces mesures s'impose en France même aux utilisateurs de l'œuvre qui l'ont acquise légalement¹³³³. En matière de logiciels, le droit à effectuer une copie de sauvegarde remplace l'exception à la copie privée applicable aux autres œuvres¹³³⁴. Ce droit, comme pour le droit à la copie privée, est menacé par l'interdiction de contourner les mesures techniques de protection anticopie, d'autant plus que la plupart du temps, les logiciels installés d'office sur une machine ne sont plus fournis en parallèle sur un support de données amovible.

Les débats sont aussi très vifs concernant la teneur de ce que l'on appelle les droits sociaux, qui profitent à certaines personnes défavorisées ou à l'ensemble de la population (utilisation de l'œuvre par des personnes atteintes de déficiences sensorielles¹³³⁵, en faveur du système éducatif, droit de prêt exempt de taxe au profit des bibliothèques publiques).

Le droit à l'information ne fait quant à lui pas partie à proprement parler des exceptions au droit d'auteur, mais il pose incontestablement une limite à l'exercice du droit d'auteur ; Sous l'angle du droit de la consommation et du droit des contrats, l'utilisateur d'une œuvre a le droit de connaître, avant l'acte d'achat, les conditions et limites d'utilisation du produit qu'il acquiert. Il existe en particulier deux applications dans le domaine du droit d'auteur :

- l'obligation pour l'éditeur d'avertir l'acheteur de la présence de DRM pouvant empêcher la lecture du produit sur certains lecteurs (en général : CD musical ou DVD cinématographique), et possibilité pour l'acheteur de se faire rembourser le cas échéant ;
- il permet parfois de remettre en cause la validité de la « *shrink-wrap license* », dans la mesure où l'acheteur n'est pas informé des conditions de la licence au moment même de l'achat du logiciel standard¹³³⁶.

Mais les exceptions ne sont rien et ne peuvent pas prétendre à l'exercice d'un équilibre entre les intérêts privés des titulaires de droits et la société civile si on ne leur reconnaît qu'un caractère supplétif. Dès lors, leurs conditions d'exercice s'avèrent essentielles.

¹³³³ En droit français : DADVSI, emportant insertion de l'art. L. xxx CPI ; tel n'est pas le cas en droit suisse (art. 39a al. 4 LDA). Voir ci-dessous, chap. « L'ère numérique et le DADVSI », pp. 448 ss.

¹³³⁴ Art. 24 LDA (RS 231.1).

¹³³⁵ Art. 24c LDA (RS 231.1) ; voir notamment Yves ALIX, Camille DEGUEZ, *La mise en œuvre de l'exception au droit d'auteur en faveur des personnes handicapées* [a], in BBF, t. 54 (2009), n°5, pp. 43-44.

¹³³⁶ Ejan MACKAAY, *Le marché du progiciel – licence ou vente*, dans Cahiers de propriété intellectuelle 6/3 (2003), pp. 401-416.

La première question est de savoir si les contrats ou les pratiques peuvent les contourner ou en diminuer la portée. Si une exception entend garantir une liberté fondamentale, la doctrine majoritaire admet qu'elle ne peut être contournée ou limitée par une pratique ou une disposition contractuelle¹³³⁷. Or certaines exceptions au droit d'auteur semblent bien justifiées par des droits et libertés fondamentaux : le droit de citation, d'analyse et de parodie relèvent de la liberté d'expression¹³³⁸. Le débat est plus ouvert en ce qui concerne l'exception de copie privée, dont certains affirment qu'elle se recommande du respect de la vie privée alors que pour d'autres ce serait l'absence de réel impact économique qui aurait justifié la reconnaissance de cette exception¹³³⁹. Ce dernier argument, favori des majorats des loisirs, est extrêmement douteux, et, à ma connaissance, n'a jamais été assorti de preuves historiques¹³⁴⁰. Le processus de création par appropriation¹³⁴¹, fondamental pour l'acquisition des connaissances ainsi que pour le développement de sa propre expression, ainsi que le fait que l'imprimerie à caractères mobiles n'a pas amplifié le marché de la tradition manuscrite mais a bel et bien créé celui de la tradition imprimée, plaident au contraire pour un rattachement de l'exception de copie privée à la liberté de création (qui relève de la liberté d'expression), ainsi qu'au principe de la libre circulation des idées¹³⁴² ; dans le domaine du *copyright*, elle peut se recommander de l'incitation à la création. Mais quelle que soit la difficulté à établir le fondement des exceptions au droit d'auteur par leur rattachement à une liberté fondamentale, Jérôme Passa souligne l'importance de l'équilibre interne du droit d'auteur voulu par le législateur, qui suffit à lui seul à justifier leur caractère impératif¹³⁴³, si bien qu'il semble que ce soit à tort que la Cour de cassation française¹³⁴⁴ ait estimé qu'elles ne constituaient pas des intérêts juridiquement protégés susceptibles d'être invoqués en justice¹³⁴⁵.

¹³³⁷ Jérôme PASSA, *Caractère impératif ou supplétif des exceptions au droit d'auteur ?* [a], dans RDLI, supplément au n°94 (juin 2013), pp. 13-17, citant Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, Dalloz-Sirey, coll. Précis, Paris 2009, n°586.

¹³³⁸ Jérôme PASSA, *Caractère impératif ou supplétif des exceptions au droit d'auteur ?* [a], op. cit., p. 16, citant Art. 5, § 3, let. d EUCD (Directive européenne n°2001/29/CE du 22 mai 2001) à propos de l'exception de citation.

¹³³⁹ Jérôme PASSA, *Caractère impératif ou supplétif des exceptions au droit d'auteur ?* [a], op. cit., p. 16.

¹³⁴⁰ Voir notamment ci-dessus les quatre motivations plus sérieuses de la copie privée, chap. « Motifs justifiant l'autorisation de la copie privée », pp. 351 ss.

¹³⁴¹ Voir ci-dessous, chap. « Originalité et création par appropriation », pp. 659 ss.

¹³⁴² Isabelle de LAMBERTERIE, *De l'incitation à la création au droit à la culture*, op. cit., p. 81 ; voir ci-dessous, p. 515.

¹³⁴³ Jérôme PASSA, *Caractère impératif ou supplétif des exceptions au droit d'auteur ?* [a], op. cit., pp. 16-17, s'appuyant sur Mahmadane DIENG, *Exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection* [r], Thèse Paris-II, décembre 2012, n°190.

¹³⁴⁴ Cass, 28.02.2006, Stéphane F. et UFC/Que choisir c/ Universal Pictures Vidéo France (arrêt « Mulholland Drive »).

¹³⁴⁵ Mahmadane DIENG, *Exceptions au droit d'auteur* [r], op. cit., xxx

Mais, hélas, ces discours rassurants s'opposent à l'évolution du droit que l'on peut observer depuis quelques années, le législateur ayant décidé de prêter l'oreille aux arguments avancés par les majorats des loisirs selon lesquels l'Internet favoriserait à l'excès l'exercice des exceptions.

Tout a commencé par la Convention de Berne, qui, en son article 9, soumet dès 1886 l'application des exceptions à trois conditions – le fameux « test en trois étapes » – qui en limitent d'autant la portée : les exceptions ne peuvent s'exercer que dans la mesure où (1) elles correspondent à des cas spéciaux, (2) elles ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et (3) qu'elles ne causent pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit. Repris par l'article 13 de l'accord ADPIC du 15 avril 1994 et par l'article 10 du Traité OMPI du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur, ce test fausse de façon radicale l'esprit qui présidait à l'instauration des exceptions et instaure « une nouvelle vision du droit d'auteur »¹³⁴⁶. Fondée qui plus est sur des notions juridiques indéterminées (« exploitation normale », « préjudice injustifié », « intérêts légitimes »), elle ouvre grand la porte aux excès de toutes sortes dans le contexte actuel ; les deux lectures opérées par la Cour d'appel de Paris 1 rendue le 22 avril 2005 et donnant raison à un jeune cinéphile n'ayant pu copier le DVD légalement acquis du film *Mulholland Drive* sur une cassette analogique afin de pouvoir le visionner sur son magnétoscope¹³⁴⁷, puis par la Cour de cassation dans son arrêt du 28 février 2006¹³⁴⁸, le montre bien. Alors que les deux dernières conditions de ce test en trois étapes sont à juste titre fortement critiquées par la doctrine, la première s'avère peut-être plus redoutable encore, et se propose de rendre inefficace toute exception qui prétendrait acquérir le statut d'un droit.

La Directive européenne n°2001/29/CE du 22 mai 2001 (EUCD), en obligeant les États parties à transposer le triple test dans leurs lois nationales, a inversé l'esprit de cette disposition ; alors que celle-ci visait, dans les conventions internationales, à encadrer le législateur national désireux de formuler une exception, le triple test, une fois transposé dans la loi nationale, devient une règle applicable à des cas d'espèce, « reconnaissant au juge une marge d'appréciation sur le périmètre effectif de l'exception de copie privée au vu d'impératifs économiques »¹³⁴⁹, ce que ne s'était déjà pas privée de faire la Cour de cassation dans son arrêt « *Mulholland Drive* », enlevant toute portée concrète à l'exception de copie privée.

¹³⁴⁶ Marjorie PONTOISE, *L'exception de copie privée face aux dispositifs techniques de protection des œuvres* [r] (ci-après : *L'exception de copie privée*), mémoire de maîtrise 2, septembre 2006, http://www.memoireonline.com/12/06/297/m_1-exception-de-copie-privee-face-aux-dispositifs-techniques-de-protection-des-oeuvres.html, pp. 28 ss ; p. 28.

¹³⁴⁷ CA Paris 1, 22.04.2005, Stéphane F. et UFC/Que choisir c/ Universal Pictures Vidéo France (arrêt « *Mulholland Drive* »).

¹³⁴⁸ Cass, 28.02.2006, Stéphane F. et UFC/Que choisir c/ Universal Pictures Vidéo France

¹³⁴⁹ Marjorie PONTOISE, *L'exception de copie privée* [r], op. cit., p. 28.

En France par exemple, le DADVSI montre clairement, en favorisant exclusivement les intermédiaires par rapport aux intérêts du public, que le législateur français, dont la proximité par rapport aux majorats des loisirs n'est plus à démontrer¹³⁵⁰, que l'intention du législateur ne semble plus porter sur la recherche d'un équilibre et ne se pose plus comme un barrage à l'érosion des exceptions.

Les droits voisins

Contenu des droits voisins

En marge des droits reconnus à l'auteur, un certain nombre de droits dits « voisins » ont été reconnus aux artistes-interprètes, producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, éditeurs, entreprises de communication audiovisuelle, les producteurs de bases de données. Leur extension, en particulier ceux accordés aux producteurs de phonogrammes (par le droit qui leur est reconnu en France « d'autoriser ou d'interdire la diffusion des œuvres qu'ils ont financées ») enlève autant de droits anciennement reconnus aux auteurs¹³⁵¹.

La durée de protection des droits voisins vient de passer de 50 ans à 70 ans, adoptée par le Parlement européen le 23 avril 2009 ; encore s'agit-il, contrairement aux apparences, d'une solution de compromis, la prolongation initialement projetée étant de 95 ans. Cette prolongation n'a pas suscité un enthousiasme unanime. Guy Bono considère ainsi que « cette directive qui vise à surprotéger les industries culturelles est indigne ». Et Damien Deshayes d'ajouter dans son blog : « Il semble en effet que cet amendement ait pour objectif de pérenniser un modèle économique considéré comme dépassé alors que ce système encourage l'iniquité du partage des richesses entre les artistes et les intermédiaires »¹³⁵².

Éclairages sur les origines du droit d'auteur et du *copyright*

Origines communes

Il n'est pas aisé d'affirmer à quand remonte l'apparition du droit d'auteur ou celle du *copyright*, car l'histoire de leur origine s'enracine dans le récit de l'évolution des rapports de force opposant les quatre acteurs culturels de référence que sont l'auteur et l'investisseur¹³⁵³... sans oublier – ce qui est trop souvent le cas – le public et l'œuvre

¹³⁵⁰ Philippe AIGRAIN, *Préparation de la décision politique* [a], op. cit.

¹³⁵¹ Christiane CARLUT, *Contribution à une réflexion sur la liberté artistique d'appropriation*, <http://copycult.constantvzw.org/texts/manifesto.html>, 2^{ème} partie.

¹³⁵² Damien DESHAYES, *Le Parlement européen décide l'extension des droits voisins à 70 ans* [a], 04.05.2009, <http://www.droit-pi.com/blog/index.php?post/2009/05/04/Le-Parlement-Europeen-decide-l-extension-des-droits-voisins-a-70-ans>.

¹³⁵³ La figure de l'investisseur prendra plusieurs formes au cours des époques : le propriétaire/commanditaire de l'œuvre s'effacera devant les nouveaux rôles du commanditaire, de l'investisseur, du réalisateur et du distributeur de l'œuvre.

elle-même¹³⁵⁴. Le propos du présent chapitre n'est pas de retracer une histoire du droit d'auteur¹³⁵⁵, mais d'exposer quelques points topiques de la formation du droit d'auteur à travers certaines périodes charnières particulièrement importantes pour la suite de notre propos : la Rome antique, qui témoigne de la désapprobation publique du plagiat et donne jour à la première forme embryonnaire de droits positifs en faveur des auteurs ; le XV^e siècle pour l'apparition de l'imprimerie à caractères mobiles et l'octroi des premiers droits positifs en faveur des intermédiaires dans le cadre de ce marché émergent ; le XVII^e siècle français, pour l'alliance improbable entre auteurs et éditeurs qui s'expose dans les prétoires ; le XVIII^e siècle français, pour les Lumières et leur définition de la propriété, ainsi que pour l'apparition du droit d'auteur moderne ; le XIX^e siècle pour son internationalisation et le débat de fond sur les fondements de la protection ; le XX^e siècle pour le projet de loi sociale de Jean Zay et l'influence du tout numérique. Ces éclairages permettront non seulement de comprendre quelques-unes des origines du glissement qui s'opère sous nos yeux, mais aussi d'exposer certaines revendications des auteurs au cours des siècles qui portent certaines des propositions avancées dans le présent travail.

La Rome antique

On affirme souvent que l'Antiquité, bien qu'elle condamne moralement le plagiat, ne reconnaissait pas de droit positif aux auteurs¹³⁵⁶. Ce point de vue mérite d'être nuancé, voire corrigé.

Dans la Rome antique, l'acquisition de l'exemplaire original d'un texte confère *le droit d'en faire tirer copies et de les distribuer*. La protection de la propriété du manuscrit original semble suffisante pour assurer à la fois les enjeux patrimoniaux d'alors et le droit de première divulgation. Les Romains ne concevaient certes pas la propriété d'un exemplaire original et le droit exclusif de reproduction et de diffusion d'une œuvre comme deux droits positifs différents, mais ils distinguaient clairement sur le plan conceptuel la « propriété intellectuelle » de l'auteur de la propriété matérielle du manuscrit original, laquelle emportait comme indiqué droit de reproduction de l'œuvre¹³⁵⁷. Il est donc erroné d'affirmer qu'il n'existait pas de *droit positif* protégeant à Rome les auteurs puisque le droit de propriété mobilière permettait de défendre les droits immatériels qui y étaient attachés, même s'il n'existait pas de droit d'auteur au

¹³⁵⁴ L'artiste, le commanditaire et le public sont mentionnés par Françoise Chaudenson (Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit., p. 11), qui signale par ailleurs que l'œuvre est trop souvent oubliée ; Robert Escarpit, lui, mentionne dans le domaine littéraire les écrivains, les œuvres... et les lecteurs, dont il affirme qu'ils sont eux aussi trop souvent négligés depuis Averroès (Robert ESCARPIT, *Sociologie de la littérature*, Presses universitaires de France, coll. Que sais-je ?, Paris 1992 [1958]).

¹³⁵⁵ Pour une histoire du droit d'auteur, voir notamment Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], dans *Histoire internationale du droit d'auteur des origines à nos jours*, Revue internationale du droit d'auteur (RIDA), vol. 79 (janvier 1974 – numéro spécial), pp. 127-205, de qui je tiens la plupart des citations d'auteurs classiques contenues dans ce chapitre.

¹³⁵⁶ Notamment Hélène MAUREL-INDART, *Du Plagiat*, op. cit., p. 12.

¹³⁵⁷ Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., pp. 139 et 141.

sens spécifique du terme : les règles concernant la remise en possession et en propriété d'un objet, la fameuse « *traditio* » devaient obéir à un formalisme contraignant, le vol était également puni, si bien qu'à une époque où le manuscrit original se distinguait assez aisément de ses copies, il n'était semble-t-il pas vraiment nécessaire de distinguer formellement les deux dimensions juridiques d'un même acte. L'auteur, propriétaire initial du manuscrit original de ses œuvres, dispose le premier du droit de le vendre ou de le donner à la personne de son choix. Cette prérogative annonce bien sûr l'aspect patrimonial du droit d'auteur moderne.

D'autres raisons peuvent expliquer l'absence de droits positifs en faveur de l'auteur dans la Rome antique. Les droits moraux sont en partie assurés par la réprobation sociale à l'encontre des plagiaires, même si le sentiment que toute nouvelle œuvre de portée générale s'inscrit dans une redécouverte d'un savoir oublié limite pour ainsi dire la notion de plagiat à la copie servile. Marie-Claude Dock a bien montré dans quelle mesure la notion même de plagiat a évolué au cours des âges¹³⁵⁸. Dès l'Antiquité, le fait de s'attribuer les mérites littéraires d'un autre auteur était réprouvé par ses victimes. Plusieurs exemples connus l'attestent. Vitruve, qui vécut au 1^{er} siècle avant notre ère, nous rapporte qu'Aristophane le grammairien, un jour qu'il participait comme juge à un concours littéraire, donna la meilleure note au poète qui avait pourtant semblé le plus médiocre à ses pairs. Il expliqua son vote en apportant la preuve du plagiat opéré par chacun des autres participants. Ceux-ci furent alors condamnés pour vol et chassés hors de la ville¹³⁵⁹. Horace invite un certain Celsus à « fouiller dans ses propres richesses » ; recourant à une fable d'Ésope, il compare le plagiaire à la corneille parée des plumes du paon, et le voue à la honte de devoir les restituer en public à son propriétaire¹³⁶⁰. Virgile aurait lui aussi réclamé de Bathylle qu'il reconnaisse ses sources¹³⁶¹. Ils ne sont pas les seuls. Martial porte dans ses *Épigrammes*, écrites entre 84 et 104 après J.-C., un jugement courroucé à l'encontre du plagiat. S'offusquant de ce qu'un certain Fidentinus ose réciter ses œuvres en public en laissant entendre qu'elles sont de lui, il lui propose soit de reconnaître sa paternité sur les œuvres récitées, soit de les lui acheter afin de pouvoir ensuite affirmer qu'elles sont « siennes »¹³⁶². Pour donner forme à son dépit, le poète traite l'indélicat Fidentinus de

¹³⁵⁸ Marie-Claude DOCK, *Contribution historique à l'étude des droits d'auteur*, LGDJ, Paris 1962, conclusion.

¹³⁵⁹ VITRUVÉ (Marcus Vitruvius Pollio), *De l'Architecture*, trad. Charles-Louis Maufras, Charles Louis Fleury Panckoucke, Paris 1847 ; version originale parue sous le titre *De Architectura*, Liv. VII, préface, cité par Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 131.

¹³⁶⁰ HORACE (Quintus Horatius Flaccus), *Lettres* (ou *Épîtres*), Les Belles Lettres, Paris 2003 ; <http://remacle.org/bloodwolf/horace/epitres.htm>, I, 3 (lettre à Julius Florus ; Horace, reprenant la fable d'Ésope *Le geai paré des plumes du paon*, met bien une corneille à la place du geai, avec raison puisque le geai semble déjà assez paré de son propre plumage), citée par Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 149 et Hélène MAUREL-INDART, *Du Plagiat*, op. cit., p. 13.

¹³⁶¹ Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 149.

¹³⁶² MARTIAL (Marcus Valerius MARTIALIS, dit –), *Œuvres complètes*, trad. V. Verger, N. A. Dubois et J. Mangeart, Garnier, Paris 1864, *Épigrammes*, Liv. I, 30 (XXIX), 39 (XXXVIII), 54 (LIII) et 73 (LXXII),

plagiaire, autrement dit de « voleur d'enfants » : il se réfère ainsi à la loi Fabia, qui punit de vol celui qui achète, vend ou emprisonne un citoyen romain, ou qui dispose d'un enfant ou d'un esclave ne lui appartenant pas.

Par cette métaphore, Martial a non seulement donné au terme « plagiaire » son sens actuel, mais il nous révèle surtout de manière exemplaire, comparant ses poèmes à ses enfants, le lien de paternité qu'un auteur de l'époque pouvait ressentir à l'égard de ses propres écrits, une façon sans doute d'exprimer que l'œuvre est la projection de la personnalité de son auteur, ou encore une partie de lui-même appelée à vivre de sa propre vie. Il n'y a qu'un pas à franchir pour voir dans le plagiat une atteinte à la personnalité¹³⁶³. Ce lien de paternité subsiste-t-il au transfert de propriété du manuscrit original opéré par l'auteur ? Martial, dans ses *Épigrammes* (livre I, 66), affirme qu'« une œuvre divulguée ne saurait changer de maître », entendant par là que l'achat du papyrus ou du manuscrit original qui lui sert de support n'autorise pas son nouveau propriétaire à s'en attribuer la gloire¹³⁶⁴.

En plus du témoignage de Martial, trois raisons nous permettent de penser que l'auteur conservait un lien de paternité avec son œuvre nonobstant la vente du manuscrit original. La première raison est d'ordre sociologique : s'il suffisait d'acheter un manuscrit original pour pouvoir s'en déclarer l'auteur, on ne s'expliquerait pas l'honneur qu'un Fidentinus semble rechercher à se faire passer auprès de son public pour l'auteur des *Épigrammes* de Martial. La deuxième est d'ordre littéraire. La fixation par l'écrit assure au texte la stabilité nécessaire à son attribution à un auteur ; ainsi, au V^e siècle avant notre ère, Euridipe nous apprend qu'il a prêté à Socrate un exemplaire du *Periphyseos* d'Héraclite, montrant par là que ce texte était clairement attribué au philosophe d'Éphèse¹³⁶⁵. Ce lien de paternité se marque de deux manières : alors que la société le reconnaît par la protection contre le plagiat, l'auteur l'affirme par son style – compris comme un corollaire de la personnalité¹³⁶⁶, voire par sa signature¹³⁶⁷. Cette dernière fait son apparition à partir du VI^e siècle avant notre ère en sculpture et peinture, puis en poésie avec les poètes Simonide de Céos et Pindare en

cités par Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., pp. 137-139 et par Anne LATOURNERIE, *Petite histoire des batailles du droit d'auteur* [a], 01.06.2001, dans Multitudes, mai 2001 ; http://freescape.eu.org/biblio/article.php3?id_article=33, note 4.

¹³⁶³ Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 153.

¹³⁶⁴ MARTIAL (Marcus Valerius MARTIALIS, dit –), *Œuvres complètes*, *Épigrammes*, op. cit., Liv. I, 66 (LXV), cité par Michel THIOLLIÈRE, *Rapport n°308 du 12.04.2006 au Sénat français relatif au Droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (DADVSI)* [r] (ci-après : *Rapport du 12.04.2006 au Sénat français relatif au DADVSI*), <http://www.senat.fr/rap/105-308/105-3081.pdf>, chap. I, 1 (« Antiquité : l'émergence de la notion d'auteur »), p. 18, note 1.

¹³⁶⁵ HELLMANN Françoise, *ΣΩΚΡΑΤΕΣ – Socrate ou la pesée de l'âme*, Edition 2&1, Guilhaumand-Granges (France) 1997, p. 125.

¹³⁶⁶ Gilles-Gaston GRANGER, *Essai d'une philosophie du style*, Odile Jacob, Paris 1987 [1969].

¹³⁶⁷ Paul ARON, Denis SAINT-JACQUES, Alain VIALA, *Dictionnaire du littéraire*, Presses Universitaires de France, coll. Quadrige / Dicos Poche, Paris 2004, p. 491.

particulier, avant de se généraliser dans le cadre de la cité grecque¹³⁶⁸. Cette apparition de la signature coïncide avec la revendication du caractère artificiel de la parole poétique, à l'instar de l'image peinte ou sculptée ; un poète comme Simonide présente son art comme un métier, se proposant de composer sur commande et contre rémunération des odes à la gloire des vainqueurs des jeux. La technique de l'artisan remplace l'inspiration des maîtres de vérité, des aèdes inspirés familiers des délires divins ou des poètes conteurs qui conçoivent à la suite d'Homère leur art comme le rusé tissage d'une réalité dont l'illusion est assez forte pour captiver l'auditoire¹³⁶⁹. Pour Jean Baudrillard, « la signature de l'artiste est d'autant plus importante que l'œuvre n'est plus référée au monde et à sa représentation mais à l'artiste seul, et c'est elle dit dit désormais ce que l'œuvre signifie »¹³⁷⁰. Son analyse des pratiques contemporaines souligne bien le lien qui unit dès l'origine la pratique de la signature à la revendication du caractère artificiel de l'œuvre.

Platon, dans le *Phèdre*, illustre à merveille ce nouveau rapport paternel en défense d'un texte dont l'autonomie le fait échapper à son auteur et tomber parfois en des mains auxquelles il n'est pas destiné :

« Une fois écrit, chaque discours va rouler de tous côtés... Mais quand il est aigrement critiqué, injustement villipendé, il a toujours besoin du secours de son père, car il est incapable de se défendre tout seul et de se porter secours à lui-même »¹³⁷¹.

Par sa signature, l'auteur littéraire marque clairement sa volonté d'affirmer un lien à l'œuvre différent et plus profond que celui conféré par la propriété du manuscrit original. Une précision s'impose : le style d'un auteur peut être en soi dans le monde antique une forme de signature, même si, à l'origine, il est davantage la marque de la soumission d'un texte à des schémas formels communs que l'empreinte d'une personnalité originale¹³⁷². Et s'il est vrai qu'il faut attendre le Cercle d'Iéna pour voir explicitée cette seconde acception de la notion de style, il n'empêche que la tournure de certains textes trahit déjà bien avant l'époque romantique la personnalité de leurs auteurs. Prétendre le contraire, c'est faire l'impasse sur les vers de Sappho, véritables témoins d'une personnalité et d'une lucidité introspective hors du commun, et ceux de

¹³⁶⁸ Paul ARON, Denis SAINT-JACQUES, Alain VIALA, *Dictionnaire du littéraire*, op. cit., p. 30, cité par Michel THIOLLIÈRE, *Rapport du 12.04.2006 au Sénat français relatif au DADVSI* [r], op. cit., p. 17, chap. I, 1 (« Antiquité : l'émergence de la notion d'auteur ») ; Marcel DETIENNE, *Les Maîtres de vérité dans la Grèce archaïque*, LGF, coll. Le Livre de Poche, Paris 2006 [1967], p. 108, cité par Antoine COMPAGNON, *Qu'est-ce qu'un auteur ?*, cours en 12 leçons, <http://www.fabula.org/compagnon/auteur.php>, cours 4 (« Généalogie de l'autorité »), chap. « Grèce ancienne ».

¹³⁶⁹ Marcel DETIENNE, *Les Maîtres de vérité dans la Grèce archaïque*, op. cit., pp. 106-108, cité par Antoine COMPAGNON, *Qu'est-ce qu'un auteur ?*, op. cit., cours 4 (« Généalogie de l'autorité »), chap. « Grèce ancienne ».

¹³⁷⁰ Jean BAUDRILLARD, *Pour une critique de l'économie politique du signe*, Gallimard, coll. Tel, Paris 2007 [1972], pp. 114 ss, chap. « Le Gestuel et la signature ».

¹³⁷¹ PLATON, *Phèdre*, 275 e, cité par Michel THIOLLIÈRE, *Rapport du 12.04.2006 au Sénat français relatif au DADVSI* [r], op. cit., chap. I, 1 (« Antiquité : l'émergence de la notion d'auteur »), p. 17, note 2.

¹³⁷² Paul ARON, Denis SAINT-JACQUES, Alain VIALA, *Dictionnaire du littéraire*, op. cit., entrée « style », pp. 589 ss.

nombre d'auteurs gréco-romains postérieurs à l'époque archaïque. Ils se distinguent à la fois de l'aède porteur de la parole des Muses¹³⁷³ et des suiveurs laborieux d'une école littéraire qui *fabriquent* à l'instar de Pindare un poème sur commande au lieu de soumettre cette forme à la substance de leur discours. Sappho parle pour elle, c'est elle qu'elle livre à travers ses poèmes, si bien qu'elle ne peut qu'être pleinement reconnue comme *auteur* et non comme porte-parole des dieux ou comme artisanne besogneuse : et si elle reste « traversée » par une « folie sacrée » qui la dépasse, c'est bien par sa passion amoureuse et non plus par l'inspiration des Muses. Que Sappho fasse exception en son temps n'y change rien : avec elle un auteur a existé comme tel.

La troisième raison relève davantage de considérations juridiques. La distinction juridique entre paternité de l'auteur sur son œuvre et propriété du manuscrit original est confirmée sans conteste par Sénèque, dont la finesse d'analyse nous rappelle sa formation d'avocat lorsqu'il écrit entre 61 et 63 après J.-C. :

« Nous disons les livres de Cicéron ; le libraire Dorus dit aussi que ce sont ses livres. Les deux propositions sont également vraies. L'un s'attribue les livres comme auteur, l'autre comme acquéreur, et l'on dit avec raison qu'ils appartiennent à tous deux, car ils sont à l'un et à l'autre, mais non pas au même titre. »¹³⁷⁴

Dans un autre passage révélateur du Livre VII du *De Beneficiis*, Sénèque s'interroge sur les différents modes d'appartenance de ce qui nous entoure : tout appartient au sage, mais sur un plan intérieur ; le souverain et les États possèdent à titre de souveraineté tout ce qui se trouve sur leur territoire ce que leurs sujets possèdent comme propriétaires ; il est en outre possible de posséder une maison en tant que locataire là où un autre la détiendra comme propriétaire ; de même une œuvre se partage entre son auteur et le propriétaire du manuscrit original qui l'incorpore, mais à deux enseignes différentes¹³⁷⁵. On le voit, l'analyse de Sénèque, d'une finesse étonnante, n'assimile en rien le lien entre une œuvre et son auteur à un rapport de propriété, mais l'oppose plutôt. Ce mode d'appartenance est reconnu ici dans sa spécificité, si bien que l'on aurait tout avantage à le penser par référence au sage et au souverain, qui ont tous deux un empire sur les choses que l'on pourrait qualifier de *symbolique* ou *médiat*, plutôt qu'en référence à un propriétaire, dont la maîtrise s'exerce le plus souvent de manière *immédiate* sur ce qui lui appartient¹³⁷⁶.

Si le plagiat, dans la Grèce antique comme à Rome, semble faire l'unanimité contre lui et déshonore son auteur, la tolérance en la matière semble varier en fonction du genre littéraire considéré : alors que les poètes ne l'admettent pas du tout, bien qu'ils la

¹³⁷³ Antoine COMPAGNON, *Qu'est-ce qu'un auteur ?*, op. cit., cours 4 (« Généalogie de l'autorité »), chap. « Grèce ancienne ».

¹³⁷⁴ SENEQUE (Lucius Annaeus Seneca), *Des Bienfaits (De Beneficiis)*, trad. M. Charpentier et F. Lemaistre, dans *Œuvres complètes de Sénèque*, Garnier, coll. Panckoucke, t. III, Paris 1860, Liv. VII, § 6, cité par Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 135.

¹³⁷⁵ SENEQUE (Lucius Annaeus Seneca), *Des Bienfaits*, op. cit., Liv. VII, § 5-7.

¹³⁷⁶ Sauf si bien sûr le propriétaire loue ce qui lui appartient, la possession, autrement dit le rapport immédiat passant alors au locataire.

pratiquent abondamment, une plus grande licence est admise dans l'art oratoire¹³⁷⁷. Il est possible d'y voir une appréciation fondée sur l'originalité ou sur le degré d'expression de la personnalité requis par la discipline considérée. Encore convient-il d'éviter en toutes circonstances la copie servile. Ainsi Sénèque accepte-t-il le principe de l'emprunt, mais recommande de le transformer et de l'intégrer à son propre fonds : « Voilà, dit-il, comment doit travailler notre esprit : qu'il cèle tout ce de quoi il a été secouru et ne produise que ce qu'il en a fait »¹³⁷⁸. En d'autres termes, la pensée des autres peut nous inspirer, mais elle ne doit servir que d'appui à notre propre pensée, et non l'envahir au point de la conduire et de l'étouffer. L'imitation du style, rattachée à l'art oratoire, semble par contre, comme il vient d'être dit, faire l'objet d'une plus grande licence.

Les revendications des auteurs latins ne se limitent toutefois pas à la reconnaissance de leur paternité. Dans une lettre à son éditeur Atticus du 1^{er} août 708, Cicéron lui enjoint de ne pas diffuser de copies du livre V de son *De Finibus* avant qu'il ne l'en ait autorisé, voulant tout d'abord l'offrir à celui auquel il était dédié¹³⁷⁹. Certains voient dans cette injonction – avec raison sans doute – les prémices d'un droit de première divulgation¹³⁸⁰. Cette maîtrise reconnue à l'auteur sur son texte avant sa diffusion publique n'est pas isolée. On peut également citer le cas de Martial, mais surtout de Pline le Jeune, que les tiers incitent à publier sa correspondance : sans doute estimaient-ils que cette publication relevait de sa seule décision et non de la leur. À plusieurs reprises, Pline le Jeune soumet un texte au jugement d'un tiers et se réserve le droit de décider en toute liberté de sa publication en fonction du retour : « l'auteur apparaît donc comme le maître absolu de son livre avant la publication. »¹³⁸¹

On ajoutera à ces premières émergences des aspects moraux du droit d'auteur le respect de l'œuvre en tant que telle¹³⁸², qui présage du droit au respect de son intégrité. Cicéron travaille chaque mot de ses textes publiés, et les discute parfois avec son

¹³⁷⁷ Hélène MAUREL-INDART, *Du Plagiat*, op. cit., p. 12.

¹³⁷⁸ SENEQUE (Lucius Annaeus Seneca), *Lettres à Lucilius*, éd. établie par Paul Veyne, Robert Laffont, coll. Bouquins, Paris, t. III, lettre 84, p. 123, cité par Hélène MAUREL-INDART, *Du Plagiat*, op. cit., p. 13.

¹³⁷⁹ CICERON (Marcus Tullius Cicero), *Œuvres complètes*, tome 7 (correspondance), trad. de M. de Golbery, Charles Louis Fleury Panckoucke, Paris 1834, Lettre DCXIII à Atticus du 1^{er} août 708, p. 89 ; cité par Yvon LAFRANCE, *Pour interpréter Platon*, vol. 2, Bellarmin, Saint-Laurent (Canada) 1994, vol. 2, p. 35.

¹³⁸⁰ Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 145. À noter toutefois que les prémisses du droit de divulgation sont bien à trouver dans cette injonction de Cicéron à Atticus, et non, comme il a été souvent prétendu, dans l'allusion contenue dans la même lettre à Hermodore de Syracuse, disciple de Platon, qui recopia de son chef et du vivant du philosophe les textes de son maître pour les revendre en Sicile (Walter BAPPERT, *Wege zum Urheberrecht – die geschichtliche Entwicklung des Urheberrechtsgedankens*, Klostermann, Frankfurt am Main 1962, p. 15; Josef KOHLER, *Das Autorrecht : eine zivilistische Abhandlung ; zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Eigentum, vom Miteigentum, vom Rechtsgeschäft und vom Individualrecht*, Fischer, Jena 1880, p. 326, tous deux cités par Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 131, note 9).

¹³⁸¹ Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 147.

¹³⁸² *Ibid.*, p. 133.

éditeur et ami Atticus. Il fait retenir les versions qu'il estime imparfaites, au profit de dernières retouches, sachant qu'une fois les copies de son manuscrit distribuées, il ne sera plus temps de les reprendre¹³⁸³. Le respect de l'intégrité d'un texte semble la conséquence logique du privilège reconnu à l'auteur de décider de sa première divulgation au public : celui-ci montre que l'on ne considère pas le texte d'autrui comme sien, et qu'il est reconnu à son auteur une certaine maîtrise sur sa structure et sur sa forme.

L'équivalent de droits patrimoniaux de l'auteur semblent lui aussi assez bien établi à Rome. La correspondance que Cicéron entretient avec son éditeur Atticus nous suggère l'existence de conventions entre eux portant sur ses honoraires : ainsi Cicéron se réjouit-il des ventes de son *Oraison pour Ligarius* et confirme-t-il sur ce succès Atticus comme éditeur de ses futurs écrits¹³⁸⁴. Jérôme Carcopino ne voit-il du reste pas de son côté en Atticus le promoteur de l'industrie romaine de l'édition ?¹³⁸⁵ Si certains n'ont pas voulu y voir la preuve décisive d'un rapport économique entre les auteurs et leurs éditeurs, Cicéron ayant pu trouver intérêt de la bonne diffusion de ses ouvrages par le prestige qu'elle pouvait lui conférer ou par les bonnes grâces de César qu'elle pourrait lui permettre d'obtenir, Suétone nous apprend de son côté que Pompilius Andronicus, acculé à la pauvreté, dut vendre son principal ouvrage, *L'Examen des annales d'Ennius*, pour le prix de seize mille sesterces, et Pline le Jeune rapporte que son oncle Pline l'Ancien aurait pu vendre ses *Commentaires* à un certain Larcus Licinius pour quatre cent mille sesterces, attestant ainsi de façon indubitable que les auteurs pouvaient tirer intérêt pécuniaire de leurs œuvres¹³⁸⁶. L'obsession de Martial pour les gains qu'il peut tirer de ses poèmes prouve également l'existence d'une dimension patrimoniale attachée à l'activité littéraire : le poète, à la fin du livre XI de ses *Épigrammes*, fait clairement comprendre au lecteur que l'accès à davantage de ses textes sera payant¹³⁸⁷. Le seul point qui nous importe ici est d'établir l'existence d'un droit pécuniaire au profit de l'auteur, non de prétendre qu'il pouvait en vivre¹³⁸⁸. Toutefois, dès lors que la vente du manuscrit original emportait le droit de reproduire

¹³⁸³ CICÉRON (Marcus Tullius Cicero), *Œuvres complètes*, tome 7 (correspondance), op. cit., lettre DCXIII à Atticus du 1^{er} août 708, p. 87.

¹³⁸⁴ Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 133 ; CICÉRON (Marcus Tullius Cicero), *Œuvres complètes*, tome 7 (correspondance), op. cit., Lettre DCIV à Atticus du 24 juillet 708, p. 67.

¹³⁸⁵ Jérôme CARCOPINO, *Les Secrets de la correspondance de Cicéron*, 2 vol., L'Artisan du livre, Paris 1947, tome II, p. 305.

¹³⁸⁶ PLIN LE JEUNE (Caius Plinius Caecilius Secundus), *Lettres*, trad. M. Misard, Firmin Didot, Paris 1865, III, 5, lettre de Pline à Baebius Macrus ; SUÉTONE (Caius Suetonius Tranquillus), *Des Hommes illustres*, (livre 5, *Des Grammairiens*) ; <http://remacle.bloodwolf.org/historiens/suetone/grammairiens.htm>, Liv. III, 8, tous deux cités par Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 135 et p. 137.

¹³⁸⁷ MARTIAL (Marcus Valerius MARTIALIS, dit –), *Œuvres complètes*, *Épigrammes*, op. cit., Liv. XI, 108 (CVIII).

¹³⁸⁸ Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 139.

et de vendre – parfois fort cher – les copies, le prix concédé par l'auteur devait ainsi tenir compte des bénéfices attendus de l'éditeur sur ces ventes, l'auteur désirant, on peut le croire, prendre sa part de cette manne¹³⁸⁹.

On peut aussi comprendre de l'œuvre de Juvénal qu'il existait bel et bien dans la Rome antique des individus tentant de vivre de leurs écrits¹³⁹⁰, mus sans doute par l'exemple de quelques auteurs parmi les plus populaires : on en conclura que la littérature n'était pas *a priori* qu'un aimable loisir réservé à la classe aisée, mais que la société romaine considérait le fait d'écrire ses propres textes comme un métier possible – fût-il ingrat sur le plan pécuniaire. Ingrat, il ne semble de surcroît pas l'avoir été pour tous : Martial – encore lui – nous apprend que les copies de ses œuvres se vendaient fort cher, soit cinq deniers pour un exemplaire de ses Épigrammes, à en croire l'intéressé¹³⁹¹.

Enfin, la pratique des auteurs dramatiques de l'époque renforce encore l'idée d'une forme de droit d'auteur dans la Rome antique. Les auteurs dramatiques vendaient quant à eux leurs pièces aux donneurs de jeux, et tout porte à croire que le prix convenu s'attachait au droit de représenter la pièce un nombre défini de fois – une seule la plupart du temps. Il faut dire que les pièces se jouaient rarement plus de deux ou trois fois en tout¹³⁹². Suétone nous apprend dans sa *Vie de Térence* que la pièce « *L'Eunuque* fut jouée deux fois en un jour et lui fut payée un prix auquel ne s'était jamais élevée jusqu'alors aucune comédie : huit mille sesterces »¹³⁹³. Donat d'ajouter dans son commentaire sur la pièce : « Elle fut jouée avec tant de succès et d'applaudissements qu'elle fut vendue une deuxième fois et représentée comme nouvelle ». Marie-Claude Dock en conclut que la première transaction n'aurait porté que sur une seule représentation, et que le succès rencontré aurait poussé les parties au contrat à en prévoir de nouvelles, sans doute contre un supplément de prix. Cette précision de Donat est précieuse : elle nous indique que « les contrats conclus entre les auteurs et les donneurs de jeux auraient donc concerné non pas le texte même d'une pièce inédite, mais le droit pour l'acheteur de représenter la pièce, c'est-à-dire une cession de ce que le droit moderne appelle un droit d'auteur »¹³⁹⁴. Cette cession se limitait de plus à un nombre convenu de représentations.

¹³⁸⁹ *Ibid.*, p. 139.

¹³⁹⁰ JUVENAL (Decimus Iunius Iuuenalis), *Satires*, trad. Henri Clouard.

¹³⁹¹ MARTIAL (Marcus Valerius MARTIALIS, dit –), *Œuvres complètes*, Épigrammes, op. cit., Liv. I, 118 (CXVII), cité par Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 139 ; voir aussi MARTIAL, *Œuvres complètes*, Épigrammes, op. cit., Liv. I, 3 (II), qui cite le même prix de cinq deniers, mais à l'enseigne d'un autre libraire.

¹³⁹² SUETONE (Caius Suetonius Tranquillus), *La Vie de Térence*, trad. et notes Madame Dacier, Arkstée et Merkus, Amsterdam 1747 ; <http://remacle.bloodwolf.org/historiens/suetone/vies.htm>, p. 49, note r.

¹³⁹³ *Ibid.*

¹³⁹⁴ Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 145.

On retiendra de la Rome antique une absence de droit positif spécifique en faveur des auteurs, mais des revendications subjectives de leur part validées par la société civile qui annoncent les principaux aspects du droit d'auteur classique. En 529, le code de Justinien, le *Corpus juris civilis*, un recueil de normes de droit romain antérieur à la constitution de l'empire byzantin, menait déjà à la conclusion que « les choses incorporelles, parce qu'elles se prêtent mal à l'appropriation, ne peuvent pas faire l'objet d'une propriété ordinaire »¹³⁹⁵, ce qui explique sans doute que les romains ne se soient pas sentis outillés pour constituer un droit spécifique en la matière, les dispositions sur la propriété mobilière servant par ailleurs de cadre suffisant pour assurer les droits du propriétaire du manuscrit original d'un texte reproductible, ou d'une œuvre d'art unique.

L'imprimerie à caractères mobiles

La plupart des spécialistes nous assure que ce sont les techniques modernes de diffusion des œuvres qui seraient à l'origine du développement du concept moderne de droit d'auteur¹³⁹⁶. Rien, pourtant, n'est moins sûr. Il serait du reste étonnant que le lien profond liant l'auteur à son œuvre puisse dépendre d'une technique, même si cette technique lui ouvre un marché ou permet la duplication de son œuvre. Du reste, l'imprimerie s'inscrit dans un mouvement beaucoup plus profond, qui est celui du retour à l'écrit. En effet, la société médiévale est avant tout orale. Ce n'est qu'au XIII^e siècle que l'écrit commence à s'imposer, sous la double impulsion de l'essor du commerce et de l'administration dans les villes¹³⁹⁷. L'invention de l'imprimerie coïncidant toutefois avec les premiers droits positifs conférés aux différents acteurs de la transmission du savoir, l'étude des premiers pas de cette technique s'annonce donc à ce titre emblématique, et mérite un examen attentif.

Gutenberg, de son vrai nom Johann Gensfleisch zur Laden zum Gutenberg, passe pour avoir inventé vers 1445 non pas l'imprimerie comme on le croit trop souvent, mais les caractères mobiles métalliques¹³⁹⁸. Cette invention, associée à l'apparition du papier, révolutionna le paysage culturel de l'Europe. En 1244, le secret de la fabrication du papier tombe aux mains des armées chrétiennes d'Espagne avec la prise de Jativa, située au sud de Valence, et six ans plus tard à peine des fabriques s'ouvrent à

¹³⁹⁵ Pierre-Emmanuel MOYSE, *La Nature du droit d'auteur* [a], op. cit., p. 2.

¹³⁹⁶ Par exemple : BIBLIODOC.FRANCOPHONIE.ORG (BDF), *Les droits d'auteurs*, http://bibliodoc.francophonie.org/article.php3?id_article=165, chapitre « historique ».

¹³⁹⁷ Jacques LE GOFF, Nicolas TRUONG, *Une histoire du corps au Moyen Âge*, op. cit., p. 171.

¹³⁹⁸ De fait, le plus ancien ouvrage issu de la typographie à caractères mobiles métalliques connu à ce jour serait un traité bouddhique du moine Kyonghan (1298-1374), le *Chiksimguong*, imprimé en Corée en 1377, actuellement conservé à la Bibliothèque nationale à Paris. Quant à la première utilisation réussie de caractères métalliques en Chine, elle remonterait à 1448/1451, et serait donc presque contemporaine des dernières mises au point de Gutenberg (Jean-Christophe LOUBET DEL BAYLE, *Les premiers livres imprimés en Corée* [a], octobre 1999, d'après LEE Hee-Jae, *La Typographie coréenne au XV^e siècle*, CNRS, Paris 1987, introduction). Pour Laurent Coster (cité par Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 159, note 48), c'est en Hollande que l'Occident aurait réinventé l'imprimerie à caractères mobiles.

Fabriano et Amalfi, près de Gênes, qui deviennent vite de grands centres¹³⁹⁹. La fabrication du papier remonte ensuite vers le Nord : Troyes dès 1338, Grenoble dès 1346, Paris vers 1355 ; le premier moulin à papier allemand entre en production vers 1390. L'avantage de ce support sur le parchemin ne tient pas seulement à l'abondance de sa matière première, le chiffon, mais aussi à la mécanisation possible de sa fabrication¹⁴⁰⁰. De son côté, la diffusion des imprimés commence réellement vers 1470. Elle enfle de manière singulière au cours des années 1480¹⁴⁰¹. Après s'être développée en Allemagne depuis Mayence et à Bâle, l'imprimerie gagne rapidement l'Italie. Avec ses cent à deux cents imprimeurs, Venise est à la fin du XV^e siècle le plus grand centre international du livre et en compte deux fois plus que Paris, la principale ville concurrente¹⁴⁰². Le plus prestigieux d'entre eux fut sans doute Aldo Manuzio (1449-1515), plus connu en France sous le nom d'Alde Manuce.

Dans l'Occident d'avant Gutenberg, la diffusion de textes se faisait par le biais de copies manuscrites, ainsi que nous l'avons vu pour la période romaine ; au XII^e siècle, seuls les moines et les princes, à la rigueur les universitaires, étaient susceptibles de posséder des manuscrits. Les livres sont rares ; ce n'est pas seulement dû, comme certains l'ont cru un peu vite, aux difficultés liées à la copie manuscrite, mais aussi pour des raisons culturelles : en 240 avant notre ère, la bibliothèque d'Alexandrie comprenait 490'000 rouleaux de papyrus et ne disparut qu'en 642¹⁴⁰³ ; au X^e siècle, les émirs de Cordoue avaient de leur côté réussi à constituer dans leur palais une bibliothèque de plus de six cent mille volumes¹⁴⁰⁴. Elle en comptait même huit cent mille peu avant la prise de la ville par les troupes chrétiennes en 1236, réunissant les connaissances les plus diverses allant de la théologie à l'art de l'amour en passant par les traités de médecine, d'astronomie, de géographie, d'hydraulique, de marine et de botanique, sans parler des récits rédigés par quelques-uns des plus infatigables voyageurs de leur temps, et que venaient consulter érudits, graphistes, enlumineurs et géographes¹⁴⁰⁵. Selon un inventaire de 1380, celle de Charles V de France, installée dans la tour de la Fauconnerie de son palais du Louvre, compte à peine neuf cents

¹³⁹⁹ Jean-Pierre LACROUX, *Une petite histoire du papier*, Quintette, Paris 2001, p. 31, p. 33.

¹⁴⁰⁰ Pierre-Marc DE BIASI, *Le Papier, une aventure au quotidien*, Gallimard, coll. Découvertes Gallimard, Paris 1999, pp. 48-49.

¹⁴⁰¹ Martin J. LOWRY, *Le Monde d'Alde Manuce. Imprimeurs, hommes d'affaires et intellectuels dans la Venise de la Renaissance* (ci-après : *Le Monde d'Alde Manuce*), Promodis - Cercle de la librairie, coll. Histoire du Livre, Paris 1989 [1979], p. 196.

¹⁴⁰² Philippe BRAUNSTEIN, Robert DELORT, *Venise — Portrait historique d'une cité*, Seuil, Paris 1971, p.180, en mentionne deux cents, alors que Martin J. LOWRY, *Le Monde d'Alde Manuce*, op. cit., p. 15 en dénombre seulement cent en 1490.

¹⁴⁰³ Jacques NEIRYNCK, *La grande illusion de la technique*, op. cit., p. 143.

¹⁴⁰⁴ Lucien LECLERC, introduction au *Traité des simples* d'Ibn al-Baytar, 3 vol., Institut du monde arabe, Paris 1987 [1877], Introduction.

¹⁴⁰⁵ Jacques ATTALI, *La Confrérie des Éveillés*, roman, Arthème Fayard, Paris 2004 p. 12.

manuscrits, répartis dans trois salles¹⁴⁰⁶. Elle passe pourtant pour la plus fournie d'Occident¹⁴⁰⁷. C'est que le savoir est devenu en Europe un monopole d'Église, et celle-ci filtre soigneusement les ouvrages dont elle entend autoriser l'accès. Cette censure n'empêche pas la conservation d'ouvrages « interdits » dans les bibliothèques des couvents et leur transmission d'une génération à l'autre – Umberto Eco nous l'a rappelé avec tout son talent dans *Le Nom de la rose* –, mais elle fait indéniablement obstacle à leur diffusion au sein de la société laïque.

Avec l'imprimerie, un nouveau paysage se dessine, d'abord par imitation du passé. Les éditeurs commencent par s'adresser au même public que celui des livres manuscrits : prêtres, enseignants, étudiants, secrétaires, clercs, médecins et juristes, et multiplient leurs efforts pour que leurs incunables ressemblent aux ouvrages dont ils avaient l'habitude. Les juristes acceptèrent les imprimés plus vite que les humanistes, semble-t-il en raison de leur important besoin d'ouvrages de référence, au point que Martin Lowry a pu écrire : « en valeur commerciale, en prestige et en simple quantité, le droit éclipsait tous les autres domaines de l'édition vénitienne »¹⁴⁰⁸. Les lettrés – et, avec eux, la majorité des auteurs – résistent davantage à cette nouvelle technique et ne tablent pas sur elle pour communiquer avec leur public. Ainsi Angelo Ambrogioni, dit « il Poliziano » (1454-1494)¹⁴⁰⁹, l'un des meilleurs érudits et probablement le plus grand philologue de son temps – surnommé « le prince des Lettres » par ses contemporains – ne s'inquiétait guère de voir ses œuvres imprimées ; certaines d'entre elles le furent plus de quinze ans après leur première diffusion publique sous forme de manuscrits.

« L'art noir » ne fait pas l'unanimité au XV^e siècle, tant s'en faut. Si la multiplication des livres bon marché, entraînant celle du nombre de lecteurs, est vue par certains comme le gage de la diffusion universelle des connaissances et d'une réforme sociale, d'autres y voient au contraire l'instrument de la dégradation du savoir et de la confusion des esprits. Les procédés utilisés par le monde de l'imprimé ne sont pas exempts de reproches de fond. Nombreuses sont les éditions parasites qui ne se soucient guère de fidélité au texte : là où le procédé aurait pu reproduire à un rythme jamais atteint les supports de savoir, il multipliait de fait surtout les coquilles et les versions discutables des grands textes. Ce sont là les effets d'un travail bâclé, non seulement par goût des profits faciles, mais aussi en raison des aspects économiques

¹⁴⁰⁶ <http://paris.aggloannuaire.com/liens/liens.php>, entrée « Palais du Louvre » parle de 12'000 manuscrits, ce qui semble excessif : l'inventaire de 1373 auquel ce site se réfère n'est pas répertorié dans les autres listes d'inventaires concernant cette bibliothèque, et le site du projet Europeana Regia n'avoue que 900 volumes à peine selon l'inventaire de 1380 (EUROPEANA REGIA, site du projet de la Commission européenne, *Librairie de Charles V et sa famille – La reconstitution d'un modèle des bibliothèques princières* [a], <http://www.europeana-regia.eu/fr/collections-historiques/librairie-charles-v-famille.html>) ; voir aussi Françoise AUTRAND, *Charles V*, Fayard, Paris 1994, p. 745.

¹⁴⁰⁷ EUROPEANA REGIA, *Librairie de Charles V et sa famille – La reconstitution d'un modèle des bibliothèques princières* [a], op. cit.

¹⁴⁰⁸ Martin J. LOWRY, *Le Monde d'Alde Manuce*, op. cit., pp. 28-31.

¹⁴⁰⁹ Plus connu en France sous le nom d'Ange Politien.

attachés à la technique elle-même¹⁴¹⁰. Si l'utilisation des caractères mobiles permet d'éviter le stockage des plaques de bois gravées et de diminuer singulièrement la taille des caractères tout en augmentant le nombre de copies qu'il est possible d'effectuer par tirage, les investissements consentis nécessitent de vendre rapidement un ouvrage une fois celui-ci imprimé. Cette exigence limite le choix des titres qu'il est envisageable d'éditer, et cantonne la production aux livres religieux, aux classiques de la littérature gréco-latine, ainsi qu'aux manuels destinés à l'enseignement universitaire, essentiellement le droit. Les coûts de production d'un livre étaient dus pour l'essentiel à l'achat du papier, fort onéreux, et au prix de la main d'œuvre ; l'auteur, lui, ne semble pas rémunéré. On pense aussitôt au coût des infrastructures, notamment des presses. Mais une presse est facile à se procurer et de prix plus modeste que nous pourrions le croire ; tel n'est toutefois pas le cas des fontes de caractères, qui, elles, nécessitent l'intervention d'un maître graveur et sont d'autant plus rares qu'à l'époque la création d'un type prend parfois de longues années pour aboutir à une ligne élégante et de lecture aisée¹⁴¹¹. Le prix de la main d'œuvre a été évoqué : la production d'un livre de qualité supposait un long travail de critique textuelle et de correction des erreurs, ainsi que la collaboration d'ouvriers excellant dans la composition et la mise en page de ces textes.

Pressés par la concurrence et la nécessité de se rembourser de leurs frais, les premiers imprimeurs, dont la profession se confondait alors avec celle d'éditeur, ne perdaient toutefois guère de temps à s'inquiéter de la qualité des textes qu'ils reproduisaient ou de leur mise en page : du reste, ils n'avaient pas toujours les qualifications requises pour critiquer les versions manuscrites dont ils s'inspiraient. Ainsi se contentaient-ils de restitutions hypothétiques, reproduisant le premier manuscrit – voire le premier imprimé – qui leur tombait sous la main. L'obligation d'écouler rapidement leurs stocks les poussaient également à se démarquer à n'importe quel prix des versions concurrentes, n'hésitant pas à privilégier les conjectures textuelles les plus audacieuses et les commentaires les plus sensationnels, au détriment d'un examen minutieux de la tradition ; certains proposaient même des sortes d'abrégés des grandes œuvres, encourageant la paresse intellectuelle de leurs lecteurs¹⁴¹². D'autres privilégiaient les caractères imitant l'écriture manuscrite et les formes « à la mode » au dépens de leur lisibilité. Toutes les méthodes leur semblent bonnes pour s'assurer un avantage décisif, y compris l'espionnage : les plaintes adressées au gouvernement vénitien de la fin du XV^e siècle parlent d'agents repérant des ouvrages en préparation chez la concurrence ou obtenant d'ouvriers mécontents les exemplaires d'un livre à paraître afin de publier leurs propres contrefaçons bon marché avant les éditions originales. Bien qu'il s'agisse à l'évidence d'exagérations visant à obtenir des protections officielles – attitude qui

¹⁴¹⁰ Martin J. LOWRY, *Le Monde d'Alde Manuce*, op. cit., pp. 32, 36, 38.

¹⁴¹¹ *Ibid.*, pp. 18-20.

¹⁴¹² *Ibid.*, pp. 32, 36, 38.

n'est pas sans rappeler les démarches actuelles de l'industrie des loisirs – elles sont sans doute inspirées d'expériences vécues¹⁴¹³.

En plein XVI^e siècle, les craintes d'un Martin Luther à propos des contrefacteurs rejoignent celles d'un Eike von Repgow à propos des copistes peu scrupuleux ; elles portent elles aussi sur le respect de l'intégrité de ses textes bien plus que sur d'éventuels dommages financiers :

« ces éditeurs pirates avarés et voleurs traitent nos œuvres de manière déloyale. Parce qu'ils sont cupides, ils ne s'inquiètent pas de savoir si les textes qu'ils éditent sont corrects ou erronés. Il m'est souvent arrivé de ne pas reconnaître dans un texte contrefait ce que j'ai moi-même écrit tant il contient d'erreurs »¹⁴¹⁴.

Pour s'en prémunir, Luther imagina d'identifier l'édition officielle de 1524 de sa traduction de la Bible en apposant une marque à l'intérieur de leurs exemplaires et en indiquant qu'elle prouvait que cet exemplaire était passé entre ses mains. Avec de tels procédés, on ne s'étonne plus guère des réticences affichées par la plupart des intellectuels face à la révolution de l'imprimé. Elles s'ajoutent à la peur de ces détenteurs officiels du savoir de voir sapée leur autorité par la production massive de supports de connaissance approximatifs et dont ils ne peuvent pas interdire l'accès à leurs étudiants. Cette technique entraîna à la fin du XV^e siècle une véritable « révolution pédagogique »¹⁴¹⁵, à tel point qu'en 1493 déjà, Raphaël Regius, un des humanistes les plus respectés de Padoue, affirme que tout étudiant aguerri peut désormais acheter ses propres livres et rédiger lui-même ses notes. Il prend ainsi la mesure de la révolution que ce procédé avait opéré en quelques années à peine au sein de l'enseignement universitaire de l'époque, fondé sur les lectures de textes traditionnels agrémentés de commentaires¹⁴¹⁶. L'accès à diverses versions et à leurs interprétations permet indéniablement aux étudiants de relativiser l'enseignement de leurs maîtres. Elles les autorise aussi à se croire érudits à bon compte, par la comparaison sommaire de quelques versions peu critiques, ou après la lecture de textes se proposant de résumer la pensée des Anciens et d'éviter aux lecteurs l'étude fastidieuse de la version intégrale de leurs œuvres. S'ajoute à la réprobation des intellectuels la crainte des autorités politiques et religieuses qui commencent à s'apercevoir que ce nouveau moyen de communication de masse rend très incertain l'exercice concret de la censure. Certes, Venise mit plus de temps à vouloir interférer directement sur le contenu publié que d'autres villes d'Europe : si l'Université de Cologne avait été chargée dès 1479 de surveiller toutes les publications de la place, il faut attendre 1510 pour voir le patriarche Antonio Contarini édicter un décret visant à soumettre à son approbation tous les textes religieux. Il ne fut qui plus est guère suivi

¹⁴¹³ *Ibid.*, pp. 22-23.

¹⁴¹⁴ Hans WIDMANN, *Geschichte des Buchhandels vom Altertum bis zur Gegenwart*, tome 1, Otto Harrassowitz, Wiesbaden 1975, pp. 70-71, cité par Karl-Erik TALLMO, *The Misunderstood Idea of Copyright* [a], <http://www.nisus.se/archive/050902e.html>.

¹⁴¹⁵ Martin J. LOWRY, *Le Monde d'Alde Manuce*, op. cit., pp. 39-40.

¹⁴¹⁶ *Ibid.*, pp. 196-197.

d'effets¹⁴¹⁷. À Venise, c'est davantage dans les réticences du pouvoir politique à accorder les privilèges demandés qu'il faut voir les indices d'un sentiment durable d'hostilité à l'encontre de l'imprimerie : en 1492 encore, 60 des 159 membres du Sénat s'opposèrent à l'octroi d'un privilège¹⁴¹⁸.

De fait, des rapports de concurrence aussi agressifs entre imprimeurs cachent avant tout l'absence d'un modèle économique conforme au nouveau marché qui vient d'apparaître. Les premiers imprimeurs tentaient de reproduire les usages de la culture manuscrite, en s'adressant notamment à la même clientèle. C'était oublier que les copistes ne travaillaient que sur commande, échappant ainsi aux règles du marché ; or l'inévitable quantité d'exemplaires produite à chaque tirage – on parle d'une moyenne comprise entre deux cents et mille exemplaires¹⁴¹⁹ – nécessitait la mise en œuvre de nouvelles stratégies, fondées sur la publicité, la collaboration étroite avec certains clients et la constitution de réseaux à l'échelle internationale, afin de susciter une augmentation de la demande. Certains imprimeurs eurent l'idée de s'entendre avec des professeurs d'université sur les ouvrages dont ils auraient besoin pour leurs cours, s'assurant ainsi une demande concentrée dans le temps autant que conséquente. Le changement d'activité d'un Peter Schoeffer, Mais avant l'arrivée d'Alde Manuce à Venise vers 1490 et sa première publication en 1495, le monde de l'édition manqua en général cruellement de vision, et se contenta de produire textes classiques de piètre qualité et ouvrages juridiques¹⁴²⁰.

Jusqu'à l'époque d'Alde Manuce, intellectuels et imprimeurs n'eurent que des rapports d'affaires¹⁴²¹. Son arrivée changea profondément cette situation. Alde Manuce, érudit et enseignant, arriva à Venise comme marchand de manuscrits¹⁴²², avec un programme d'édition en tête : sauver de l'oubli bonne part des auteurs grecs et latins et participer à la propagation d'un savoir de qualité. Il s'inscrivait dans le sillage du programme pédagogique d'Ermolao Barbaro (1453-1493), humaniste et helléniste padouan membre et de ses amis Pic de la Mirandole et Ange Politien, qui visait à restituer les valeurs du monde classique grâce à un savoir global, sans considération de frontières linguistiques ou disciplinaires¹⁴²³. Alde Manuce s'inspira également du programme cohérent et passionné en faveur de l'imprimé énoncé entre 1462 et 1472 par Giovanni Andrea Bussi, ancien secrétaire du cardinal Nicolas de Cuse, éditeur de livres classiques à Rome et futur évêque d'Aléria, qui eut valeur de véritable manifeste pour les premiers imprimeurs italiens¹⁴²⁴. Alde Manuce exerça surtout une influence

¹⁴¹⁷ *Ibid.*, pp. 42-44.

¹⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 36.

¹⁴¹⁹ Elizabeth L. EISENSTEIN, *La révolution de l'imprimé à l'aube de l'Europe moderne*, op. cit., p. 26.

¹⁴²⁰ Martin J. LOWRY, *Le Monde d'Alde Manuce*, op. cit., pp. 24, 47-48.

¹⁴²¹ *Ibid.*, p. 37.

¹⁴²² Elizabeth L. EISENSTEIN, *La révolution de l'imprimé à l'aube de l'Europe moderne*, op. cit., p. 44.

¹⁴²³ Martin J. LOWRY, *Le Monde d'Alde Manuce*, op. cit., pp. 65-66.

¹⁴²⁴ *Ibid.*, p. 33.

décisive sur son temps grâce à ses éditoriaux axés sur l'amélioration de la société par l'éducation et la création de collèges spécialisés, qu'Érasme ne fit que reprendre après lui¹⁴²⁵.

L'imprimerie permet de produire en série des ouvrages de référence ; pour la première fois dans l'Histoire, des intellectuels disséminés dans toute l'Europe peuvent prendre connaissance d'un même texte, lui apporter des commentaires et des corrections, voire faire des propositions textuelles fondées sur des manuscrits de meilleure qualité en leur possession, qui pourront être prises en compte par l'éditeur par le biais de la publication d'*errata* ou à l'occasion d'un tirage ultérieur et permettre une amélioration progressive du texte¹⁴²⁶. L'éditeur peut ainsi devenir l'interlocuteur privilégié et le point de contact d'un réseau étendu de lecteurs contributifs. Une nouvelle dynamique est ouverte par cette technique de duplication, qu'un érudit comme Alde Manuce saura bien exploiter.

Ces reproches n'enlèvent en outre rien au fait que ce travail d'érudition coûta fort cher, en argent autant qu'en efforts. En se contentant de reproduire le texte d'un Ovide ou d'un Virgile édité par Alde Manuce, ses concurrents profitaient sans grands efforts du travail de recherche critique et même de mise en page accompli dans ses ateliers ; pour reprendre une expression propre à la sociologie et à l'économie, n'ayant pas à supporter les coûts d'expression, les contrefacteurs se comportaient en « passagers clandestins »¹⁴²⁷. On touche ici du doigt une caractéristique économique essentielle que Kenneth Arrow attribue à tout contenu informationnel : coûteux à produire, ils sont peu coûteux à reproduire¹⁴²⁸, en raison de leur faible coût marginal. C'est ce qui justifie les protections requises dès l'apparition de l'imprimerie à caractères mobiles par les premiers imprimeurs/éditeurs, sous forme d'une garantie privée de type monopolistique inspirée directement des *privilegia* (ou *privatae leges*) du droit romain¹⁴²⁹. Les « privilèges de publication » seront accordés à un imprimeur sur la publication d'un titre, que son auteur soit encore vivant ou mort depuis des siècles. Alde Manuce requis et obtint ainsi plusieurs privilèges de cette sorte pour des classiques de la littérature gréco-latine, mais aussi pour les *Asolani* de Pietro Bembo, son contemporain, grand succès de librairie de l'époque s'il en fut. La durée de ces privilèges de publication était d'ordinaire de cinq ans, mais certains privilèges

¹⁴²⁵ *Ibid.*, p. 312.

¹⁴²⁶ Elizabeth L. EISENSTEIN, *La révolution de l'imprimé à l'aube de l'Europe moderne*, La Découverte, Paris 1991 [1979], pp. 71-74.

¹⁴²⁷ Voir ci-dessus, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « Les principes », pp. 320 ss.

¹⁴²⁸ Kenneth Joseph ARROW, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, op. cit., cité par Françoise BENHAMOU, Joëlle FARCHY, *Droit d'Auteur et Copyright*, op. cit., p. 12.

¹⁴²⁹ Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 163, note 55.

pouvaient aller jusqu'à dix ans¹⁴³⁰. Le système allemand des privilèges de publication poursuivait les mêmes buts¹⁴³¹.

Ce système des privilèges ne semble toutefois pas avoir été très efficace. Les défaillances du système concernent surtout leur application elle-même, autrement dit leur capacité à faire retirer les éditions pirates et à obtenir la condamnation de leurs auteurs. Les tribulations d'Alde Manuce montrent à quel point leur protection pouvait s'avérer défaillante. Alors même qu'il avait pris soin de faire protéger ses productions de multiples manières, cela n'empêcha pas la multiplication de contrefaçons émanant des ateliers lyonnais et de Brescia, qui relevaient de la copie servile. Certains auteurs, certes sur la base de critères très larges, ont recensé soixante-quatre éditions pirates de textes aldins publiés à Lyon entre 1501 et 1527 ; même si ce chiffre est discuté, il n'en semble pas moins significatif d'un véritable phénomène. L'absence du nom de l'éditeur et de la date d'impression sur ces copies lyonnaises explique l'incapacité d'Alde à faire reconnaître ses droits sur leur lieu de production. Alde se résolut alors en 1503 à publier une circulaire dans laquelle il avertissait ses lecteurs de l'existence de ces contrefaçons et des nombreux défauts qui les affectaient.

L'inefficacité de ce système de protection tient à de nombreuses raisons. La première tient à l'embarras des Autorités à établir des critères permettant de conclure à l'existence d'une *reprise* d'un titre, certains ouvrages ne reprenant que des passages de titres précédents, y incluant de nouvelles pièces, modifiant le format et la mise en page, ou reprenant plusieurs chapitres en d'autres termes afin de ne pas constituer des copies serviles faciles à identifier. Quant aux caractères, quoique imités, ils n'étaient pas toujours strictement conformes à leur modèle, afin de rendre l'examen des juges plus difficile. L'antériorité d'un titre peut aussi présenter de grandes difficultés, auxquelles s'ajoute l'absence de précédents jurisprudentiels. Enfin, les contemporains des premiers imprimeurs restent convaincus, par héritage de la période des manuscrits, que copier un auteur lui rend service plutôt que le contraire en affermissant son prestige et son autorité¹⁴³².

Les monopoles accordés ne portaient pas seulement sur des titres : Alde Manuce innova en déposant six demandes de privilèges généraux pour ses caractères grecs au début de sa carrière, soit entre 1490 et 1495, puis italiques en 1502 auprès du Conseil des Dix. Le privilège obtenu pour les italiques taillés par Griffo fut confirmé le 13 novembre 1502 pour dix ans par le Sénat de Venise, garantissant à Alde Manuce leur emploi exclusif¹⁴³³. Alde obtint également des privilèges généraux pour ses caractères

¹⁴³⁰ Frédéric BARBIER, *L'Europe de Gutenberg – Le livre et l'invention de la modernité occidentale*, Berlin, Paris 2006, pp. 299-307.

¹⁴³¹ Ludwig GIESEKE, *Die gesichtliche Entwicklung des deutschen Urheberrechts*, dans *Göttinger rechtswissenschaftliche Studien* [a], Göttingen, vol. 22 (1957), pp. 17 ss, pp. 28-36, cité par Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 129.

¹⁴³² Martin J. LOWRY, *Le Monde d'Alde Manuce*, op. cit., p. 163.

¹⁴³³ Ibid., p. 163 ; p. 308.

grecs et italiques par plusieurs bulles pontificales émises sous Alexandre IV, Jules II et Léon X¹⁴³⁴. Ces privilèges, d'application plus générale puisqu'ils portent sur tout titre imprimé à l'aide de ces caractères, ne changent pas la motivation de la protection bien qu'ils portent sur un objet différent. Ils entendent toujours protéger le travail de recherche effectué pour la découverte des formes, ainsi que l'investissement que cette démarche suppose puisque l'éditeur doit recourir à un graveur spécialisé pour les faire façonner.

Mais un autre type de privilège fut accordé, pour ainsi dire dans la foulée des privilèges de publication : en 1486, Marcantonio Coccio, dit « Sabellico », historiographe et membre de la première Académie romaine (« Academia Princeps »), déposa à Venise ce que Martin Lowry qualifie de « première demande de privilège en matière de droits d'auteur »¹⁴³⁵ pour son histoire de Venise (*Historiae rerum Venetorum ab urbe condita*, 33 vol.), obtenant ainsi le contrôle exclusif de la publication de son œuvre. Il semble que le statut de ce privilège soit assez ambigu, vu l'absence à l'époque de réflexion sur les droits qu'il convenait d'accorder à l'auteur pris comme tel, mais il en fait un jalon incontestable dans l'histoire du droit d'auteur et permet d'y rattacher la question des privilèges de publication. Il importe de souligner qu'à l'époque les privilèges de publication accordés aux éditeurs le sont sans considération de l'accord de l'auteur : il faudra attendre le décret du 7 février 1545 du Conseil des Dix vénitien pour voir interdire l'impression d'un ouvrage sans l'autorisation écrite de son auteur ou de son héritier immédiat¹⁴³⁶, reconnaissant ainsi à ces derniers un rôle incontournable. De plus, à considérer tant les arguments avancés par les requérants que le but poursuivi, le privilège de publication vise à protéger l'éditeur contre ses concurrents, et non dans ses rapports avec les auteurs qu'il publie. Dès lors que Sabellico n'était pas éditeur, où faut-il chercher le fondement du droit qui lui fut accordé ? Ce ne peut, on l'a vu, en raison d'un droit spécial et inaliénable sur son œuvre. Dès lors, deux fondements restent possibles.

Comme sous la Rome antique, le propriétaire du manuscrit original est à l'époque réputé être titulaire des droits de reproduction de l'œuvre¹⁴³⁷. Cette approche s'appliquera du reste également en matière d'œuvres d'art jusqu'à la loi française du 9 avril 1910, son acquéreur obtenant le droit de la reproduire comme s'il s'agissait d'un de ses accessoires¹⁴³⁸. Sabellico peut donc s'être vu reconnaître ce monopole au titre de propriétaire du manuscrit original, qu'il n'avait pas encore cédé à un imprimeur. On peut aussi considérer que la reconnaissance du travail de critique et de

¹⁴³⁴ Martin J. LOWRY, *Le Monde d'Alde Manuce*, op. cit., p. 163 note 137 ; p. 166.

¹⁴³⁵ *Ibid.*, p. 37 ; p. 227.

¹⁴³⁶ Laurent PFISTER, *L'Auteur, propriétaire de son œuvre ? La formation du droit d'auteur du XVI^e siècle à la loi de 1957* [r], 2 vol., thèse de doctorat en droit, Université Robert Schuman (Strasbourg III), septembre 1999, vol. 1, p. 36 ; Françoise BENHAMOU, Joëlle FARCHY, *Droit d'Auteur et Copyright*, op. cit., p. 19.

¹⁴³⁷ Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art ?*, op. cit., p. 50 ; Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 161, note 52.

¹⁴³⁸ Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 141.

mise en page effectué par l'éditeur a fini par rejaillir sur l'auteur, dont le travail de rédaction serait ainsi reconnu. Il ne faut enfin pas négliger le fait que le monopole accordé de manière somme toute isolée à Sabellico portait sur un texte de portée officielle, et qu'en s'assurant qu'il ne serait pas malmené par des éditeurs peu scrupuleux, il pouvait permettre aux autorités de la République, à travers son auteur, de conserver un certain contrôle sur l'image historique de la Sérénissime ; au demeurant, le Sénat, conscient de l'importance d'un récit historique de référence pour l'image de la ville, décidera en 1516 de créer la charge d'historiographe officiel de la République, afin de poursuivre l'œuvre de Sabellico, qui s'arrêtait à l'année 1487¹⁴³⁹. Mais ce ne sont là que conjectures.

Avec l'imprimerie, c'est l'éditeur qui est pris en compte et protégé contre la concurrence de ses pairs, et non l'auteur, dont le statut reste dans un premier temps inchangé, pour ne pas dire négligé. La lettre de privilège obtenue par Laurent Torrentin en 1555 pour son édition des *Pandectes* indique expressément vouloir protéger son labeur et les frais engagés dans cette entreprise contre ceux qui voudraient en « imiter l'ordre, correction et forme ». Le fait d'accorder un privilège sur une telle œuvre défend par ailleurs l'idée que « l'auteur de la révision avait un certain droit sur l'œuvre revue », indépendamment de son ancienneté ; c'est donc bien plus la nouveauté de la forme que du fond qui est ici prise en compte, et plutôt le travail que la création comme telle¹⁴⁴⁰.

Si les privilèges accordés ne s'inquiètent guère des auteurs, ces derniers ont pourtant eux aussi à souffrir de plagiat, avant tout de la part des autres auteurs ; la plupart des plagats de l'époque consistent cependant plutôt à s'attribuer un texte ancien peu connu, et ne lèse donc pas d'auteurs vivants. Ce type de contrefaçon relève davantage du mouvement renaissant que de l'avènement de l'imprimerie : en possession d'une version rare d'un auteur grec ou latin, certains profitèrent du regain d'intérêt envers ces auteurs pour revendiquer la paternité d'un texte qu'ils s'étaient contenté de traduire¹⁴⁴¹. Toutefois, dans le contexte mentionné plus tôt de la révolution pédagogique entraînée au sein de l'Université par l'irruption des imprimés, plus d'un étudiant se fit une petite réputation en reprenant les variantes proposées par ses maîtres, puis en les mâtinant de quelques conjectures en marge de ses manuels avant de proposer sa propre version ainsi établie au premier imprimeur peu scrupuleux. Ange Politien, Giorgio Valla, Sabellico et Codrus Urceus se plaignirent amèrement de ces plagats¹⁴⁴².

Il existe curieusement moins de traces d'auteurs se plaignant du plagiat des imprimeurs. Cela tient aux relations que ces derniers entretenaient avec leurs éditeurs – les éditeurs consciencieux s'entend. Outre qu'ils participaient souvent à l'élaboration

¹⁴³⁹ Marie VIALON-SCHONEVELD, *Infortune et fortune d'un historiographe vénitien : Martin Sanudo* [a], dans France (2001), pp. 27-42, p. 32.

¹⁴⁴⁰ Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 173.

¹⁴⁴¹ Hélène MAUREL-INDART, *Du Plagiat*, op. cit., p. 14.

¹⁴⁴² Martin J. LOWRY, *Le Monde d'Alde Manuce*, op. cit., p. 39.

de leur mise en page, rappelant la collaboration réunissant le peintre à l'artisan chargé de la reproduction lithographique d'une de ses œuvres, une célèbre lettre d'Érasme à Alde Manuce du 28 octobre 1507 nous apprend beaucoup sur la nature de tels échanges. Érasme y apparaît dans une attitude de demandeur, conscient qu'il est de la nécessité où il se trouve de passer par l'entreprise aldine pour assurer à son ouvrage toute la publicité désirée ; l'humaniste de Rotterdam n'hésite pas à laisser Alde libre d'opérer sur son texte toutes les corrections qu'il estimera nécessaires et s'offre de garantir les frais d'impression des 200 premiers exemplaires¹⁴⁴³. L'auteur publié de son vivant étant de fait rarement rémunéré, il considérerait que toute impression augmentait son prestige, pour autant bien sûr que son texte ne soit pas déformé ou imprimé dans de mauvaises conditions : cela explique qu'il avait moins souvent à se plaindre d'éditions pirates que son propre éditeur. On retrouve ici l'état d'esprit des chercheurs actuels qui, loin de prétendre vivre de leurs articles, semblent même prêts à payer pour qu'ils soient retenus par des revues de renom, espérant de ces publications des retombées indirectes telles que la reconnaissance de leurs pairs ou une promotion académique.

Ainsi, et contrairement à ce que prétend Michael Kline – dont la thèse est reprise par Elizabeth Eisenstein, *l'imprimerie ne semble pas avoir accru l'« individualisme possessif » des écrivains sur leur œuvre, mais a plutôt créé un nouveau marché* dont les auteurs désireront profiter eux aussi par la suite, à l'instar des imprimeurs qui s'enrichissent à leurs dépens¹⁴⁴⁴. Kline va même jusqu'à prétendre que « les termes de plagiat et *copyright* n'existaient pas pour le ménestrel. C'est seulement après l'imprimerie qu'ils commencèrent à revêtir un sens pour l'auteur »¹⁴⁴⁵, niant ainsi tout ce que nous savons des revendications des auteurs antiques sur la paternité de leur œuvre, et sur le désir, pour certains d'entre eux, de vivre de leur activité.

S'il est bien vrai que les premiers dispositifs normatifs de protection des œuvres remontent à l'apparition de l'imprimerie à caractères mobiles, on en a trop vite conclu que ces normes ont été adoptées pour faire face à la reproduction en quantités pour ainsi dire industrielles qu'elle permettait, ouvrant une ère nouvelle en matière de circulation des idées. Dans les faits, cette invention qui inaugure en un sens « l'ère moderne de la circulation des idées »¹⁴⁴⁶, n'améliore pas les conditions de publication d'un marché préexistant ; *elle le crée*, ce qui change tout¹⁴⁴⁷. En effet, avant

¹⁴⁴³ *Ibid.*, op. cit., p. 167.

¹⁴⁴⁴ voir notamment Pierre-Emmanuel MOYSE, *La Nature du droit d'auteur* [a], op. cit., p. 2 : « L'imprimerie rythmait les perspectives de profit des seuls éditeurs. L'auteur qui se sentit alors spolié, dépossédé, se réclama de son droit sur le fruit de son esprit. »

¹⁴⁴⁵ Michael B. KLINE, *Rabelais and the Age of Printing* [a], dans *Études rabelaisiennes IV: Travaux d'humanisme et Renaissance*, Genève, vol. 60 (1963), pp. 1-59, p. 54, cité par Elizabeth L. EISENSTEIN, *La révolution de l'imprimé à l'aube de l'Europe moderne*, op. cit., pp. 108-109.

¹⁴⁴⁶ Fred REILLIER, *Une crise de la propriété littéraire et artistique ?* [a], <http://www.fredreillier.com/index.php/droits-dauteur/une-crise-de-la-propriete-intellectuelle-et-artistique>, p. 2.

¹⁴⁴⁷ Martin J. LOWRY, *Le Monde d'Alde Manuce*, op. cit., p. xxx.

Gutenberg, seuls les moines et les princes, à la rigueur les universitaires, étaient susceptibles de posséder des manuscrits, et le savoir était monopole d'Église ou de classe. Ce n'est donc pas parce que l'imprimerie rend la contrefaçon plus facile qu'elle suscite l'adoption de protections, mais parce qu'elle crée de toutes pièces un marché lucratif, rendant les textes accessibles aux bourgeois de l'époque, suscitant également l'appétit d'entrepreneurs moins sensibles à la culture qu'au profit et justifiant par la production de textes en série tout un travail critique aisé à reprendre à peu de frais par des concurrents peu scrupuleux. Fait significatif, les premiers bénéficiaires de ces protections sont bien les éditeurs et non les auteurs, car ces mesures entendent avant tout protéger les revenus de celui qui prend le risque financier de la publication, à l'instar des buts poursuivis par le *copyright* actuel. Et si, à en croire les arguments invoqués par les demandeurs, les privilèges de publication ont été motivés par leur travail d'édition critique et les fonds engagés – et non à titre de propriétaires des manuscrits originaux qu'ils entendaient publier, il est permis de voir dans ce monopole « une institution de sauvegarde industrielle »¹⁴⁴⁸, voire l'une des premières manifestations d'une protection contre la concurrence déloyale. Les privilèges généraux portant sur le dessin des caractères consacrent également un travail de conception, et relèvent à ce titre de la protection contre la concurrence déloyale ; dans la mesure où c'est la forme spécifique des caractères qui est protégée, non le procédé des caractères mobiles ou la formule du métal utilisé, il n'est en effet pas possible d'y voir une forme de brevet industriel. La protection des brevets se conçoit en effet comme la contrepartie de la révélation par l'inventeur de son secret de fabrication à l'occasion de la procédure d'enregistrement, alors que la première utilisation des caractères révèle nécessairement au public leur dessin.

L'auteur, lui, reste assez peu concerné par ces privilèges, si ce n'est dans les nouveaux rapports que la technique émergente lui permet de nouer avec son public. Françoise Chaudenson nous rappelle que les premiers incunables furent anonymes et sans titre¹⁴⁴⁹ et pour Marie-Claude Dock « la protection de l'œuvre – par opposition aux exemplaires sortant de la presse – n'était qu'un effet incidentel », précisant que les rapports entre le bénéficiaire du privilège et l'auteur du texte n'intéressaient pas les autorités¹⁴⁵⁰. Seul le décret vénitien de 1544 interdisant l'impression d'un ouvrage sans l'autorisation écrite de son auteur constitue le premier embryon de droit positif spécifique reconnu à un auteur pris comme tel. Le privilège reconnu en 1486 à Sabellico, lui, représente une décision ponctuelle – voire isolée – plus qu'une règle générale et abstraite et semble pris dans la foulée des privilèges de publication accordés aux éditeurs sans qu'une véritable réflexion vienne à l'appui du monopole consenti. Les autorités semblent en effet être passées d'une protection du risque de l'investissement de l'éditeur à celle de la possibilité pour l'auteur de vivre de son art sans réflexion véritable sur ce changement fondamental de fondement, masqué par le

¹⁴⁴⁸ Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 163.

¹⁴⁴⁹ Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit., p. 51.

¹⁴⁵⁰ Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 165.

fait que ces deux types de protection portent sur un titre. En France, Montaigne comptera parmi les premiers bénéficiaires de ces « droits d'auteur »¹⁴⁵¹ ; là encore, la réflexion sur cette mutation profonde du fondement de la protection par les autorités qui l'ont accordée semble faire défaut.

Les XVI^e et XVII^e siècles

Les privilèges de publication, initialement accordés pour protéger une prestation utile entraînant de grands risques financiers, changèrent assez vite de nature au point de devenir « de simples monopoles mercantilistes », les risques financiers liés à l'édition d'un ouvrage ayant considérablement diminué : l'acquisition du matériel était toujours moins onéreuse, et, suite à l'augmentation du nombre de personnes désireuses de s'instruire, l'écoulement des exemplaires d'une édition devenait chose plus sûre¹⁴⁵².

Dans un troisième temps, le pouvoir central français va voir dans ce système un moyen efficace de faire respecter les mesures de police visant le contrôle politique de la librairie et à faire respecter la censure royale : entre 1537 et 1566, diverses ordonnances rendent nécessaire l'obtention d'une autorisation écrite officielle avant de pouvoir publier un ouvrage et consacrent l'obligation du dépôt d'un exemplaire avant de pouvoir en diffuser l'édition ; la peine encourue en cas d'infraction à l'ordonnance de Moulins de 1566 n'était autre que la pendaison ou l'étranglement¹⁴⁵³. Les premières permissions de publier n'octroyaient en elles-mêmes aucun droit exclusif, ce qui prouve bien son but de censure ; on comprend dès lors que les libraires aient tenté de se soustraire à ces formalités, jusqu'à ce que le pouvoir central associe permission de publier et privilège de publication, afin de se les concilier, donnant naissance à la loi sur les « privilèges perpétuels » de 1686, qui ne semble donc pas essentiellement motivée, quoi qu'on ait pu dire¹⁴⁵⁴, par une hausse importante des investissements nécessaires à l'activité d'imprimerie-édition. Le privilège de librairie devient de ce fait une institution protectrice de l'ordre public, ce qui le soumet à l'arbitraire du « bon plaisir du roi »¹⁴⁵⁵.

Une affaire cependant concernera, à travers la question du privilège de publication, le droit à reconnaître aux auteurs sur leurs œuvres, et surtout les limites qu'il peut imposer au système des privilèges de publication. Plaidée en 1586 devant le Parlement de Paris par Marion, le plus célèbre avocat de l'époque, cette affaire portait sur la publication d'un ouvrage relatif à Sénèque écrit par un humaniste alors décédé, Marc-Antoine Muret, dont les amis avaient librement fait publié son ouvrage sans avoir pris

¹⁴⁵¹ Fred REILLIER, *Une crise de la propriété littéraire et artistique ?* [a], op. cit.

¹⁴⁵² Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 165 ; p. 169.

¹⁴⁵³ *Ibid.*, p. 167.

¹⁴⁵⁴ voir notamment Jan BAETENS, *Le Combat du droit d'auteur : anthologie historique, suivie d'un entretien avec Alain Berenboom*, op. cit., p. 8.

¹⁴⁵⁵ Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 169 ; Michel THIOLLIÈRE, *Rapport du 12.04.2006 au Sénat français relatif au DADVSI* [r], op. cit., p. 19, chap. I, 2 (« Renaissance et âge classique : émergence de la propriété intellectuelle »).

soin de requérir un privilège de publication. Ce privilège, c'est Nicolas Nivelles, un éditeur parisien concurrent de celui auquel les amis de Muret se sont adressés, qui l'obtient à leur insu le 7 février 1586. Maître Marion plaide contre Nivelles et conclut à la suppression de son privilège. Il invoque pour cela le lien pour ainsi dire ontologique existant entre un individu et le fruit de son activité créatrice, qu'il compare à celui qu'on reconnaît à Dieu sur ses œuvres, puis en tire sa conséquence, à savoir la libre disposition de l'auteur sur son texte : « les hommes, les uns envers les autres, par un commun instinct, reconnaissent tant chacun d'eux, en son particulier, être seigneur de ce qu'il fait, invente et compose ; que même, parlant humainement de la grandeur de Dieu et de sa toute puissance sur les choses réelles, ils disent le ciel et la terre lui appartenir, parce qu'ils sont l'œuvre de sa parole ; le jour et la nuit être vraiment siens, parce qu'il a fait l'aurore et le soleil. De même, l'auteur d'un livre en est tout à fait maître et comme tel en peut librement disposer, même le posséder toujours sous sa main privée, ainsi qu'un esclave, ou l'émanciper en lui concédant la liberté commune, et la lui accorder, soit pure et simple sans y rien retenir, soit sous réserve, par une sorte de droit de patronage, que personne d'autre que lui ne pourra l'imprimer qu'après quelque temps. »

Dès lors que l'ouvrage est paru sans la garantie d'un privilège, Marion y voit la volonté implicite de l'auteur de le distribuer « libre de tout droit » si bien qu'il ne peut plus faire l'objet d'une protection postérieure, d'où la nullité du monopole obtenu par Nivelles¹⁴⁵⁶. Marion obtiendra gain de cause le 15 mars 1586 sur l'invocation de ce qui deviendra le droit de première divulgation, fort de ce qu'à l'époque un privilège de publication pouvait être rendu au bénéfice d'un auteur. Cependant, les auteurs ne se verront pas confirmer ce droit positif, la décision n'ayant pas fait jurisprudence, sans doute parce que cette prérogative de l'auteur avait surtout été avancée pour faire barrage à un privilège à l'évidence abusif.

Marie-Claire Dock rapporte enfin que les ouvrages contemporains faisaient l'objet de conventions privées entre auteurs et éditeurs, l'éditeur achetant le titre que l'auteur lui proposait, après avoir estimé la grosseur du volume, son format et le prix de vente. Après conclusion de l'accord, l'écrivain repartait rédiger son ouvrage, qui prenait ainsi le tour d'une commande¹⁴⁵⁷. Si Maître Marion montre bien qu'il est possible à l'auteur de divulguer son œuvre « libre de tout droit » ou de la diffuser sous réserve que le monopole de publication qui y était attaché reste respecté, on ne concevait pas à l'époque qu'en matière patrimoniale l'auteur puisse se dessaisir temporairement de certains droits tout en conservant sa propriété. Ainsi l'acquisition d'un titre par l'éditeur le fait devenir exclusif propriétaire de l'ouvrage dès le paiement du prix initialement convenu¹⁴⁵⁸.

¹⁴⁵⁶ Antoine GITTON, *La Protection de l'environnement intellectuel*, op. cit., p. 16.

¹⁴⁵⁷ Marie-Claire DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 177.

¹⁴⁵⁸ *Ibid.*, pp. 177-179.

Un siècle après l'apparition de l'imprimerie, les auteurs ne se sont toujours pas vu octroyer de véritables droits positifs. Marie-Claude Dock, qui s'en étonne, avance plusieurs raisons pour en rendre compte : la censure du pouvoir politique tout d'abord, qui empêche les auteurs d'occuper la place déterminante qu'il auraient pu détenir auprès de leur nouveau public s'ils avaient pu communiquer librement avec lui ; la honte à porter devant tous leurs préoccupations matérielles ensuite, qui semble capitale et pourrait expliquer à elle seule la situation plutôt défavorable des auteurs à l'époque face à des éditeurs détenant le monopole de la production et de la vente de livres¹⁴⁵⁹ ; la pratique des dédicaces enfin, qui poussait les écrivains à espérer que l'aristocrate à qui ils dédieraient leur livre leur verserait assez d'argent pour les dédommager de leurs efforts. Cette forme de mécénat les faisait écrire en faveur du pouvoir et leur ôtait toute velléité à revendiquer de meilleurs revenus provenant de l'édition de leurs livres. Ceci dit, la nature de ces obstacles à la revendication de droits positifs – d'ordre avant tout politique, psychologique et social – prouve bien que l'imprimerie ne pouvait susciter par elle-même de tels droits en faveur des auteurs, et que ceux-ci demeuraient tributaires de l'évolution de la figure de l'auteur au sein de la société. Rien ne permet de penser qu'il en soit différemment de toute autre technique de reproduction des œuvres, ni qu'il puisse en être autrement de nos jours.

Les origines du droit d'auteur

Le XVIII^e siècle

□ *Les Lumières*

On appelle *Lumières* les élites européennes du XVIII^e siècle ouvertes aux progrès de la raison et de la science. L'expression de *Lumières*, qui renvoie aux clartés de l'esprit opposées aux obscurités où maintient l'ignorance, désigne donc le mouvement intellectuel, culturel et scientifique qui traversa ce siècle, lequel débuta en France par la mort de Louis XIV en 1715, mais auquel la Révolution anglaise de 1688 donna le ton, suivie de la Déclaration d'indépendance des États-Unis de 1776 et de la Révolution française en 1789. Désignant à l'origine tout homme éclairé du siècle, il s'applique de nos jours avant tout aux principaux esprits de l'époque, parmi lesquels on compte Montesquieu, Voltaire, Jean-Jacques Rousseau, Denis Diderot, Jean le Rond d'Alembert, Immanuel Kant, Pierre-Augustin Caron de Beaumarchais et Nicolas de Condorcet, mais aussi Wolfgang Amadeus Mozart et Thomas Jefferson¹⁴⁶⁰. Ce groupe assez hétérogène inspira directement la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et se trouve à l'origine de l'émergence du système moderne de droits positifs en faveur de l'auteur.

¹⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 179.

¹⁴⁶⁰ Les cas de John Locke et d'Adam Smith seront exposés par la suite ; selon l'analyse d'Ellen Meiksins Wood (Ellen MEIKSINS WOOD, *L'Origine du capitalisme*, op. cit.), il convient de distinguer clairement John Locke des Lumières.

Trois idées fondent leur programme : « l'autonomie, la finalité humaine de nos actes et enfin l'universalité », où par autonomie il faut entendre le fait de « privilégier ce qu'on choisit et décide soi-même, au détriment de ce qui nous est imposé par une autorité extérieure »¹⁴⁶¹. Au nom de l'universalité de la raison, habités par une foi indéfectible dans l'idée de progrès, portés par « l'amour du genre humain » et par un idéal de partage des connaissances qui n'est pas sans rappeler le programme de Nicolas de Cuse et d'Alde Manuce¹⁴⁶², les Lumières prônent la résistance aux pouvoirs arbitraires, l'émancipation de tout le genre humain – en particulier la lutte contre l'esclavage – l'abolition des privilèges – qu'ils assimilent à des particularismes issus de l'arbitraire du roi – et le développement de l'esprit critique face à toute forme de pouvoir, qu'il soit intellectuel, religieux ou politique¹⁴⁶³. Leur goût pour l'émancipation et l'autonomie les conduit à une critique ciblée de toute « soumission de la société ou de l'individu à des préceptes dont la seule légitimité vient de ce qu'une tradition les attribue aux dieux ou aux ancêtres »¹⁴⁶⁴. Tzvetan Todorov souligne que ce principe d'autonomie exerce une influence sur de nombreux aspects de leur approche et les pousse à revendiquer non seulement liberté de conscience, mais aussi liberté d'opinion, d'expression et de publication pour tous : « Accepter que l'être humain soit la source de sa loi, c'est aussi l'accepter dans son entier, tel qu'il est, et non tel qu'il devrait être »¹⁴⁶⁵. Cet idéal de liberté est nourri par une éthique plus *intersubjective* que subjective, qui éclaire les limites apportées à la liberté de chacun face à la liberté de l'autre et aux impératifs de la vie à plusieurs : chez les Lumières, c'est l'impératif d'universalité qui fonde l'exigence de liberté et d'égalité, et non le contraire¹⁴⁶⁶. Notons encore que leur foi dans le progrès, notamment du progrès par la science, est plus nuancé chez Jean-Jacques Rousseau : contrairement à ce qu'on a pu dire, il ne s'oppose pas frontalement au progrès, mais il en note la nécessaire ambiguïté, si bien que pour ce promeneur solitaire « le trait distinctif de l'espèce humaine n'est pas la marche vers le progrès, mais la seule *perfectibilité*, c'est-à-dire une capacité de se rendre meilleur, comme d'améliorer le monde, mais dont les effets ne sont ni garantis ni irréversibles »¹⁴⁶⁷. On ne saurait mieux approcher les apports de la science et de la technique dans la perspective de la *sujétité*.

Le combat des Lumières en faveur des libertés s'articule autour de la connaissance : « la connaissance est libératrice, tel est le postulat »¹⁴⁶⁸. Ce principe permet de

¹⁴⁶¹ Tzvetan TODOROV, *L'Esprit des Lumières*, op. cit., p. 10.

¹⁴⁶² Il est fort possible que les Lumières aient eu connaissance du programme d'Alde Manuce par les avant-propos qu'il rédigeait pour ses « classiques ».

¹⁴⁶³ Ellen MEIKSINS WOOD, *L'Origine du capitalisme*, op. cit., p. 289.

¹⁴⁶⁴ Tzvetan TODOROV, *L'Esprit des Lumières*, op. cit., pp. 11-12.

¹⁴⁶⁵ *Ibid.*, pp. 13-14.

¹⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 39 ; p. 18.

¹⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 22 ; c'est l'auteur qui souligne.

¹⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 13.

comprendre l'importance que les Lumières accorderont à l'auteur, ferment de la transmission des connaissances. Sous leur influence, l'accomplissement de l'individu devient un projet de société, et cet accomplissement passe par l'éducation, l'accès aux arts et aux sciences : la liberté de l'accès aux œuvres devient centrale, et renforce la position des auteurs dans un équilibre de réciprocité exposé par le *Contrat social* de Rousseau : l'accès aux œuvres s'inscrit dans une règle d'échange qui permet aux membres du public d'accomplir leur nature humaine, et de devenir créateurs à leur tour¹⁴⁶⁹. Cet aspect de leur programme sera repris par les *romantiques*. En outre, l'autonomie revendiquée pour l'homme se prolonge dans celle de ses œuvres¹⁴⁷⁰ : « l'artiste créateur est celui qui décide lui-même de ses propres compositions et les destine à une jouissance purement humaine »¹⁴⁷¹. Les *Lumières*, en prônant l'abolition de tous les privilèges, cherchent donc à fonder l'autonomie de l'auteur et sa reconnaissance sur de nouvelles bases, qui passent par l'octroi de droits : des droits, précisément, et non plus un effet des caprices de l'autorité. Elles revendiquent non seulement le respect de leurs textes, porteurs de la part la plus précieuse de leur personnalité et de leur pensée, mais aussi la part qui leur est due des échanges marchands qui s'organisent autour de leurs ouvrages. Un droit dont la mesure la plus juste de la valeur leur semble être le nombre d'exemplaires vendus, qui viendrait remplacer le système de l'*honorarium*, sorte de gratification accordée de manière assez arbitraire en réminiscence du mécénat privé puis d'État des siècles précédents¹⁴⁷².

➤ Denis Diderot et le conflit des libraires

En France, pendant ce temps, la jurisprudence du Conseil du Roi reporte peu à peu sur l'auteur les privilèges autrefois reconnus aux éditeurs, tout en conservant ses exigences en matière de surveillance auprès des libraires-éditeurs ; afin d'exercer un contrôle plus étroit, le roi tendait à n'accorder de privilèges qu'à la condition expresse que l'ouvrage soit publié à Paris, accordant de surcroît aux libraires parisiens la prolongation des privilèges acquis. Les membres de la Librairie de Paris se retrouvent ainsi détenir « l'exclusif » du commerce perpétuel des – déjà – classiques tels que Racine, Corneille et La Fontaine. Les libraires provinciaux s'opposent de manière toujours plus virulente à ces pratiques, déposant mémoire sur mémoire devant le Garde des Sceaux, au nom de l'intérêt général¹⁴⁷³. Ils déposent un mémoire de Maître Flusin, qui établit que les privilèges sont des monopoles temporaires destinés à permettre à un

¹⁴⁶⁹ Antoine GITTON, *La Protection de l'environnement intellectuel*, op. cit., p. 18.

¹⁴⁷⁰ Tzvetan TODOROV, *L'Esprit des Lumières*, op. cit., p. 14.

¹⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 15.

¹⁴⁷² Sébastien CHEVALIER, *Qu'est-ce qu'un livre ?* [a], 22.10.2009, <http://norwitch.wordpress.com/2009/10/22/quest-ce-quun-livre>.

¹⁴⁷³ Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 187 ; Denis DIDEROT, *Lettre sur le commerce de la librairie*, Parangon, Paris 2001 [1763, sous le titre *Lettre sur le commerce des livres*], préface de Michel Parfenov, p. 6.

auteur ou à un éditeur de se rembourser de leurs frais, si bien qu'une fois cet objectif atteint, ils n'ont plus de raison d'être¹⁴⁷⁴.

Ce conflit va profiter semble-t-il avant tout aux auteurs, dont le droit est invoqué à l'appui des deux thèses. Louis d'Héricourt, l'avocat des libraires parisiens, partisans des privilèges, fonda contre toute attente dans son mémoire de 1725 la défense de ses clients sur... le droit des auteurs à disposer de leur création :

« Un manuscrit [...] est, dans la personne de l'auteur, un bien qui lui est réellement propre, parce que c'est le fruit du travail qui lui est personnel, dont il doit avoir la liberté de disposer à son gré pour se procurer, outre l'honneur qu'il en espère, un profit qui lui fournisse ses besoins, et même ceux des personnes qui lui sont unies par les liens du sang, de l'amitié ou de la reconnaissance [...]. Si un auteur est constamment propriétaire et par conséquent seul maître de son ouvrage, il n'y a que lui ou ceux qui le représentent qui puissent valablement le faire passer à un autre et lui donner dessus le même droit que celui que l'auteur y avait. Par conséquent, le Roi n'y ayant aucun droit, tant que l'auteur est vivant ou représenté par ses héritiers, il ne peut le transmettre à personne, à la faveur d'un privilège, sans consentement de celui à qui il se trouve appartenir. »

Il s'agissait donc pour les libraires parisiens de défendre leurs privilèges en s'appuyant sur le droit des auteurs dont ils avaient hérité par cession. Raisonement précaire, qui s'appuyait sur la condition dont le Roi assortissait généralement les privilèges accordés, à savoir que l'ouvrage en question soit édité dans la capitale. Raisonement paradoxal aussi, consistant à défendre un privilège, par nature exceptionnel – voire arbitraire –, en le présentant comme la garantie d'un droit acquis par cession¹⁴⁷⁵. Raisonement à court terme surtout : l'argument fut resservi par les auteurs, ainsi que par leurs héritiers, afin de revendiquer leurs droits contre tout éditeur qui aurait disposé d'un texte sans leur approbation ; l'argument fut à plusieurs reprises favorablement accueilli par le Conseil du Roi dans le cadre des causes qui lui étaient soumises¹⁴⁷⁶.

Les libraires-éditeurs parisiens finirent par recourir aux services de Denis Diderot, qui écrivit en 1763 sa *Lettre sur le commerce de la librairie*¹⁴⁷⁷. Ses arguments reprennent les idées et le paradoxe défendus par d'Héricourt, y compris ses vues sur le rapport de propriété liant l'œuvre à son auteur. Denis Diderot approuve le principe du renouvellement des privilèges concernant les œuvres du passé et estime, pour les ouvrages nouveaux, que la propriété de l'ouvrage appartenant à l'auteur, celui-ci la transmet avec tous ses effets lorsqu'il s'en départit en faveur d'un libraire. Ainsi Diderot se retrouve-t-il à défendre la cause de ceux qui l'avaient si souvent exploité. « Exploité » n'est pas un vain mot : Denis Diderot recevra un forfait, suivi d'un salaire annuel de 2'500 livres pour son engagement dans la rédaction de l'*Encyclopédie*. Là où le revenu annuel moyen des auteurs oscille entre 300 et 1'000 livres, soit moins

¹⁴⁷⁴ Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 193.

¹⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 191.

¹⁴⁷⁶ Boris LIBOIS, Alain STROWEL (dir.), *Profils de la création – Technoscience, art et politique*, interventions du colloque international organisé par le Centre de droit de la culture des Facultés universitaires Saint-Louis, 22 et 23 septembre 1994, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles 1997, p. 144.

¹⁴⁷⁷ Denis DIDEROT, *Lettre sur le commerce de la librairie*, op. cit.

qu'un comédien, Denis Diderot semble connaître l'aisance, mais cette aisance est précaire. L'écrivain, quoi qu'il en soit, subit les risques de l'achat à forfait du droit d'exploiter son manuscrit ; rares sont ceux qui, comme Choderlos de Laclos pour *Les Liaisons dangereuses*, parviennent à signer un contrat de « moitié profit » leur permettant de recevoir la moitié des profits générés par la vente de la première édition¹⁴⁷⁸. Pour donner une idée de la différence de fortune séparant un auteur d'un éditeur, Denis Diderot estime dans sa *Lettre* le fruit de ses activités littéraires à 40'000 écus, là où la succession du libraire Durand est évaluée à 900'000 francs¹⁴⁷⁹.

On peut par ailleurs se demander ce qui put bien pousser Denis Diderot à défendre un particularisme alors que les Lumières et l'*Encyclopédie* ne jurent que par l'abolition des privilèges : c'est qu'en bon politique, Denis Diderot comprend que cette cause lui permet de faire avancer celle des droits d'auteurs, autrement dit la sienne, qui est celle de l'accession de plein droit par l'auteur à la propriété sur son œuvre, condition incontournable pour s'affranchir du mécénat, du clientélisme et des privilèges royaux accordés à bien plaisir ; une fois cette propriété assise, il sera toujours temps de songer à libérer l'auteur de ses éditeurs¹⁴⁸⁰. La défense des privilèges s'avère n'être qu'un paravent. Ne trouve-t-on pas dans sa *Lettre* ce conseil : « abolissez tous les privilèges, ceux même de la librairie, j'y consens »¹⁴⁸¹ ? Ce que défend Denis Diderot, c'est un système solidaire dont profiteraient auteurs et libraires, basé sur le droit des auteurs et les contrats¹⁴⁸². Il faut aussi y voir la preuve que ce qui préoccupe Denis Diderot, comme Emmanuel Kant et Martin Luther avant lui, c'est avant tout d'assurer l'intégrité de ses textes contre les publications parasites des éditeurs concurrents et d'œuvrer à la diffusion des idées¹⁴⁸³. Le pari est toutefois risqué, vu que l'auteur se trouve fort démuni face à l'éditeur une fois qu'il lui a cédé ses droits : il suppose donc que l'éditeur choisi par l'auteur ait à cœur lui-même de respecter l'intégrité du texte

¹⁴⁷⁸ On parle de contrats de « moitié profit » ; Choderlos de Laclos touchera en tout à peine plus du quart du produit de la vente des 2'000 exemplaires qui seront tirés de ses *Liaisons dangereuses*, soit les deux tiers du produit de la vente des 800 premiers d'entre eux ; s'il s'agit bien de la moitié des profits, on peut en déduire que les frais de production et de fourniture consommaient à eux seuls la moitié du prix proposé au lecteur (Denis DIDEROT, *Lettre sur le commerce de la librairie*, op. cit., préface de Michel Parfenov, p. 8).

¹⁴⁷⁹ Denis DIDEROT, *Lettre sur le commerce de la librairie*, op. cit., préface de Michel Parfenov, p. 8 ; Éric WALTER, *Les Auteurs et le champ littéraire* [a], dans *Histoire de l'édition française*, tome 2, Promodis, Paris 1984, p. 399, cité par Denis DIDEROT, *Lettre sur le commerce de la librairie*, op. cit., préface de Michel Parfenov, p. 4, note 2.

¹⁴⁸⁰ dans ce sens : Suhail HADDADIN, *Essai sur une théorie générale en droit d'auteur* [r], thèse, Université de Poitiers, 22.11.2008, http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/66/23/82/PDF/2008-Haddadin-Suhail-Theses_1_.pdf, p. 12, chap. « La Stratégie de Diderot » ; mais aussi Laurent PFISTER, *L'Auteur, propriétaire de son œuvre ?* [r], op. cit., pp. 218-221, cité par Hélène MAUREL-INDART, *Plagiats, les coulisses de l'écriture*, La Différence, coll. Les Essais, Paris 2007, p. 17, note 18.

¹⁴⁸¹ Denis DIDEROT, *Lettre sur le commerce de la librairie*, op. cit., p. 41.

¹⁴⁸² Jan BAETENS, *Le Combat du droit d'auteur*, op. cit., introduction à la Lettre sur le commerce de la librairie, p. 25.

¹⁴⁸³ Florence-Marie PIRIOU, *Légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle* [a], dans *Diogène*, n°196 (2001/4), pp. 119-143, p. 122.

acquis¹⁴⁸⁴. Les risques d'une telle stratégie, Denis Diderot les vivra à pleine mesure : *La lettre sur le commerce de la librairie* sera impitoyablement censurée par les libraires, qui retrancheront tous les passages prenant la défense des droits d'auteur¹⁴⁸⁵. Il n'est donc pas possible de déduire de ce texte la pleine pensée de Diderot.

Mais Louis d'Héricourt a joint à son développement un élément capital, lourd de conséquences : « la propriété littéraire a les caractères de toute propriété, elle s'acquiert, se garde et se transmet comme tout autre bien mobilier ou immobilier ». Ce faisant, « la création littéraire est assimilée à la production et à l'échange de marchandises »¹⁴⁸⁶.

C'est là qu'il convient de s'interroger sur ce qui a pu permettre le grossier amalgame encore fréquemment commis de nos jours entre droits immatériels et notion de propriété mobilière, là où Sénèque, plus de seize siècles plus tôt, se montrait pourtant d'une approche autrement plus fine dans son *De Beneficiis*¹⁴⁸⁷, pressentant clairement que l'auteur *ne dit pas* sienne son œuvre *au même titre* que le libraire à qui elle a été vendue. Précisons tout de suite que l'amalgame ne se limite pas à l'aspect patrimonial des revendications des auteurs, mais aussi à leur aspect moral : à l'époque de Denis Diderot, la distinction n'étant pas encore opérée entre droits patrimoniaux et droits moraux, les droits d'auteur sont considérés comme un tout, attachés à la propriété du manuscrit original. Au demeurant, Le Breton, l'éditeur de l'*Encyclopédie* et le commanditaire de la *Lettre*, se permettait de censurer les articles qui lui étaient transmis par les encyclopédistes, comme il se permit de retrancher les passages de la *Lettre* qu'il n'avait pas appréciés¹⁴⁸⁸. Le libraire à qui l'auteur a vendu son texte se sent dans le pouvoir d'exercer tous les droits sur le texte, comme s'il l'avait rédigé lui-même ; c'est à peine s'il reste encore à l'auteur un « droit d'inspection » à chaque réimpression – librement décidée par l'éditeur¹⁴⁸⁹. Il s'agit semble-t-il d'une nette régression par rapport à l'approche des Romains, même si le XVIII^e siècle accorde à l'auteur ses premiers véritables droits positifs : les droits positifs accordés originellement à l'auteur, dès lors qu'ils finissent tôt ou tard par être cédés à un libraire – ce dernier détenant le monopole de publication et de vente des livres – servent en fin

¹⁴⁸⁴ Antoine GITTON, *La Protection de l'environnement intellectuel*, op. cit., p. 18 ; il serait toutefois excessif de prétendre que la sécurité juridique de l'éditeur passe par la garantie de l'intégrité du texte cédé, puisque ce dernier a tout loisir de modifier avant publication le texte acquis de l'auteur.

¹⁴⁸⁵ Éric WALTER, *Les Auteurs et le champ littéraire* [a], op. cit., p. 85, cité par Denis DIDEROT, *Lettre sur le commerce de la librairie*, op. cit., préface de Michel Parfenov, pp. 4-5.

¹⁴⁸⁶ Denis DIDEROT, *Lettre sur le commerce de la librairie*, op. cit., préface de Michel Parfenov, p. 6.

¹⁴⁸⁷ Voir ci-dessus, p. 397, note 1374.

¹⁴⁸⁸ Denis DIDEROT, *Lettre sur le commerce de la librairie*, op. cit., préface de Michel Parfenov, pp. 4-5 ; p. 5, note 1.

¹⁴⁸⁹ Anne SAUVY, *Livres contrefaits et livres interdits* [a], dans *Histoire de l'édition française*, tome 2, Promodis, Paris 1984, p. 104 et Jacques PROUST, *Pour servir à une édition critique de « La Lettre sur le commerce de la librairie »* [a], dans *Diderot Studies*, Droz, Genève 1961, p. 333, cités par Denis DIDEROT, *Lettre sur le commerce de la librairie*, op. cit., préface de Michel Parfenov, p. 8.

de compte principalement le libraire et ne bénéficient qu'accessoirement à l'auteur. Les droits de l'auteur étant perpétuels, à l'instar de la propriété mobilière, les droits de l'éditeur qui en hérite deviennent eux aussi imprescriptibles, alors que les privilèges, pensés expressément en faveur de l'éditeur, étaient pour la plupart limités à une période de cinq ans¹⁴⁹⁰. Tout au plus l'auteur peut-il choisir judicieusement son éditeur, en se fondant sur l'expérience qu'il en a ou sur sa réputation professionnelle. C'est somme toute assez court, pour une élite qui prétend fonder la position de l'auteur sur des *droits*.

Par ailleurs, les libraires considérant la perpétuité de la cession des droits d'auteur dont ils bénéficiaient comme incontestable, pendant longtemps les écrivains ne songèrent même pas à discuter leur lecture¹⁴⁹¹. Du reste, Denis Diderot affirmera dans sa *Lettre* : « Qui est plus en droit que l'auteur de disposer de sa chose par don ou par vente ? Or le droit du propriétaire est la vraie mesure du droit de l'acquéreur »¹⁴⁹². C'est qu'à l'époque aussi le transfert de propriété du manuscrit emporte encore transfert de tous les droits qui y sont attachés, donnant un tour matériel à la transmission d'un droit qui par nature ne l'est pas ; ainsi, Antoine Gitton peut-il affirmer : « L'objet matériel du manuscrit n'est pas dissocié d'une propriété intellectuelle sur l'œuvre. Au contraire, il l'incorpore pleinement »¹⁴⁹³.

Tenant de montrer en quoi il est impossible de partager entre tous les libraires le droit d'éditer un ouvrage au nom de l'intérêt général, Denis Diderot écrit :

« il s'agit d'un manuscrit, d'un effet légitimement cédé, légitimement acquis, d'un ouvrage privilégié qui appartient à un seul acquéreur, qu'on ne peut transférer soit en totalité, soit en partie à un autre sans violence, et dont la propriété individuelle n'empêche point d'en composer et d'en publier à l'infini sur le même objet. »¹⁴⁹⁴

Outre le fait que l'on a toujours tendance à penser la nouveauté à travers les modèles déjà connus, poussant les contemporains de Denis Diderot à raisonner en matière de droits immatériels comme ils le faisaient déjà pour les choses matérielles, cette assimilation du droit d'auteur à un droit de propriété s'explique aussi par l'analogie établie entre la création divine et l'activité artistique ou littéraire : ne dit-on pas que l'œuvre *appartient* à son auteur comme le monde *appartient* à Dieu ? Bien que personne ne prétende que Dieu soit *propriétaire* du monde créé, l'ambiguïté du terme *appartenance*, qui recouvre partiellement le sens de propriété, a sans doute fait le reste. Pour peu qu'elle ait désiré échapper à cette ambiguïté, Françoise Chaudenson eût ainsi

¹⁴⁹⁰ Jacques PROUST, *Pour servir à une édition critique de « La Lettre sur le commerce de la librairie »* [a], op. cit., p. 331, cité par Denis DIDEROT, *Lettre sur le commerce de la librairie*, op. cit., préface de Michel Parfenov, p. 6.

¹⁴⁹¹ Denis DIDEROT, *Lettre sur le commerce de la librairie*, op. cit., préface de Michel Parfenov, p. 9.

¹⁴⁹² Denis DIDEROT, *Lettre sur le commerce de la librairie*, op. cit., p. 42.

¹⁴⁹³ Antoine GITTON, *La Protection de l'environnement intellectuel*, op. cit., p. 18.

¹⁴⁹⁴ Denis DIDEROT, *Lettre sur le commerce de la librairie*, op. cit., p. 44.

préféré à son titre À *qui appartient l'œuvre d'art* ?¹⁴⁹⁵ la question plus ouverte À *qui doit-on l'œuvre d'art* ?

Mais il y a surtout que le terme de *propriété* n'a pas le même sens pour Diderot qu'il a pour nous. Le terme de *propriété* appliqué à la *propriété intellectuelle* et au droit d'auteur en particulier vient surtout de l'anglais John Locke. C'est à travers ses deux *Traité du Gouvernement civil* parus en 1690 que les idées d'individualisme, d'originalité et de relativisme esthétique semblent faire leur apparition pour la première fois. En raison notamment de ce que nous savons du modèle économique de l'Angleterre à cette époque et de son caractère éminemment objectifiant, il est tout à fait improbable que chez lui une simple ambiguïté terminologique ait conduit au choix de ce terme pour décrire le lien unissant l'auteur à son œuvre.

➤ **De faux amis : les Lumières et John Locke face à la propriété**

Plusieurs raisons font que les Lumières ont cru un peu vite – et presque naïvement – que leur amour de la raison et leur idéal universaliste de partage des connaissances pouvait s'accommoder de l'individualisme d'un John Locke¹⁴⁹⁶, mais la principale, sans conteste, est le fait qu'ils ignoraient tout des particularités du mécanisme capitaliste mis en place en Angleterre dès le XVI^e siècle ; à voir les confusions encore opérées de nos jours entre les notions d'économie de marché et d'économie capitaliste, qui songerait à les en blâmer ? Le modèle de Denis Diderot est certes l'Angleterre : « on ne connaît point là la différence de l'achat d'un champ ou d'une maison à l'achat d'un manuscrit », écrira-t-il dans la *Lettre sur le commerce de la librairie*¹⁴⁹⁷. Mais l'Angleterre a radicalisé au XVI^e siècle la notion même de propriété foncière, passant d'un droit personnel équilibré par l'exercice de droits coutumiers communs (droit de vaine pâture par exemple) au droit *exclusif* d'un seul sur une terre, au nom de l'efficacité et de la rentabilité. Les conséquences de ce changement n'étaient guère identifiées en France ; elles furent désastreuses sur le plan humain pour les petits propriétaires terriens anglais, massivement expropriés et prolétariés par le nouveau système, ainsi que nous l'avons abordé au chapitre précédent¹⁴⁹⁸.

Comme ses contemporains, Denis Diderot n'avait pas vu en quoi, s'étant affranchie de la plupart des contraintes de la royauté lors de sa révolution de 1688, l'Angleterre s'en était infligée de beaucoup plus surnoises à travers la mise en place du capitalisme agraire, que la révolution n'avait pas combattu. Dans le contexte français d'alors, *qui n'était pas capitaliste*, Denis Diderot voit dans la propriété privée le bastion de l'individu confronté à la raison d'État, le barrage en somme le plus concret que l'on puisse opposer à la récurrente tentation arbitraire du pouvoir politique. Tzvetan

¹⁴⁹⁵ Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit.

¹⁴⁹⁶ Voir ci-dessus, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « Une rationalité plurielle », pp. 367 ss.

¹⁴⁹⁷ Denis DIDEROT, *Lettre sur le commerce de la librairie*, op. cit., p. 41.

¹⁴⁹⁸ Voir ci-dessus, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), pp. 145 ss.

Todorov précise que les Lumières sont guidées par le principe de « la liberté de l'individu vis-à-vis de tout pouvoir étatique, légitime ou illégitime, *dans les limites d'une sphère qui lui est propre* »¹⁴⁹⁹ : c'est dans cette optique de liberté que s'inscrit leur notion de propriété. Dans un sens analogue, Laurent Pfister précise dans sa thèse que Le Chapelier, lorsqu'il utilise le terme de « propriété », ne l'utilise pas dans sa signification de droit subjectif qui est actuellement la nôtre, mais dans un sens plus objectif, « extrêmement courant à l'époque révolutionnaire », qui reconnaît à l'œuvre « la qualité d'appartenir privativement à l'écrivain »¹⁵⁰⁰. Mais l'absence de référence au système capitaliste brouille ici la compréhension de ce qui oppose notre compréhension de la propriété et celle qu'en avaient les Lumières – dont personne ne niera qu'elles inspirèrent les idéaux révolutionnaires. Et lorsque Jane Ginsburg souligne qu'il convient de ne pas exagérer comme l'a fait la doctrine la portée du choix d'un tel terme, dans la mesure où il s'agissait avant tout d'éviter le terme de « privilège » proscrit du vocabulaire révolutionnaire¹⁵⁰¹, il semble surtout préférable de ne pas l'interpréter avec notre grille de lecture actuelle et de le lire avec le sens que les Lumières lui attribuaient, parfaitement compatible avec l'indépendance de vie et de pensée que réclamait par exemple un Beaumarchais.

En tentant de privilégier la voie de la propriété de l'auteur sur son œuvre, même Denis Diderot – dont pourtant l'attitude conciliante envers les éditeurs en étonna plus d'un – se comporte en Lumière ; ne tend-il pas avant tout à garantir l'indépendance financière et morale de l'auteur, quitte à préconiser un tandem solidaire avec la faction honorable du monde de l'édition ? Quoi qu'il en soit, il ne vise en aucun cas à cadenasser la culture au nom d'une poursuite sans limites et privée du profit aux dépens de la société civile toute entière comme le font actuellement les majorats des loisirs. Il est essentiel de comprendre que Denis Diderot et les Lumières cherchent à se défaire avant tout des imprimeurs concurrents de celui de leur choix, et non du public lui-même. La liberté individuelle est revendiquée par les Lumières au sein d'un paradigme très différent de celui du capitalisme : loin de fonder le droit de chacun contre tous comme l'a posé Thomas Hobbes, elle fait figure de garantie donnée à chaque citoyen en renforcement de celui des autres contre le pouvoir d'un seul, à savoir le tyran. Ainsi, Joseph Lakanal, rapporteur auprès de la Convention du projet de « décret relatif à la propriété des auteurs d'écrits en tous genres, des compositeurs de musique, des peintres et dessinateurs », voté le 19 juillet 1793, proclamera que « de toutes les propriétés, [celle des productions du génie est] celle dont l'accroissement *ne peut [...] donner ombrage à la liberté* »¹⁵⁰². La liberté individuelle chez les Lumières cimente ainsi la société civile

¹⁴⁹⁹ Tzvetan TODOROV, *L'Esprit des Lumières*, op. cit., p. 15 ; c'est moi qui souligne.

¹⁵⁰⁰ Laurent PFISTER, *L'Auteur, propriétaire de son œuvre ?* [r], op. cit., vol. 1, p. 445, cité par Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, op. cit, pp. 13-14, note 7.

¹⁵⁰¹ Jane C. GINSBURG, *Histoire de deux droits d'auteur : la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaires* [a], dans *Revue internationale du droit d'auteur (RIDA)*, vol. 147 (janvier 1991), p. 125, cité par Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, op. cit, p. 14, note 1.

¹⁵⁰² Cité par Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, op. cit, p. 14, n°9, note 2 ; c'est moi qui souligne.

là où elle la divise – proprement la dissout – chez Thomas Hobbes ; en Angleterre, la tragédie des communs (ou « bataille des enclosures ») avait déjà démontré la nature radicalement excluante de la propriété capitaliste. Dans son discours d'ouverture du Congrès littéraire international, prononcé le 17 juin 1848, Victor Hugo résuma à merveille la position des Lumières sur la propriété :

« La propriété littéraire est d'utilité générale. Toutes les vieilles législations monarchiques ont nié et nient encore la propriété littéraire. Dans quel but ? Dans un but d'asservissement. L'écrivain propriétaire, c'est l'écrivain libre. Lui ôter la propriété, c'est lui enlever l'indépendance. »¹⁵⁰³

La Cour de cassation, dans son célèbre arrêt du 25 juillet 1887, rappelle de son côté le caractère trompeur du terme de propriété attaché au droit d'auteur :

« Attendu que le droit d'auteur et le monopole qu'ils confèrent sont désignés à tort, soit dans le langage usuel, soit dans le langage juridique sous le nom de propriété ; que loin de constituer une propriété comme celle que le Code civil a définie et organisée pour les biens, meubles et immeubles, ils donnent seulement à ceux qui en sont investis le privilège exclusif d'une exploitation temporaire [...] »¹⁵⁰⁴.

Étant nous-mêmes héritiers de cette propriété capitaliste, nous devons toujours garder en tête que Denis Diderot, par ce terme, ne parle pas de la même institution que nous, celle-ci ne défendant pas les mêmes rapports de force sociaux dans la France de son temps. Il est par contre incontestable que John Locke utilisait déjà le terme de propriété dans son sens capitaliste. Dans son *Essay Concerning Human Understanding*, ouvrage précurseur du fondement *naturaliste* de la propriété intellectuelle, John Locke étend on l'a vu la « propriété naturelle » de l'individu sur son corps à la « propriété naturelle » du travailleur sur le fruit de son activité physique, appliquant ce principe général à la relation unissant l'auteur à son œuvre, en tant qu'elle est le fruit de son activité¹⁵⁰⁵. C'est ce lien de « propriété naturelle » qui permettrait à l'auteur d'aliéner valablement son œuvre à un tiers, son éditeur par exemple. Nous avons vu ce qu'il faut en penser¹⁵⁰⁶. On notera en outre que John Locke, en plus de ne pas appréhender correctement la relation d'un travailleur au fruit de son activité, réduit la création à une activité purement physique, autrement dit à un simple *travail*, évitant ainsi de traiter de l'épineuse question de l'originalité d'une œuvre, autrement dit du rapport qu'elle entretient d'une part avec la tradition, d'autre part avec la personnalité de son auteur. C'est au prix de toutes ces impasses qu'il fait entrer la création dans le champ exclusivement économique.

L'artiste une fois pensé comme étranger de son corps, c'est en toute logique que le législateur anglais va postuler « la dissociation nette entre l'auteur et l'œuvre » et instituer le *copyright* comme un droit de propriété transférable sur une œuvre dont la

¹⁵⁰³ Cité par Antoine GITTON, *La Copie privée en perspective* [a], op. cit., p. 2.

¹⁵⁰⁴ Chambre des requêtes, 25.07.1887, Grus c./ Ricordi, cité par Antoine GITTON, *La Copie privée en perspective* [a], op. cit., p. 4.

¹⁵⁰⁵ Françoise BENHAMOU, Joëlle FARCHY, *Droit d'Auteur et Copyright*, op. cit., p. 5.

¹⁵⁰⁶ Voir ci-dessus, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « Objectification et destruction de l'humain en l'homme », pp. 190 ss.

dimension marchande prédomine, là où le droit d'auteur, lui, double le droit « naturel » de propriété sur l'œuvre d'un droit de la personne qui voit dans l'œuvre l'*expression* et la *communication* de l'auteur¹⁵⁰⁷. Lorsque Pierre-Augustin Caron de Beaumarchais affirme que sa *propriété* sur ses œuvres ne lui vient de personne, il entend, pour reprendre la thèse que Bernard Edelman défend dans *Le Sacre de l'auteur*¹⁵⁰⁸, insister sur l'opposition du don « quasi divin » qu'il a reçu aux droits que nous reconnait le prince ; du reste, la comparaison qu'il opère à cette occasion entre l'œuvre sortie de son cerveau et Minerve jaillissant de celui de Zeus laisse peu de doutes sur sa pensée¹⁵⁰⁹.

Immanuel Kant s'inscrit lui aussi en faux contre la construction de John Locke. Après avoir relevé que la notion même de « propriété de soi-même » s'oppose à celle de liberté et lui paraît « proprement inconcevable », Kant évoquera longuement la question de la propriété et des conditions de son transfert. Il aborde alors dans son ouvrage *Qu'est-ce qu'un livre ?* sa conception du droit moral, qu'il décrit comme « une propriété de nature spirituelle que l'auteur détient sur son œuvre » et qui subsiste au-delà de sa diffusion auprès du public¹⁵¹⁰. Cette conception repose sur une distinction, déjà classique pour l'époque, entre l'exemplaire concret qui est vendu au lecteur, nécessaire à la diffusion publique d'une idée, et le texte – Immanuel Kant parle de *discours* – expression d'une pensée originale à laquelle les pages servent de support. Celle-ci ne peut être aliénée et confère à celui qui l'a couchée sur le papier un droit imprescriptible sur *toutes* les éditions qui en seront faites – pas seulement la première.

Les liens unissant un auteur à son œuvre sont ainsi pensés dans le rapport de responsabilité, voire la dimension ontologique qu'autorise une notion comme celle d'appartenance. Toute la différence avec l'utilitarisme anglais est là. Issue de son activité créatrice, l'œuvre devient *émanation* de l'auteur – on pourrait aussi parler d'*expression* de l'auteur, mais le terme est critiqué ; œuvre et auteur entretiennent des relations très spécifiques, dont on verra qu'en aucun cas elles ne sont réductibles à une propriété marchande. Denis Diderot, toujours dans sa *Lettre*, écrit :

« Quel est le bien qui puisse appartenir à un homme, si un ouvrage d'esprit, le fruit unique de son éducation, de ses études, de ses veilles, de son temps, de ses recherches, de ses observations, si ses plus belles heures, les plus beaux moments de sa vie, si ses propres pensées, les sentiments de son cœur, la portion de lui-même la plus précieuse, celle qui ne périt point, celle qui l'immortalise, ne lui appartient pas ? Quelle comparaison entre l'homme, la substance même de l'homme, son âme, et le champ, le pré, l'arbre ou la vigne,

¹⁵⁰⁷ Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art ?*, op. cit., pp. 52-53.

¹⁵⁰⁸ Bernard EDELMAN, *Le Sacre de l'auteur*, op. cit.

¹⁵⁰⁹ Pierre-Augustin Caron de BEAUMARCHAIS, *Pétition du 23 décembre 1791 à l'Assemblée Nationale*, cité par Jan BAETENS, *Le Combat du droit d'auteur*, op. cit., p. 55.

¹⁵¹⁰ Immanuel KANT, *Qu'est-ce qu'un livre ?*, dans *Œuvres philosophiques*, t. III, *Métaphysique des Mœurs, Doctrine universelle du droit*, §31, II, Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, Paris 1986 [1797], p. 551.

que la nature offrait dans le commencement également à tous, et que le particulier ne s'est approprié que par la culture, le premier moyen légitime de possession ? »¹⁵¹¹

Pour Denis Diderot, c'est un cri du cœur : bien plus qu'une marchandise, une œuvre est « la substance même de l'homme qui écrit ». On ne peut mieux nier le rapport de propriété que l'on imagine de nos jours. Le fait pour Denis Diderot de reconnaître l'éditeur comme indispensable à la reconnaissance de l'auteur par le public ne fait pas davantage de l'œuvre une pure marchandise, puisque son rôle, tout indispensable qu'il semble, ne l'établit pas pour autant en cocréateur de l'œuvre¹⁵¹².

De fait, les droits revendiqués par les éditeurs français sur la base d'une cession de l'auteur procèdent nécessairement d'un raisonnement en deux étapes : celle qui fonde les droits de l'auteur sur son œuvre, considérant l'aspect *dynamique* du processus créateur, puis celle qui fonde les droits de l'éditeur, considérant l'œuvre comme *produit fini* sur lequel peut s'exercer une cession. Fonder les droits de l'éditeur sans s'inquiéter du lien très spécifique unissant l'œuvre à son auteur, c'est invalider l'ensemble de la démonstration, rien de moins, puisque la cession n'a de valeur que si celui qui l'opère a un droit initial sur ce qu'il cède. Cette interrogation va inéluctablement montrer que la cession de l'auteur à l'éditeur ne peut être que partielle : l'éditeur n'a jamais rien créé, il reste l'étranger de ce processus mystérieux, la cession ne peut donc porter que sur une seule des dimensions de l'œuvre. Kant ira plus loin, et s'oppose à toute idée de cession : pour lui, éditer une œuvre littéraire n'est pas « faire le commerce d'une marchandise en son propre nom, mais conduire une affaire au nom d'un autre, en l'occurrence celui de l'auteur »¹⁵¹³. En comparaison, John Locke élude la question du processus créatif et, parlant de *travail*, considère l'auteur comme une simple « machine à fabriquer des œuvres ».

Condorcet, dans ses *Fragments sur la liberté de la presse*, parus en 1776, prend le contre-pied de Denis Diderot et se montre en cela plus fidèle à l'esprit des Lumières : « Le bonheur des hommes dépend en partie de leurs lumières, et le progrès des Lumières dépend en partie de la législation de l'imprimerie. Cette législation n'eut-elle aucune influence sur la découverte des vérités utiles, elle en a une prodigieuse sur celle dont les vérités se répandent. » À ce titre, il voit dans les privilèges d'édition une « gêne imposée à la liberté », et les déclare dès lors contraires à l'esprit des Lumières, qu'il associe à un accès public aux œuvres¹⁵¹⁴.

Pierre-Augustin Caron de Beaumarchais, familier des prétoires, aura de son côté affaire à la puissante corporation des comédiens, bénéficiaire des privilèges de

¹⁵¹¹ Denis DIDEROT, *Lettre sur le commerce de la librairie*, op. cit., pp. 41-42.

¹⁵¹² Contra : Florence-Marie PIRIOU, *Légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle* [a], op. cit., p. 122, note 12.

¹⁵¹³ Antoine COMPAGNON, *Qu'est-ce qu'un auteur ?*, op. cit., lesson 9 (« La propriété intellectuelle »), chap. « Kant et le droit d'auteur ».

¹⁵¹⁴ Boris LIBOIS, Alain STROWEL (dir.), *Profils de la création – Technoscience, art et politique*, op. cit., p. 147.

représentation et qui se montre peu encline à respecter les droits d'auteur. L'affaire du *Barbier de Séville*, qui opposa les parties de 1776 à 1780, le montre bien. À cette occasion, Beaumarchais prend la tête d'une association qu'il fonde en 1777, le Bureau de la Législation dramatique, qui deviendra l'actuelle Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD). Contrairement à ce qu'on lit trop souvent, il ne se battit pas seulement pour défendre l'aspect patrimonial, mais aussi – et peut-être surtout – pour le droit à l'intégrité de l'œuvre. Les comédiens en effet, par paresse peut-être, par manque de respect du texte et de l'auteur sûrement, déclamaient sur les planches un texte « à leur façon », qu'ils improvisaient ou censuraient passablement, tout en attirant sur affiche leur public par le nom de l'auteur qu'ils s'approprièrent à massacrer. Pierre-Augustin Caron de Beaumarchais s'offusque grandement de ces libertés prises avec ses textes, fort effrontés, qui attirent les foules.

Mais ce sont ses revendications en matière financière qui restent les plus savoureuses :

« On dit au foyer des spectacles qu'il n'est pas noble aux auteurs de plaider pour un vil intérêt, eux qui se piquent de prétendre à la gloire. On a raison : la gloire est attrayante ; mais on oublie que, pour en jouir seulement une année, la nature nous condamne à dîner trois cent soixante-cinq fois ; et si le guerrier, l'homme d'État ne rougit point de recueillir la noble pension due à ses services, en sollicitant le grade qui lui peut en valoir une plus forte, pourquoi le fils d'Apollon, l'amant des Muses, incessamment forcé de compter avec son boulanger, négligerait-il de compter avec les comédiens ? Aussi croyons-nous rendre à chacun ce qui lui est dû, quand nous demandons les lauriers de la comédie au public qui les accorde, et l'argent reçu du public à la comédie qui le retient. »¹⁵¹⁵

On en juge par ces lignes que les auteurs n'ont plus à cette époque les pudeurs d'un Boileau, lequel écrivait en 1674, soit un peu plus d'un siècle plus tôt, dans son *Art poétique* :

« Je sais qu'un noble esprit peut sans honte et sans crime
Tirer de son travail un tribut légitime,
Mais je ne puis souffrir ces auteurs renommés
Qui dégoûtés de gloire et d'argent affamés
Mettent leur Apollon aux gages d'un libraire
Et font de leur art divin un métier mercenaire. »¹⁵¹⁶

Comment comprendre ce revirement des auteurs ? Plusieurs changements l'expliquent, qui se combinent. Le premier d'entre eux tient à la fin de la pratique des dédicaces qui incitait celui qui en bénéficiait à verser une somme importante à l'auteur pour lui marquer sa reconnaissance. Cette sorte de mécénat rendait l'auteur dépendant de la noblesse, puis de la royauté, et donc assez peu critique envers le pouvoir ; elle n'intéressait de plus que les auteurs « bien en cour ». Cette source de revenus disparue, il fallut bien en trouver d'autres. Dans le même temps, l'imprimerie ayant suscité un nouveau public, plus étendu que celui de la tradition manuscrite, ce phénomène devait

¹⁵¹⁵ Pierre-Augustin Caron de BEAUMARCHAIS, *Compte rendu de l'Affaire des auteurs dramatiques et des comédiens français* [1780], cité par Jan BAETENS, *Le Combat du droit d'auteur*, op. cit., p. 47.

¹⁵¹⁶ Nicolas BOILEAU-DESPREUX, *L'Art poétique* [1674], chant IV, v. 127-132, cité par Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 181.

attirer de nouveaux auteurs, une fois les classiques abondamment publiés par les premiers éditeurs. On observe donc une démocratisation des auteurs, qui apprennent à ne dépendre que des faveurs de leur public... et des intermédiaires. S'ajoute en outre le goût ambiant du luxe, dont chacun veut sa part. Ainsi Beaumarchais ne se bat-il pas tant pour payer son boulanger – l'image est frappante, mais plutôt théâtrale en ce qui le concerne – que pour aider ses pairs, moins fortunés que lui, ayant trouvé dans ses héritages et ses activités de trafiquant d'armes en faveur des insurgés américains des revenus plus à même de financer son goût du faste.

➤ **Les bases royales d'un véritable code de la propriété littéraire**

Louis XVI finira par prendre personnellement position dans ce conflit récurrent. Une lettre du roi datée du 7 septembre 1776 invite ses ministres à considérer que la différence de motif à l'appui des privilèges accordés à l'auteur et au libraire – le prix de son travail pour le premier, la garantie de ses avances pour l'autre – doit entraîner une différence de traitement entre les deux, l'auteur ayant le pas sur le libraire. Ce dernier devra se contenter d'« un avantage proportionné à ses frais et un gain légitime »¹⁵¹⁷. De cette lettre, deux des six arrêts réglementaires du Conseil du Roi du 30 août 1777, ceux portant règlement sur la durée du privilège en librairie et concernant les contrefaçons des livres, fondèrent les bases d'un « véritable code de la propriété littéraire ». Ils consacrent à la fois le droit des libraires et ceux des auteurs, tout en les distinguant : un « privilège perpétuel » est reconnu à l'auteur en récompense de son travail, et un privilège temporaire l'est au libraire, proportionné au montant de ses avances et à l'importance de l'entreprise, pour lui permettre de se rembourser des frais auxquels il a consenti en vue de la publication. Sa durée est de quelques années, mais cesse quoi qu'il en soit à la mort de l'auteur, alors que les privilèges dont bénéficient les auteurs, justifiés par leur activité de création, ont un caractère perpétuel. Fait essentiel, et pour la première fois, le privilège de publication devient droit, ou plus exactement une « grâce royale fondée en justice » – bémol que les auteurs critiqueront avec violence – et peut être transféré sur la tête de l'auteur : ce dernier peut ainsi éditer et vendre lui-même ses ouvrages¹⁵¹⁸. Enfin, des pénalités sont prévues en cas de contrefaçon¹⁵¹⁹.

À la suite de certaines protestations et revendications des auteurs, ces arrêts seront en grande partie confirmés le 30 juillet 1778, à ceci près que le Conseil du Roi autorisait désormais que la publication à compte d'auteur – qui supposait que l'auteur ou ses héritiers se chargent eux-mêmes de la vente des exemplaires auprès du public – n'emportât pas cession du privilège à l'imprimeur chargé de dupliquer l'ouvrage. Mais tout accord passé avec un libraire à titre d'éditeur entraînait encore cession par l'auteur

¹⁵¹⁷ Antoine GITTON, *La Protection de l'environnement intellectuel*, op. cit., p. 20.

¹⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 20 ; Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 193.

¹⁵¹⁹ Boris LIBOIS, Alain STROWEL (dir.), *Profils de la création – Technoscience, art et politique*, op. cit., p. 144 ; Michel THIOLLIÈRE, *Rapport du 12.04.2006 au Sénat français relatif au DADVSI* [r], op. cit., chap. I, 3 (« Âge des Lumières : émergence d'un droit des auteurs sur leur œuvre »), p. 20 ; Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., pp. 193-195.

de ses droits, et lui faisait perdre son caractère perpétuel, le texte confié à un éditeur n'étant plus couvert de manière temporaire avant d'entrer dans le domaine public sans être rétrocedé à l'auteur¹⁵²⁰.

□ *La Révolution française*

La Révolution française, fidèle en cela à l'esprit des Lumières, balaye tous les privilèges dans la nuit du 4 août 1789, et avec eux ceux de la librairie, des comédiens et des auteurs. Il est désormais possible de refonder le droit d'auteur sur des principes différents, et Pierre-Augustin Caron de Beaumarchais remonte au front pour défendre les intérêts des auteurs. Le droit reconnu aux auteurs se fondera sur le droit de propriété et sur la liberté d'expression de l'individu, deux droits « naturels » reconnus à ce titre comme « inviolables et sacrés » par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (art. 17, resp. 11)¹⁵²¹. Le rapport de propriété a pourtant fait débat, les révolutionnaires s'y opposant au départ au motif – tout a fait admissible – que l'auteur est redevable à l'égard de la société des sources qu'il a puisées dans le fond commun culturel. La volonté de permettre à l'auteur de profiter de son travail finira par l'emporter, mais il s'en est fallu de peu¹⁵²².

➤ **L'auteur « propriétaire » de son œuvre**

L'intérêt porté par l'époque aux auteurs ne se limite toutefois pas à leurs droits, mais aussi, pour des questions de censure. Un premier projet de loi du 20 janvier 1790, présenté par Sieyès, vise ainsi à réglementer la liberté de la presse, afin de limiter la publication des ouvrages « séditions ». Le projet rend certes l'auteur propriétaire de ses œuvres, mais pour l'en rendre responsable plutôt que pour assurer sa liberté. Il est prévu en contrepartie de garantir à l'auteur l'exploitation de ses œuvres pendant dix ans, « pour l'avancement des Lumières ». Le projet, critiqué de tous bords dans la presse pour ses aspects de police, ne sera jamais appliqué¹⁵²³.

La loi des 13 au 19 janvier 1791, rédigée par Mirabeau, couronne le combat mené par Pierre-Augustin Caron de Beaumarchais jusque là, et reconnaît pour la première fois expressément les deux aspects – moral et patrimonial – du droit d'auteur, tout en consacrant le droit de représentation¹⁵²⁴ et en séparant les œuvres protégées en deux

¹⁵²⁰ Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 197.

¹⁵²¹ Michel THIOLLIÈRE, *Rapport du 12.04.2006 au Sénat français relatif au DADVSI* [r], op. cit., chap. I, 4 (« Les débats de la période révolutionnaire : droit d'auteur et domaine public »), p. 20 ; Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art ?*, op. cit., p. 60 ; Florence-Marie PIRIOU, *Légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle* [a], op. cit., p. 124.

¹⁵²² Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art ?*, op. cit., p. 59.

¹⁵²³ Anne LATOURNERIE, *Petite histoire des batailles du droit d'auteur* [a], op. cit., chap. « Le projet de loi de Sieyès de 1790 : compromis ou mesure de police ? » ; Boris LIBOIS, Alain STROWEL (dir.), *Profils de la création – Technoscience, art et politique*, op. cit., pp. 147-148.

¹⁵²⁴ Michel THIOLLIÈRE, *Rapport du 12.04.2006 au Sénat français relatif au DADVSI* [r], op. cit., chap. I, 4 (« Les Débats de la période révolutionnaire : droit d'auteur et domaine public »), pp. 20-21.

catégories, selon qu'elles présentent un caractère esthétique ou non¹⁵²⁵. L'auteur peut enfin – en apparence du moins¹⁵²⁶ – s'émanciper du pouvoir des éditeurs. La loi étend la durée de protection à cinq ans après la mort de l'auteur, ses droits patrimoniaux passant après sa mort à ses héritiers. Mais la loi de 1791 reste d'application très limitée, puisqu'elle ne protège que les auteurs dramatiques.

Le rapporteur du décret relatif aux spectacles, Isaac René Guy Le Chapelier, aura ce mot fameux et très souvent cité :

« la plus sacrée, la plus inattaquable, et, si je puis parler ainsi, la plus personnelle des propriétés est l'ouvrage, fruit de la pensée d'un écrivain. Cependant c'est une propriété d'un genre *tout à fait différent* des autres propriétés. Quand un auteur a livré son ouvrage au public, quand cet ouvrage est entre les mains de tout le monde, que tous les hommes instruits le connaissent, qu'ils en ont confié à leur mémoire les traits les plus heureux, il semble que, dès ce moment, l'écrivain ait associé le public à la propriété, ou plutôt la lui ait transmise toute entière ; cependant, comme il est extrêmement juste que les hommes qui cultivent le domaine de la pensée tirent quelque fruit de leur travail, il faut que pendant toute leur vie et quelques années après leur mort personne ne puisse, sans leur consentement, disposer du fruit de leur génie. Mais aussi, après le délai fixé, la propriété du public commence, et tout le monde doit pouvoir imprimer, publier les ouvrages qui ont contribué à éclairer l'esprit humain. »¹⁵²⁷

Les précautions d'Isaac René Guy Le Chapelier sont claires : malgré le terme « propriété » qu'il utilise pour désigner ce droit immatériel, et qui s'inscrit – en apparence du moins – dans la tradition remontant à John Locke¹⁵²⁸, il a soin de préciser qu'il s'agit là d'une propriété « d'un genre tout à fait différent ». Le Chapelier, par cette réflexion, rejoint les conclusions auxquelles mènent les dispositions contenues dans le code de Justinien, datant de 529 et rassemblant diverses normes de droit romain antique¹⁵²⁹.

En dépit du caractère privatif que recèle pour nous le terme « propriété », Le Chapelier a soin de préciser :

« le public doit avoir la *propriété* de ces chefs-d'œuvre, qui, plus et mieux que les conquêtes de Louis XIV, ont illustré son règne ; et chacun devrait être maître de s'emparer des ouvrages immortels de Molière, de Corneille et de Racine, pour essayer d'en rendre les beautés et de les faire connaître. Mais le despotisme qui flétrissait tout, qui portait le regard sur toutes les institutions pour les maîtriser, avait envahi cette propriété commune et l'avait mise en privilège exclusif. Cela n'était pas étonnant, lorsqu'une administration vicieuse avait tout transformé en privilèges, et que *son unique système semblait être de blesser les droits de tous pour servir*

¹⁵²⁵ Olivier LALIGANT, *La Révolution française et le droit d'auteur ou pérennité de l'objet de la protection* [a], dans *Revue internationale du droit d'auteur (RIDA)*, vol. 147 (janvier 1991), pp. 2-123.

¹⁵²⁶ voir pp. 517 ss.

¹⁵²⁷ Isaac-René-Guy LE CHAPELIER, *Rapport du 17 janvier 1791 à l'Assemblée nationale*, op. cit., p. 16 ; c'est moi qui souligne.

¹⁵²⁸ Dominique SAGOT-DUVAUROUX, *La Propriété, c'est le vol !* [a], op. cit., p. 5.

¹⁵²⁹ Pierre-Emmanuel MOYSE, *La Nature du droit d'auteur* [a], op. cit., p. 2.

*quelques intérêts particuliers, lorsque l'inquisition de la tyrannie était placée jusqu'à côté du talent et de la pensée pour étouffer l'un et gérer l'autre. »*¹⁵³⁰

On remarquera qu'Isaac René Guy Le Chapelier, s'il se réfère à la notion de propriété défendue par les lois anglaises, en particulier le *Statute of Ann* de 1709, l'entend bien, à la suite de Diderot, comme le meilleur bastion de l'individu qu'est l'auteur contre le pouvoir de censure et la tyrannie du politique, et non comme l'instrument privilégié de la poursuite de l'efficacité et de la productivité, ce qui est très différent. C'est là en fait un point capital. Le fait qu'il se réfère néanmoins à l'Angleterre explique bien l'ambiguïté dans la compréhension que l'époque a du terme « propriété », qui, comme nous l'avons vu à propos de John Locke, repose dans son application au droit d'auteur par les Anglais sur des fondements extrêmement discutables, propres au système capitaliste et opposés sur le fond aux valeurs défendues par les Lumières. La mise en perspective économique¹⁵³¹, a déjà montré les caractéristiques de ce système et a permis de les mettre en rapport avec les déviations actuelles du droit d'auteur.

Mais revenons à l'argument fondamental d'Isaac René Guy Le Chapelier, et que reprendra un peu plus tard un Thomas Jefferson aux États-Unis lorsqu'il écrira en quoi la « propriété » intellectuelle n'est pas une propriété comme une autre. Le Chapelier montre à quel point l'immatérialité du droit d'auteur le rend vulnérable et impossible à défendre d'une appropriation du public. S'il est possible de canaliser la transmission de l'exemplaire – matériel – d'un livre, il est beaucoup plus dur de protéger l'auteur contre la transmission de son texte une fois celui-ci divulgué au public. C'est ce qui explique que la plupart des doctrinaires se sont surtout penchés sur la protection des écrivains, plus que sur celle des peintres ou des sculpteurs : le destin des œuvres de ces derniers, en général en exemplaire unique¹⁵³², est indissolublement associé à celui de leur support matériel, ce qui en rend la maîtrise plus aisée et facilite leur protection par les règles de la propriété mobilière. De plus, l'artiste, tout au moins avant l'adoption du « droit de suite » aujourd'hui obsolète, est censé être entièrement désintéressé sur le plan financier par le produit de la vente initiale de l'œuvre, autrement dit dès son entrée sur le marché, si l'on excepte la question des intérêts moraux de l'artiste sur son œuvre au-delà de sa cession marchande. Il faudra attendre les photographies et les programmes d'ordinateurs pour retrouver des œuvres confrontées à la même question de diffusion intéressant les textes littéraires. J'ajouterai que cette propriété particulière dont parle Le Chapelier concerne bien le droit subjectif de l'auteur, et ne vise pas l'acquisition de l'œuvre par le public dès son entrée dans le domaine public, laquelle n'a lieu qu'« après le délai fixé », contrairement à ce que semble avoir signifié Jane

¹⁵³⁰ Isaac-René-Guy LE CHAPELIER, *Rapport du 17 janvier 1791 à l'Assemblée nationale*, op. cit., p. 5 ; c'est moi qui souligne.

¹⁵³¹ Voir ci-dessous, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « Les fondamentaux du capitalisme », pp. 151 ss.

¹⁵³² Sous réserve par exemple des lithographies et des gravures.

Ginsburg¹⁵³³ ; toutefois, la propriété de l'auteur tire son caractère spécifique de la protection particulière qu'il convient de lui apporter face à la collectivité, qui, sinon, du fait de l'immatérialité de l'œuvre, pourrait s'en emparer sans ambages une fois qu'elle a été divulguée ; cette propriété doit ainsi être *pensée en complément du domaine public*.

C'est donc cette difficulté pour l'auteur à assurer la défense de ses intérêts patrimoniaux contre l'appropriation « naturelle » de son œuvre par le public qui justifiera le fait que ce droit très spécial soit *irrévocablement assorti d'une condition suspensive* : celle de sa limitation dans le temps. L'exposé des motifs est clair, et donne aux auteurs dramatiques le rôle de protecteurs des intérêts publics, à l'encontre des éditeurs et des directeurs de théâtre :

« En sollicitant pour les auteurs, leurs héritiers ou leurs concessionnaires, la propriété la plus entière de leurs ouvrages pendant leur vie et cinq ans après leur mort, [les auteurs dramatiques] reconnaissent et même ils invoquent les droits du public, et ils n'hésitent pas à avouer qu'après ce délai de cinq ans les ouvrages des auteurs sont propriété publique. »¹⁵³⁴

Le droit exclusif reconnu à l'auteur est donc *d'emblée reconnu comme temporaire*, au nom de l'intérêt public et de la libre diffusion des œuvres qu'il exige : la diffusion du savoir est une idée chère aux Lumières. Sa précarité, son caractère transitoire qui s'achève par l'entrée de l'œuvre dans le domaine public, c'est ce qui distingue assurément la « propriété » intellectuelle de la propriété foncière et mobilière. Ce n'est que plus tard qu'on s'apercevra des propriétés liées à son caractère immatériel, qui l'associent aux biens communs. D'où le caractère très fâcheux de ce terme, mais qui offre l'avantage immédiat de placer la propriété littéraire parmi les droits de l'homme.

Cette loi de 1791, qui heurtait de nombreux intérêts pécuniaires, ne fut pas respectée. La plus grande résistance vint des directeurs de théâtre, qui continuaient d'exploiter – en province surtout, la Comédie française bénéficiant d'un monopole pour toute la capitale – les pièces d'auteurs vivants sans les rémunérer. Un peu moins d'un an après la promulgation de cette loi, Beaumarchais, toujours sur la touche malgré son âge avancé, dut même déposer une pétition devant l'Assemblée Nationale le 23 décembre 1791 pour exposer la situation et les griefs des auteurs.

Les pratiques de la Comédie à l'encontre des auteurs dramatiques étaient il faut bien l'avouer plutôt curieuses. Selon le témoignage de Pierre-Augustin Caron de Beaumarchais, l'auteur vivant dont la pièce connaissait un succès pouvait prétendre au neuvième de la recette, fixée par la loi ; mais ceux dont la pièce n'était pas *tombée dans les règles*, c'est-à-dire n'avait pas atteint le seuil de rentabilité prescrit, se voyaient réclamer des dommages de la part du théâtre, à due concurrence, lorsque ce

¹⁵³³ Jane C. GINSBURG, *Histoire de deux droits d'auteur : la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaires* [a], op. cit., cité par Pierre-Emmanuel MOYSE, *La Nature du droit d'auteur* [a], op. cit., p. 6, note 10.

¹⁵³⁴ Anne LATOURNERIE, *Petite histoire des batailles du droit d'auteur* [a], op. cit., chap. « Les Lois de 1791 et 1793 : Déclarations des droits du génie ».

dernier ne se payait pas en lui arrachant la propriété de la pièce. Pour éviter de devoir payer la part due à l'auteur, certaines troupes pouvaient cesser les représentations alors que le spectacle faisait encore salle comble, afin qu'il n'atteigne pas ce seuil de rentabilité ; ils ne le reprenaient qu'après en avoir « opportunément » obtenu la propriété. S'ajoute à ces pratiques douteuses la présentation de comptes souvent faussés, aux charges exagérées. Pierre-Augustin Caron de Beaumarchais relate ainsi le cas d'un auteur auquel la Comédie réclamait cent livres pour une pièce lui ayant rapporté plus de douze mille de recette en cinq représentations !¹⁵³⁵ Quant aux héritiers des auteurs défunts, les comédiens ne leur versaient rien.

➤ **Extension de la notion d'auteur**

Par mouvement de balancier, le décret des 19-24 juillet 1793 se fonde sur la notion de propriété pour instituer un droit exclusif de reproduction en faveur des auteurs après que celui du 30 août 1792, sous la pression des théâtres, fût revenu en partie sur les droits reconnus aux auteurs par la version initiale de 1791¹⁵³⁶. Le décret des 19-24 juillet 1793 étend à l'ensemble des auteurs la protection accordée en 1791 aux seuls auteurs dramatiques, fait passer la durée de protection à 10 ans *post mortem auctoris* (*p.m.a.*) et prévoit diverses sanctions fondées sur la nature du droit d'auteur afin de punir les contrevenants. L'extension de la notion d'auteur est significative de cette loi révolutionnaire, qui est toute entière pensée en faveur des œuvres littéraires et artistiques et non de n'importe quelle « œuvre de l'esprit »¹⁵³⁷. Ce point mérite d'être souligné, puisqu'il nous conduit, lorsque nous pensons le droit d'auteur, à toujours revenir à cette protection fondamentale qui a justifié la protection accordée. Il est enfin intéressant de noter que Joseph Lakanal insiste davantage encore qu'Isaac René Guy Le Chapelier dans le cadre de cette loi de 1793 sur les effets pervers de la notion de « propriété publique », parfois utilisée à mauvais escient par les contrefacteurs de l'époque pour justifier leur pratique¹⁵³⁸ ; mais on constate toutefois que cette loi invite à une vision extensive de l'usage personnel, qui restreint la portée du monopole accordé, ce qui étend dans la pratique la notion de copie privée à toute copie effectuée sans but lucratif, quand bien même dépasserait-elle l'usage privé tel que le conçoivent les lois actuelles¹⁵³⁹. Ces lois de 1791 et de 1793 serviront jusqu'à la loi française de 1957 de base de réflexion pour gérer l'ensemble des conséquences prêtées aux évolutions techniques intervenues entre temps en matière de reproduction des textes¹⁵⁴⁰.

¹⁵³⁵ Jan BAETENS, *Le Combat du droit d'auteur*, op. cit., p. 48.

¹⁵³⁶ Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 201.

¹⁵³⁷ Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 116.

¹⁵³⁸ Anne LATOURNERIE, *Petite histoire des batailles du droit d'auteur* [a], op. cit., chap. « Les Lois de 1791 et 1793 : Déclaration des droits du génie »).

¹⁵³⁹ Alexandra BENSAMOUN, *La copie privée : victoire ou défaite du droit d'auteur ?* [a], dans RLDI, suppl. n°49 (mai 2009), pp. 21-28, p. 23.

¹⁵⁴⁰ Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 201.

La problématique de l'histoire du droit d'auteur dans d'autres pays de droit civil n'apporterait semble-t-il pas grand chose de plus à mon propos. Marie-Claude Dock signale toutefois qu'en 1741 déjà, une ordonnance du 7 janvier de cette année dotait le Danemark et la Norvège d'un droit d'auteur, et que ces lois furent appliquées dans ces deux pays jusqu'en 1814 ; en Espagne, le droit d'auteur est institué en 1762 par une loi de Charles III, laquelle reconnaît aux auteurs un privilège exclusif d'imprimer leurs œuvres, dont les héritiers de l'auteur peuvent obtenir la prolongation. La notion de droit d'auteur fait son apparition en Allemagne vers 1730, mais son unification tardive complique la situation dans ce pays¹⁵⁴¹.

Parallèlement, la peinture élargit son public au XVIII^e siècle avec la confirmation de l'émergence d'un marché privé. Rembrandt van Rijn (1606-1669) compta parmi ses précurseurs, dans l'affirmation qui fut la sienne que c'était au public de s'adapter à ses productions et non le contraire, sortant ainsi la peinture du système des commandes pour la faire entrer dans un marché de l'offre et de la demande. Rembrandt est lui aussi, pour ses gravures, confronté à la question de la duplication de ses œuvres, dont il limite les tirages pour en augmenter le prix¹⁵⁴².

Le XIX^e siècle

La loi révolutionnaire de 1793 fit de nombreux mécontents. Parmi ceux-ci, les créateurs industriels de l'époque, qui estimaient être les grands oubliés d'une loi qui n'entendait protéger que les « productions du Génie », omettant notamment de prendre en compte les dessins de tissus, si important pour les soyeux lyonnais. Alors que Napoléon pense leur donner satisfaction en édictant la loi du 18 mars 1806 sur les dessins de fabrique, sa loi présente trois inconvénients : elle protège là encore les fabricants, dans une logique économique, et non les auteurs, elle limite sa protection aux dessins de tissus et impose le dépôt comme condition de la protection. Pour les industriels, cette obligation du dépôt leur fera prendre l'habitude d'invoquer la protection du droit d'auteur plutôt que celles relevant de la propriété industrielle, forçant de la sorte les premières extensions du périmètre de la protection dont nous pâtissons actuellement¹⁵⁴³.

Les auteurs, eux aussi, sont mécontents des lois révolutionnaires de 1791 et de 1793. Ils se battent dès lors pour une prolongation de leurs droits, qui passèrent de dix à vingt ans par un décret du 5 février 1810, alors que, se fondant sur leur caractère de *propriété*, ils réclamaient une durée perpétuelle¹⁵⁴⁴. Le quiproquo était définitivement consommé : personne n'avait entendu les rectifications sémantiques d'un Isaac Le Chapelier, pourtant fondamentales : « c'est une propriété d'un genre *tout à fait*

¹⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 201, et références citées.

¹⁵⁴² Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit., p. 39 ; p. 42.

¹⁵⁴³ Agnès TRICOIRE, *Protection de l'œuvre* [a], op. cit., p. 68.

¹⁵⁴⁴ Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 201.

différent des autres propriétés ». La loi de 1810 ne sera guère mieux appliquée que celle de 1793.

Une nouvelle évolution technique, alliée à une baisse du prix du papier, va permettre l'essor de la presse, qui par des tirages de masse suscite à son tour un nouveau type de lecteur, plus populaire, et imprime un rythme quotidien à l'écrit. Les journaux vont devenir le support privilégié des écrivains populaires, dont les romans, publiés par épisodes – les fameux *feuilletons* – doivent retenir l'attention du public des années entières. L'écrivain, parfois très bien payé, devient néanmoins tributaire du tirage. Constatant les multiples écueils qui menacent l'écrivain de son temps, Honoré de Balzac (1799-1850) va battre le rappel de ses pairs et promouvoir la création de la première fédération d'écrivains, la Société des Gens de lettres – l'équivalent du Bureau de la Législation dramatique que Pierre-Augustin Caron de Beaumarchais avait fondé en 1777 en faveur des auteurs dramatiques – afin de limiter les effets de la contrefaçon¹⁵⁴⁵. Cette dernière, prenant de nouvelles formes, consistait pour le contrevenant à transmettre à l'insu de l'auteur à un journal étranger le même texte contre rémunération pour publication dans ses propres colonnes, ou à se procurer la version intégrale d'un feuilleton en cours de diffusion pour l'éditer sous la forme d'une édition complète, ôtant ainsi aux lecteurs tout l'effet de surprise escompté¹⁵⁴⁶.

On retrouve dans la lettre de Balzac adressée aux écrivains français l'antienne qui deviendra récurrente de la part des auteurs, consistant à se plaindre d'une péjoration de leur situation malgré l'importance toujours plus grande donnée à leur production au sein de la société civile et l'extension progressive de leurs droits positifs :

« À nulle époque l'artiste ne fut moins protégé. Nul siècle n'a eu de masses plus intelligentes, la pensée n'a été si puissante ; jamais l'artiste n'a été individuellement si peu de chose¹⁵⁴⁷. »

Honoré de Balzac s'offusque contre le caractère temporaire de la protection des droits patrimoniaux – au point de qualifier la loi sur le droit d'auteur en vigueur de « barbare » et d'assimiler cette disposition à une « exhérédation » des descendants des auteurs, évoquant la pauvreté des petits-enfants de Pierre Corneille (1606-1684), avant de comparer leur situation à celle des héritiers de la banque et des grandes familles en faveur desquels leurs aînés ont pu amasser des fortunes. Cette injustice serait due à l'entendre à une durée de protection insuffisante par rapport à celle nécessaire pour que l'œuvre rencontre son public. Cette entrée de l'œuvre dans le domaine public se traduit

¹⁵⁴⁵ Jan BAETENS, *Le Combat du droit d'auteur*, op. cit., pp. 75-76, présentation de la lettre du 1^{er} novembre 1834 de Balzac adressée aux écrivains français du XIX^e siècle.

¹⁵⁴⁶ Voir l'affaire du *Lys dans la Vallée*, que Balzac a dénoncée dans la préface du roman en question (Jean-Honoré de BALZAC, *préface au Lys dans la Vallée*, 1834, citée par Jan BAETENS, *Le Combat du droit d'auteur*, op. cit., pp. 89-96), et qui vit *La Revue de Paris*, en violation des conventions passées avec Balzac, ne pas se contenter de l'éditer dans ses pages, mais d'en confier aussi une version inachevée pleine d'annotations de travail à *La Revue de Saint-Petersbourg* qui la reproduisit telle quelle dans ses propres colonnes, violant ainsi de surcroît le droit moral de première divulgation reconnu à l'auteur.

¹⁵⁴⁷ Jean-Honoré de BALZAC, *Lettre du 1^{er} novembre 1834 adressée aux écrivains français du XIX^e siècle*, citée par Jan BAETENS, *Le Combat du droit d'auteur*, op. cit., pp. 77-88, p. 77.

à ses yeux par un enrichissement scandaleux de l'éditeur, appelé à faire fortune sur le dos de l'auteur. Enfin, Honoré de Balzac se plaint des pratiques des pays limitrophes – notamment la Belgique devenue indépendante en 1830, dont les lois plus laxistes que celles de la France permettent la production massive de contrefaçons qui seront importées par la suite dans leur France d'origine ; à en croire l'écrivain, ce phénomène concernerait le tiers des ventes nationales. La question qu'il soulève concerne l'harmonisation internationale des lois indigènes en matière de droit d'auteur, qui fait totalement défaut. Honoré de Balzac se plaint enfin du public, qui préfère obtenir en prêt un roman à la mode des mains d'une connaissance plutôt que d'en payer le prix au libraire.

En 1838, la Société des Gens de Lettres voit le jour. Elle compte parmi ses premiers membres Victor Hugo, Alexandre Dumas, Honoré de Balzac, Frédéric Soulié et George Sand. Cette association d'auteurs destinée à défendre les droits des auteurs de l'écrit. Si Balzac ne compte pas parmi ses fondateurs, il la présidera brièvement en 1839 et son existence comme ses statuts lui doivent beaucoup.

Dans sa préface au *Lys dans la Vallée*, paru en 1836 et qui connut un immense succès, Honoré de Balzac confie d'intéressants détails sur ses accords passés avec les journaux qui publient ses romans sous forme d'épisodes¹⁵⁴⁸ : « Je concède au journal le droit de les [mes œuvres littéraires] publier dans le journal seulement, de les insérer purement et simplement, et de ne les réimprimer que dans le cas où il serait nécessaire de le faire pour compléter des collections. » On peut y voir la preuve que les contrats d'alors permettent à l'écrivain de préciser à satisfaction de droit les modalités des licences accordées.

Le 3 mars 1841, Honoré de Balzac, infatigable, envoie une note aux membres de la commission parlementaire chargée d'étudier la révision de la loi sur la propriété littéraire. Il critique le projet de faire passer la durée de protection des droits patrimoniaux de 10 à 50 ans *post mortem auctoris*, qu'il trouve beaucoup trop courte : elle ne couvrirait en effet que la durée de vie des enfants de l'auteur, ce qui lui semble fort insuffisant, sous prétexte que Giambattista Vico, considéré de nos jours comme le précurseur de la philosophie de l'histoire, ne devenait célèbre qu'un siècle après sa mort ou qu'*Athalie* n'aurait connu un succès mérité que 50 ans seulement après la mort de Jean Racine¹⁵⁴⁹... Et Balzac de conclure : « Si l'on accorde cinquante ans, pourquoi pas la perpétuité ? » Nous verrons par la suite ce qu'il convient d'en penser. Précisons tout de même qu'Alphonse de Lamartine (1790-1869) adressa lui aussi un rapport aux parlementaires à propos du projet de loi de propriété littéraire, daté du 13 mars 1841. Considérablement enrichi grâce à ses poèmes, dont il organisait savamment la diffusion, mais très dépensier et beaucoup moins avisé en placements financiers, il réclama lui aussi une protection perpétuelle en faveur des auteurs, pleurant sur la

¹⁵⁴⁸ Jean-Honoré de BALZAC, *préface au Lys dans la vallée*, op. cit., pp. 89-96.

¹⁵⁴⁹ Jan BAETENS, *Le Combat du droit d'auteur*, op. cit., p. 101.

situation tragique des héritiers des auteurs condamnés à travailler de leurs mains. Pierre-Joseph Proudhon, dont nous reparlerons, écrira agacé : « M. de Lamartine est un de ces écrivains contemporains qui ont tiré le plus d'argent de leur faconde ; il a été rémunéré, en argent et en célébrité, bien au-delà de ses mérites, et il se plaint de sa misère. À qui la faute ? »¹⁵⁵⁰

Alphonse de Lamartine (1790-1869) justement avance dans son rapport de 1841 que le travailleur aurait droit à rémunération pour ses quelques heures de travail, alors qu'écrire exige l'expérience de toute une vie :

« Qu'est-ce que la justice, si ce n'est la proportion entre la cause et l'effet, entre le travail et la rétribution ? Un homme dépense quelques portions de ses forces, quelques heures faciles de sa vie à l'aide d'un capital transmis par ses pères, à féconder un champ ou à exercer une industrie lucrative [...] : vous lui en assurez la possession à tout jamais, et après lui à ceux que le sang désigne ou que le testament écrit.

Un autre homme dépense sa vie entière, consume ses forces morales, énerve ses forces physiques dans l'oubli de soi-même et de sa famille pour enrichir après lui l'humanité ou d'un chef-d'œuvre de l'esprit humain, ou d'une de ces idées qui transforment le monde. [...] Le monde intellectuel s'en empare. L'industrie, le commerce les exploitent. [...] Tout le monde y aurait droit, excepté celui qui l'a créé »¹⁵⁵¹.

Cet argument n'est pas nouveau ; il est même fort usé par les auteurs, depuis la fameuse *Lettre* de Denis Diderot. Séduisant de prime abord, il s'avère pourtant vite critiquable. On se rappelle du mot d'Eugène Delacroix, à qui un passant demande dans la rue de lui vendre le croquis qu'il vient de brosser. Eugène Delacroix le lui tend en lui réclamant son prix. L'autre s'étonne du montant demandé, qui lui semble exorbitant pour un croquis exécuté en à peine trente secondes. « Trente secondes et trente ans », lui rétorque le peintre. On pourrait en dire autant de tout ouvrage d'artisan, et plus généralement de tout travail où l'expérience prime. L'auteur, trop souvent, se place dans une position qu'il croit unique sur des points où elle ne l'est guère. L'essentiel n'est ici pas tant le temps de gestation d'une œuvre que ce qu'elle dit de l'auteur, de ce qu'elle engage de ses affects, de son esprit et de ce qui l'habite au plus profond de lui. En un mot, de son *originalité*, bien que ce terme s'avère très ambigu, comme nous le verrons au moment de traiter les caractéristiques de l'œuvre protégée¹⁵⁵². Si l'on prend en compte le temps proprement dit d'exécution de l'œuvre, on s'éloigne de la notion du lien personnel de l'auteur à l'œuvre au profit d'un fondement du droit reposant sur la rémunération du travail, emportant ses propres conséquences et sa propre logique.

En 1841 paraît un article de Jules Janin, un critique réputé de la période romantique en France. Son intérêt est de répercuter la plupart des idées qui circulaient à l'époque, dont un écho du rapport de Gérard de Nerval, envoyé en mission par le ministre de

¹⁵⁵⁰ Pierre-Joseph PROUDHON, *Les Majorats littéraires*, op. cit., p. 81, cité par Jan BAETENS, *Le Combat du droit d'auteur*, op. cit., p. 127.

¹⁵⁵¹ Jan BAETENS, *Le Combat du droit d'auteur*, op. cit., p. 129.

¹⁵⁵² Voir ci-dessous, partie 06 (« Les motivations de la création »), chap. « Ambiguïtés de la notion d'"originalité" », pp. 649 ss.

l'intérieur de l'époque étudier en Belgique les effets de la contrefaçon qui y fleurissait entre 1830 et 1850 et que stipendiait tant Balzac. Les opposants au durcissement du droit d'auteur avançaient que la contrefaçon contribuait à la reconnaissance d'un auteur et à la gloire de la France ; que les idées ne devaient pas devenir le patrimoine de quelques-uns ; que l'œuvre des génies ne doit pas devenir la chose d'un seul homme, soumise à ses caprices ou ses abus, et réduite à servir son usage personnel. L'argument le plus construit semble concerner l'application rétroactive de la prolongation de la protection, qui ferait revenir les œuvres de Molière, Pierre Corneille et Jean Racine – lesquelles passaient déjà pour des classiques – sous protection de la loi. À quoi bon en effet protéger les œuvres des petits écrivains du moment si nous omettons de protéger celles des grands ? Mais alors, si la protection devenait perpétuelle comme le réclamait Balzac, quelle situation en résulterait pour la littérature, ainsi privée de ses modèles ?

« Comme les grandes idées sont divisibles à l'infini, [...] comme l'esprit humain roule sans cesse dans le même cercle, refaisant et répétant sans relâche ce qui a été dit et fait auparavant, [...] il arriverait que pas une de ces propriétés littéraires, pas un de ces majorats que vous voulez constituer, ne serait exempt d'empiètements cachés ni d'invasions à force ouverte. Ainsi aux héritiers directs de Molière les héritiers directs de Plaute réclameraient *L'Avare*, pendant que les petits-fils de Racine auraient à se défendre contre les arrière-petits-fils d'Euripide et de Sophocle. Ainsi le monde littéraire, ou, pour mieux dire, le domaine littéraire, coupé, haché, divisé en cent millions de petites propriétés perdues les unes dans les autres, et privé de la prescription, cette sauvegarde des sociétés, ne serait plus qu'une arène abominable de querelles, de procès, de clameurs, d'injustices. »¹⁵⁵³

Pierre-Joseph Proudhon (1809-1865), lui, n'a pas oublié les réserves d'Isaac Le Chapelier et apportera au débat français une voix en faveur du domaine public. Fort critiqué par les écrivains de l'époque pour sa célèbre maxime « La propriété, c'est le vol ! », il plaide de manière étayée en faveur d'une rémunération de l'auteur, qui va pour lui de soi, mais fondée sur la valeur de son travail et non sur la propriété. Sa critique tient aux conséquences mêmes du postulat des tenants de la propriété, dont il montre qu'elles sont incompatibles avec leurs conclusions. Sur le principe, il se méfie alors de la propriété, dont il écrit qu'« elle constitue le plus grand problème des sciences sociales, problème d'autant plus difficile qu'elle semble reposer uniquement sur un principe condamné par l'évangile, l'égoïsme. »¹⁵⁵⁴ C'est en fait à un effort de cohérence décapant qu'il nous invite : « Tous les écrivains favorables à la propriété littéraire sont d'accord, pour établir leur thèse, d'assimiler la production artistique et littéraire à la production agro-industrielle. C'est le point de départ de tous leurs raisonnements : ce sera aussi le mien »¹⁵⁵⁵.

¹⁵⁵³ Jan BAETENS, *Le Combat du droit d'auteur*, op. cit., p. 123.

¹⁵⁵⁴ Pierre-Joseph PROUDHON, *Les Majorats littéraires*, op. cit., p. 43, cité par Dominique SAGOT-DUVAUROY, *La Propriété, c'est le vol !* [a], op. cit., p. 6 ; par la suite, Proudhon verra dans la propriété une défense de l'individu contre l'État (*Ibid.*, p. 6, note 25).

¹⁵⁵⁵ Pierre-Joseph PROUDHON, *Les Majorats littéraires*, op. cit., cité par Jan BAETENS, *Le Combat du droit d'auteur*, op. cit., p. 141.

Dans *Les Majorats littéraires*, Proud'hon reproche principalement quatre points au projet de loi en discussion, qui, faut-il le rappeler, portait essentiellement sur la reconnaissance du caractère perpétuel des droits patrimoniaux accordés à l'auteur :

- son intérêt focalisé sur l'aspect patrimonial du droit d'auteur, faisant de la création une affaire vénale qu'elle n'est pas par nature ;
- la constitution de majorats en faveur des héritiers des auteurs plus que des auteurs eux-mêmes ;
- son abandon du domaine public ;
- la violation de la loi de collectivité enfin.

Sans doute ces quatre points valent-ils la peine qu'on s'y attarde.

Pierre-Joseph Proud'hon montre que la *production* artisanale ou industrielle ne fait qu'agir sur la matière première pour en modifier la forme et la structure, mais ne *crée* rien au sens strict du terme. Dès lors assimiler la production littéraire à l'activité de l'industrie, c'est admettre que l'écrivain ne crée pas, à strictement parler, mais ne fait qu'agencer à sa façon les idées qu'il a reçues : « l'homme ne crée pas ses idées, il les reçoit ; il ne fait point la vérité : il la découvre ». Et si la forme produite appartient au producteur, l'*appartenance* n'entraîne pas sa *propriété* au sens où l'entendent les tenants de la propriété littéraire : « il y a propriété et propriété ». De même que les pauvres paysannes vont au printemps dans les bois cueillir des fraises, les fraises qu'elles trouvent leur appartiennent au point qu'elles peuvent les vendre au marché ou les manger, mais elles ne sont pas pour autant propriétaires de la forêt. De même, l'œuvre appartient à l'écrivain en raison du travail qu'il a fourni et de la découverte qui a été la sienne, mais il n'est pas pour autant habilité à se prétendre propriétaire du fonds culturel dans lequel il a puisé¹⁵⁵⁶. Il n'y a dès lors pas lieu d'attribuer une rente à l'auteur, mais un salaire pour son travail.

On peut reprocher à Proud'hon de n'avoir pas remarqué que la création littéraire, dans la mesure où elle est « originale » – dans le sens d'*authentique*¹⁵⁵⁷ –, n'a rien de mécanique, comme peut l'être la production de l'ouvrier, même si le geste de ce dernier est commandé par un savoir ancestral. Mais il faut admettre qu'il prend là les auteurs à leur propre piège, celui de faire accroire que l'assurance d'un gain peut favoriser la création, dans un rapport pour ainsi dire automatique :

« Que de gens, même parmi les lettrés, se flattent, *in petto*, que le génie ne manquerait pas s'il était grassement payé, et qu'un chef-d'œuvre se peut fabriquer sur commande, comme une maison ou

¹⁵⁵⁶ Pierre-Joseph PROUDHON, *Les Majorats littéraires*, op. cit., cité par Jan BAETENS, *Le Combat du droit d'auteur*, op. cit., pp. 145-146.

¹⁵⁵⁷ Voir ci-dessous partie 06 (« Les motivations de la création »), chap. « Ambiguïté du terme "originalité" », pp. 649 ss.

un carrosse ! c'est la consolation de la médiocrité de penser que les arts déclinent, parce qu'il n'y a pas pour les artistes d'encouragement. »¹⁵⁵⁸

En définitive, Proud'hon renvoie les auteurs à leur propre dignité et fait appel à la cohérence en exposant qu'il ne leur est pas possible de prétendre aux honneurs quasi religieux qu'ils revendiquent pour leur activité, dans la ligne des réflexions de Kant sur le génie, et d'à la fois rechercher la richesse avant tout en réclamant des droits patrimoniaux calqués sur la propriété foncière :

« Je crois avoir démontré que les choses qui relèvent de la science et du droit sont par nature non vénales ; que les travaux des artistes et des gens de lettres participent de ce caractère de non-vénalité, et qu'indépendamment des considérations d'économie politique qui ne permettent de leur allouer qu'un simple honoraire, la dignité de leur profession est un motif qui leur interdit d'en exiger plus. [...] Il n'est plus permis de dire comme autrefois que le poète est le prêtre et l'interprète des dieux, tandis qu'il n'est qu'un marchand de cantiques et d'amulettes. »¹⁵⁵⁹

La loi prétendant faire passer la durée des droits patrimoniaux de 50 ans p.m.a. à la perpétuité, on ne voit par ailleurs guère en quoi cela favoriserait la création : « est-ce pour les auteurs eux-mêmes qu'on la demande, cette propriété, ou pour les héritiers ? » De plus, s'arroger un droit perpétuel, pour l'auteur, c'est oublier ce qu'il doit à la société, que ce soit par les sources que la culture commune lui fournit, ou que ce soit par la protection qu'elle lui accorde à travers la loi :

« La société est un groupe ; elle existe d'une double et réelle existence, et comme unité collective, et comme pluralité d'individus. Son action est à la fois composite et individuelle ; sa pensée est collective aussi et individualisée. Tout ce qui se produit au sein de la société dérive à la fois de cette double origine. Sans doute le fait de la collectivité n'est pas une raison suffisante pour que nous nous mettions en communisme ; mais, réciproquement, le fait de l'individualité n'est pas non plus une raison de méconnaître les droits et les intérêts généraux. C'est dans la répartition et dans l'équilibre des forces collectives et individuelles que consiste la science du gouvernement, la politique et la justice.

Or, je vois bien ici la garantie donnée à l'individu ; mais quelle part a-t-on faite à la société ? Que la société doive à l'auteur la rémunération de sa peine, de son initiative, si vous voulez, rien de mieux. Mais la société est entrée en part dans la production ; elle doit participer à la récolte. Cette part à laquelle elle a droit, elle l'obtient par le contrat d'échange, en vertu duquel compensation est faite du service rendu au moyen d'une valeur équivalente. La propriété intellectuelle, au contraire, donne tout à l'auteur, ne laisse rien à la collectivité : la transaction est léonine. »¹⁵⁶⁰

Si en effet les droits patrimoniaux devenaient perpétuels, c'en serait fait à la fois du domaine public, dans lequel plus aucune œuvre n'entrerait, et de la création, qui vit de l'appropriation.

La loi sur le droit d'auteur du 14 juillet 1866 portera en définitive la durée de protection à cinquante ans *post mortem auctoris* et ne retiendra pas la proposition des auteurs d'en faire un droit perpétuel.

¹⁵⁵⁸ Pierre-Joseph PROUDHON, *Les Majorats littéraires*, op. cit., cité par Jan BAETENS, *Le Combat du droit d'auteur*, op. cit., p. 150.

¹⁵⁵⁹ *Ibid.*, cité par Jan BAETENS, *Le Combat du droit d'auteur*, op. cit., p. 151.

¹⁵⁶⁰ *Ibid.*, cité par Jan BAETENS, *Le Combat du droit d'auteur*, op. cit., p. 153.

Douze ans plus tard, Victor Hugo prononce le 17 juin 1878 le discours d'ouverture du Congrès littéraire international à l'occasion duquel sera créée l'Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI) qui obtiendra en 1886 la ratification de la première convention internationale sur le droit d'auteur, la Convention de Berne, signée par vingt-quatre États et qui sert encore de cadre juridique à la presque totalité des législations nationales¹⁵⁶¹. Victor Hugo, comme la majorité des auteurs, est lui aussi convaincu que la propriété est le gage de l'indépendance de l'auteur. Mais il prend soin de distinguer la pensée de l'auteur, qui appartient à tous et « s'envole d'âme en âme », de sa mise en forme, le livre. Il prend aussi en compte la réception du livre par la société, qui prendra par la suite une importance toujours plus grande par rapport à l'auteur. Enfin, Victor Hugo évoque le fait que la propriété, même foncière, et toute sacrée qu'elle est, peut être limitée par l'intérêt public, si bien qu'on ne possède pas une maison comme on possède une mine ou une part de littoral¹⁵⁶².

Pour Hugo, la propriété littéraire ne doit pas s'établir aux dépens du domaine public, bien au contraire : « Constatons la propriété littéraire, mais, en même temps, fondons le domaine public. Allons plus loin. Agrandissons-le. » Hugo plaide en faveur d'un « domaine public payant », en vertu duquel la propriété littéraire cesserait à la mort de l'auteur pour faire entrer l'œuvre dans le domaine public, moyennant une modeste contrepartie ne dépassant pas cinq ou dix pour cent du bénéfice net versé aux héritiers¹⁵⁶³ ; l'éditeur Hertz, qui éditera tous les romans de Jules Verne, appuiera cette proposition ; Jean Zay s'en inspirera dans son projet de loi de 1936. Ses mots envers les héritiers ont le mérite d'être clairs :

- « Je n'hésite pas à dire que le droit le plus absolu, le plus complet, appartient à ces deux unités : l'auteur qui est la première unité, la société qui est la seconde.
- « L'auteur donne le livre, la société l'accepte ou ne l'accepte pas. Le livre est fait par l'auteur, le sort du livre est fait par la société.
- « L'héritier ne fait pas le livre ; il ne peut avoir les droits de l'auteur. L'héritier ne fait pas le succès ; il ne peut avoir le droit de la société.
- « Je verrais avec peine le Congrès reconnaître une valeur quelconque à la volonté de l'héritier.
- « Ne prenons pas de faux points de départ. L'auteur sait ce qu'il fait ; la société sait ce qu'elle fait ; l'héritier, non. Il est neutre et passif. »¹⁵⁶⁴

Pour Jean Zay, l'héritier n'a pas à exercer de droit de publication, lequel doit rester « absolu et entier » à la société. Son seul droit est de vivre de l'œuvre de son ascendant. Et Hugo d'aller plus loin encore, en avouant ce principe qui replace la création au centre des préoccupations de l'auteur, avant ses aspects pécuniaires :

¹⁵⁶¹ Dominique SAGOT-DUVAUROUX, *Le débat sur le droit d'auteur au milieu du XIX^e siècle* [a], op. cit., p. 2.

¹⁵⁶² Victor HUGO, Congrès littéraire international, séance du 25 juin 1878, cité par Jan BAETENS, *Le Combat du droit d'auteur*, op. cit., p. 164.

¹⁵⁶³ Victor HUGO, *Discours d'ouverture du Congrès littéraire international*, cité par Jan BAETENS, *Le Combat du droit d'auteur*, op. cit., p. 158.

¹⁵⁶⁴ Victor HUGO, Congrès littéraire international, séance du 21 juin 1878, cité par Jan BAETENS, *Le Combat du droit d'auteur*, op. cit., p. 159.

« Je déclare que s'il me fallait choisir entre le droit de l'écrivain et le droit du domaine public, je choisirais le droit du domaine public. [...] Nous travaillons d'abord pour tous les hommes, ensuite pour nos enfants. »¹⁵⁶⁵.

Illustrant à l'envi cette importance de la réception des œuvres par le public, le Salon des refusés de 1863 réunit les peintres dont les toiles n'ont pas été retenues par l'Académie des Beaux-Arts pour figurer au Salon officiel de cette année. Après l'attitude d'un Rembrandt qui sortit la peinture des caprices de la commande et peignait en fonction des sujets qu'il se donnait lui-même, ce salon marque une nouvelle étape dans l'indépendance des artistes par l'importance accrue des galeries et le choix du marché dans la reconnaissance des nouveaux talents¹⁵⁶⁶.

L'histoire des aléas du XIX^e siècle en matière de droit d'auteur s'explique peut-être par la volonté des politiques de concilier tout le monde, auteurs, artistes, commerçants ou grand public, sans poursuivre de réelle réflexion de fond sur la question de la création, ou sur la relation de l'auteur à son public. Satisfaire les intérêts de tous, ce fut par exemple la mission dont Charles X chargea expressément le vicomte de La Rochefoucauld, directeur des Beaux-Arts, lorsqu'il le nomma à la tête d'une commission pour proposer une nouvelle loi sur le droit d'auteur¹⁵⁶⁷. Ainsi le débat sur la question de la durée de la protection laisse quelque peu perplexe, malgré les grands noms qui ont participé aux débats ; Victor Hugo, avec son discours d'ouverture du Congrès littéraire international de 1878, se démarque de l'ensemble des auteurs par sa proposition annonciatrice de la « licence globale ». Au milieu de cette arène où chacun tente de faire valoir les intérêts de sa coterie, sans réel sens de la responsabilité collective ou sans considérer le rôle de l'appropriation dans le processus créatif, la démarche d'un Proud'hon fait sans doute exception. Elle préfigure l'entrée en scène de Jean Zay.

Les XX^e et XXI^e siècles

❑ *Le Front populaire et le projet de Jean Zay*

Jean Zay (1904-1944), en tant que ministre de l'Éducation nationale de 1936 à 1939 sous le Front populaire, est connu pour son projet de loi du 13 août 1936 sur le droit d'auteur et le contrat d'édition. Ce projet politique, qui est le premier projet moderne d'envergure, évite de s'enliser dans un faux débat juridique et pose les vraies questions de société, notamment celle du rôle des auteurs dans la société moderne et de celui de l'État en matière de politique culturelle. Il s'est fixé pour but la protection des auteurs, « dont la position est affaiblie par l'essor des intermédiaires économiques qui

¹⁵⁶⁵ Victor HUGO, *Discours d'ouverture du Congrès littéraire international*, cité par Jan BAETENS, *Le Combat du droit d'auteur*, op. cit., p. 161.

¹⁵⁶⁶ Dominique SAGOT-DUVAUROY, *Le débat sur le droit d'auteur au milieu du XIX^e siècle* [a], op. cit., p. 4.

¹⁵⁶⁷ Nidam ABDI, *Droit d'auteur : Jean Zay le visionnaire* [a], dans *Libération*, 23.07.2009 ; <http://www.ecrans.fr/Droit-d-auteur-Jean-Zay-le,7798.html>.

exploitent ses créations »¹⁵⁶⁸. Il donne lieu à des prises de position très tranchées de la part des éditeurs et des juristes. L'originalité du projet justifie que l'on se penche sur une page de l'histoire du droit d'auteur qui n'a pas réussi son passage à la positivité, mais qui ne cesse depuis d'inspirer les réflexions d'un pan de la doctrine.

Face à l'accélération de la diffusion des œuvres apportée par les débuts de l'électronique grand public et de nouvelles techniques, à savoir la radiodiffusion à ondes courtes, l'amélioration des phonogrammes, le cinéma et la télévision, Jean Zay proposait un projet novateur, intégrant une réflexion sur les technologies de communication et de diffusion, ainsi que sur le statut de l'auteur par rapport au caractère contraignant du contrat, dont il voyait bien qu'il soumettait en définitive l'auteur au capital¹⁵⁶⁹. Sa réflexion et son effort législatif portèrent sur trois propositions principales :

- suppression de la notion de propriété en matière de droit d'auteur ;
- suppression du statut de l'auteur au profit de celui de « travailleur intellectuel » ;
- institution d'un domaine public payant.

Reprenons rapidement chacun de ces trois axes.

La critique de la notion de propriété appliquée au droit d'auteur s'explique par la reprise par Jean Zay des remarques d'Isaac Le Chapelier et de Joseph Lakanal, en en retenant comme Proud'hon que le droit d'auteur « est une propriété d'un genre *tout à fait différent* des autres propriétés ». Ce passage est du reste expressément cité dans l'exposé des motifs du projet¹⁵⁷⁰. Le droit d'auteur est donc qualifié de droit *sui generis*. Jean Zay s'appuyait entre autres motifs sur un arrêt du 25 juillet 1887 de la cour de Cassation, dans lequel elle reconnaissait que le droit d'auteur était loin de constituer une propriété comme celle que le code civil avait définie et organisée.

Pour Jean Zay, cet abandon de la notion de la propriété permet de libérer l'auteur des contraintes de la contractualisation de ses droits patrimoniaux et de tenir compte de la qualité particulière des créations issues de son activité. Il se mettra ce faisant la corporation des juristes à dos. De fait, ce qui intéresse avant tout Jean Zay, c'est « d'en finir avec les *cessions* pures et simples de droits au profit des éditeurs », qui dépouillent irrévocablement l'auteur de ses droits patrimoniaux au profit exclusif de l'éditeur. Il propose de leur substituer de simples *concessions* temporaires de droit, soit sous forme unilatérale, l'autorisation, soit sous forme contractuelle, à travers une licence d'exploitation¹⁵⁷¹. Cette notion de *concession* avait été suggérée à Jean Zay par

¹⁵⁶⁸ Anne LATOURNERIE, *Petite histoire des batailles du droit d'auteur* [a], op. cit., chap. « Le grand projet politique de Jean Zay ».

¹⁵⁶⁹ Nidam ABDI, *Droit d'auteur : Jean Zay le visionnaire* [a], op. cit.

¹⁵⁷⁰ Jean ZAY, *Projet de loi sur le droit d'auteur et le contrat d'édition*, op. cit., p. 1707, colonne centrale.

¹⁵⁷¹ Cyril ROJINSKY, *Le projet Jean Zay de 1936* [a], op. cit., p. 161 ; pour l'analyse de la licence d'utilisation comme simple concession n'entraînant pas cession des droits de propriété sur l'œuvre, voir Denis

la lecture d'une série d'articles de Paul Grünebaum-Ballin parus dans divers numéros d'octobre 1929 du journal français *Le Temps*, sous le titre *Les Serfs mal affranchis*¹⁵⁷². Cet élément est essentiel, bien qu'il ne libère pas l'auteur du monde contractuel, les licences – d'exploitation en l'occurrence – étant en droit civil des contrats comme les autres. En quoi les contrats peuvent-ils asservir les auteurs ? Il faut savoir que la pratique contractuelle, d'un texte théoriquement bilatéral et symétrique, permet à un contractant d'imposer à l'autre ses conditions générales, ou, pire encore, à une corporation d'imposer ses règles à l'ensemble de ses interlocuteurs. Dans les faits, d'une simple possibilité de *cession* des droits patrimoniaux offerte aux auteurs par la loi, les éditeurs en avaient fait une condition *sine qua non* du contrat d'édition, modifiant ainsi du tout au tout l'équilibre apparemment envisagé par le législateur. Cette pratique est encore d'actualité et s'impose toujours aux auteurs, fragilisant considérablement leurs droits, au point qu'il serait plus exact de parler à leur propos de « droit d'éditeur » ou de « droit d'investisseur culturel » que de « droit d'auteur ».

Cette substitution de la notion de cession en celle de concession, la limitation de sa durée à dix ans, celle de la durée de protection à dix ans après la mort de l'auteur, ainsi que la suppression du caractère automatique de la succession, un testament de l'auteur devenant nécessaire pour transmettre ses droits intellectuels, ou encore un engagement contraignant de l'éditeur à faire la promotion du livre et un contrôle des tirages et des ventes octroyé à l'auteur, furent tous balayés dès les premières sessions parlementaires par la corporation des éditeurs, sous la houlette de Bernard Grasset¹⁵⁷³. Il devenait évident que les éditeurs, malgré toutes leurs protestations, ne poursuivaient aucunement l'intérêt des auteurs mais exclusivement le leur ; l'image d'Épinal d'éditeurs « associés » des auteurs dans la lutte pour la reconnaissance de leurs droits intellectuels, jusqu'ici complaisamment véhiculée par d'habiles citations de la *Lettre sur le commerce de librairie* de Denis Diderot que Bernard Grasset venait très opportunément de rééditer à l'appui de sa cause, s'écornait sérieusement. À la décharge des éditeurs, il faut cependant ajouter que leur position tenait tout autant de leur volonté de maintenir leurs prérogatives économiques que de leur rejet du modèle soviétique de l'auteur salarié proposé par Jean Zay, qui n'était pas nécessaire pour asseoir la substitution de la cession en concession des droits de l'auteur. Le directeur littéraire de Flammarion, Max Fischer, exprima ainsi son refus du projet : « le talent et le génie artistique ne sont pas, ne peuvent pas être (et ne nous en plaignons pas !) de dociles ressortissants du taylorisme, de la production standardisée et du "tarif

BARRELET, Willi EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur*, op. cit., p. 94, n°2 ad art. 16 LDA ; p. 54, n°6 ad art. 10 LDA.

¹⁵⁷² Paul GRÜNEBAUM-BALLIN, *Les Serfs mal affranchis – Dialogue sur le droit d'auteur* (ci-après : *Les Serfs mal affranchis*) [a], dans *Le Temps* (France), 04.10.1929 p. 3, 05.10.1929 p. 3, 06.10.1929 p. 3 et 08.10.1929 p. 3 ; Gisèle SAPIRO, Boris GOBILLE, *Propriétaires ou travailleurs intellectuels ? Les écrivains français en quête d'un statut* [a], dans *Le Mouvement Social*, n°214 (2006-1), pp. 113-139, p. 118, note 18.

¹⁵⁷³ Gisèle SAPIRO, Boris GOBILLE, *Propriétaires ou travailleurs intellectuels ?* [a], op. cit., p. 118 ; parmi les éditeurs parisiens, seul Denoël s'est déclaré favorable au projet de Jean Zay (*Ibid.*, p. 119, note 24).

syndical" »¹⁵⁷⁴, mêlant allègrement dans une même critique le modèle capitaliste – fondé sur la notion de propriété qu'il défendait par ailleurs – et le modèle communiste.

Le projet de loi du Front populaire propose en effet un changement de statut de l'auteur. Celui-ci, de propriétaire, deviendrait « travailleur intellectuel », ce qui pour Jean Zay permettrait à l'État de protéger la position des auteurs et artistes par le biais d'accords collectifs de travail et de leur faire bénéficier des règles d'insaisissabilité partielle du salaire applicables à tout salarié. Ce point ouvre une piste de réflexion dans le domaine des œuvres collectives, de plus en plus fréquentes de nos jours : l'œuvre d'un salarié étant présumée propriété de son employeur, de telles conventions assureraient davantage et de manière plus spécifique qu'actuellement la situation de ces auteurs. Mais ses détracteurs y voient une « désacralisation », un « déclasserment spirituel » de l'auteur, qui, de propriétaire, se retrouve ainsi « ravalé » au rang de simple prolétaire réduit à quémander une rente viagère concédée par la collectivité. C'est cet aspect du projet de loi qui allait faire passer dans le camp des éditeurs certains juristes libéraux, tels Jean Escarra, François Hepp et Jean Rault, qui avaient pourtant rédigé pour la Société d'études législatives un modèle de contrat d'édition fondé sur la concession des droits¹⁵⁷⁵. L'ironie de l'Histoire voudra que l'auteur soit, en notre ère néolibérale, ravalé par le modèle capitaliste lui-même au rang de simple salarié au service de l'industrie du loisir, le *copyright* américain actuel déposant l'auteur de tout droit originel au profit exclusif de son employeur : l'amalgame des modèles capitaliste et communiste opéré par Max Fischer n'est sous cet angle sans doute pas si grotesque qu'il pourrait paraître à première vue...

Le troisième point n'est pas moins original que les autres. La durée de protection étant fixée par la loi de 1866 à 50 ans *post mortem auctoris* (p.m.a.). Afin de ne pas revenir de front sur la durée de cette protection, le projet la limite à 10 ans p. m. a., et prévoit de la faire suivre d'une période de 40 ans durant laquelle l'exploitation des œuvres serait « libre » – il faut entendre par là indépendante d'une autorisation de l'auteur –, contre le paiement d'une redevance équitable qui ne pourrait en aucun cas être inférieure au 10% du produit brut de l'exploitation ; cette disposition, qui annonce en un sens la fameuse « licence globale », est celle qui semble avoir entraîné les réactions les plus violentes de la part des détracteurs du projet. Elle reprend pourtant le principe édicté par le *Copyright Act* anglais de 1911 et s'inspire de la *Lettre sur la propriété artistique et littéraire* d'Alfred de Vigny, qui propose qu'à la mort de l'auteur l'exclusivité du droit qui lui est reconnu se transforme en un partage équitable entre ses héritiers et la nation. Cette disposition visait notamment à éviter que la diffusion des œuvres ne soit empêchée trop longtemps par les héritiers de l'auteur.

¹⁵⁷⁴ Gisèle SAPIRO, Boris GOBILLE, *Propriétaires ou travailleurs intellectuels ?* [a], op. cit., pp. 118-119.

¹⁵⁷⁵ Jean ESCARRA, François HEPP, Jean RAULT, *La Doctrine française du droit d'auteur. Étude critique à propos du projet de loi sur le contrat d'édition*, Grasset, Paris 1937, pp. 8-9, cité par Gisèle SAPIRO, Boris GOBILLE, *Propriétaires ou travailleurs intellectuels ?* [a], op. cit., p. 118.

La Seconde guerre mondiale éclate alors que le projet est encore en discussion. Il reprendra après la guerre, sous la présidence du juriste Jean Ecarra, qui comptait parmi les principaux opposants au projet de 1936, mais en l'absence de Jean Zay, assassiné par la milice française le 20 juin 1944 quelques semaines avant la libération¹⁵⁷⁶.

❑ *Les premières lois modernes*

Le développement de l'électronique dans les ménages d'après guerre, avec son cortège de nouvelles technologies – en particulier une nette amélioration des enregistrements analogiques et l'apparition des photocopieuses et des magnétoscopes – relance le débat des droits d'auteur depuis les États-Unis, Hollywood voyant d'un très mauvais œil que les téléspectateurs puissent enregistrer à volonté les films diffusés par la télévision, en peignant des tableaux alarmistes sur « la mort du cinéma ». Mais ces discours ne seront pas vraiment suivis d'effets, et l'exception de copie privée accordée aux utilisateurs sera maintenue se révélant le principal point d'équilibre des intérêts en jeu.

Les bases du droit d'auteur actuel sont établies par trois lois pour la France :

- La loi du 11 mars 1957 continue de reconnaître aux auteurs des droits moraux et des droits patrimoniaux et institue pour la première fois le droit de représentation développé par la jurisprudence en tant qu'aspect du droit moral¹⁵⁷⁷. Cette loi porte la marque des détracteurs de Jean Zay et s'avère imprégnée des valeurs corporatistes de la France de Vichy ; telle est du moins la conclusion du mémoire de DEA d'Anne Latournerie : « La loi de 1957 est à la fois une loi de continuité et une loi fondatrice, une loi d'origine. La continuité n'est pas là où on le croit. Plusieurs indices suggèrent de forts liens de continuité avec la période de la guerre et l'organisation par Vichy des professions. »¹⁵⁷⁸ Tout en reflétant l'individualisme des Lumières par les prérogatives qu'elle accorde à l'auteur à travers ses droits moraux, elle reste essentiellement une « loi d'organisation économique », où l'opposition des intérêts privés et des intérêts publics cède le pas aux tensions entre les auteurs et les exigences du capital¹⁵⁷⁹. Elle a été reçue dans une quasi-indifférence par les auteurs, un fait hautement significatif des réels bénéficiaires des lois modernes de propriété intellectuelle¹⁵⁸⁰.
- La loi n°85-660 du 3 juillet 1985 (dite « loi Lang ») est surtout marquée par une extension des champs de protection, avec la reconnaissance des droits

¹⁵⁷⁶ Cyril ROJINSKY, *Le projet Jean Zay de 1936* [a], op. cit., p. 162.

¹⁵⁷⁷ Florence-Marie PIRIOU, *Légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle* [a], op. cit., p. 125.

¹⁵⁷⁸ Anne LATOURNERIE, *La loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique : sacre de l'auteur ou organisation des professions ?* [r], DEA histoire du XX^e siècle, Sciences-Po, Paris 1999, cité par Cyril ROJINSKY, *Le projet Jean Zay de 1936* [a], op. cit., p. 163.

¹⁵⁷⁹ Anne LATOURNERIE, *Petite histoire des batailles du droit d'auteur* [a], op. cit., chap. « La fabrication de la loi de 1957 sous la IV^e République ».

¹⁵⁸⁰ Anne LATOURNERIE, *Petite histoire des batailles du droit d'auteur* [a], op. cit., chap. « Loi d'organisation économique, loi de pacification réussie ».

voisins en faveur des interprètes, des producteurs de phonogrammes et des entreprises de communication. Elle étend également la notion d'œuvre protégée et abaisse l'exigence d'originalité tout en réduisant la portée du droit moral¹⁵⁸¹ pour permettre de protéger les programmes d'ordinateur et les bases de données, et prévoit pour la première fois le prélèvement d'une indemnité ponctionnée sur la vente des supports vierges (cassettes audio et vidéo) en contrepartie de l'exercice de la copie privée sonore et audiovisuelle qu'ils permettent. Aujourd'hui codifiée aux articles L.311-1 et suivants du CPI, cette rémunération pour copie privée a été étendue par la loi du 17 juin 2001 qui inclura les auteurs et les éditeurs d'œuvres graphiques. Elle rapporte en 2007 aux ayants-droit « un montant global de 155 millions d'euros pour l'ensemble des répertoires : Musique, Audiovisuel, Écrit et Image fixe, l'Écrit et l'Image fixe ne représentant eux deux qu'une très faible part du total, soit 3 millions d'euros »¹⁵⁸². Ce régime de rémunération pour copie privée s'est généralisé en Europe à l'exception du Royaume-Uni, de l'Irlande et du Luxembourg, au point que l'art. 5.2 b/ de la directive européenne n°2001/29/CE du 22 mai 2001 (en anglais « *Directive Union Copyright Directive* » – EUCD) dont il sera question dans les lignes qui suivent, n'admet la reconnaissance par les États de l'exercice de la copie privée qu'à la condition que cette rémunération soit assurée (la directive parle de « compensation équitable »)¹⁵⁸³.

- La loi n°92-597 du 1^{er} juillet 1992 abroge les lois de 1957 et de 1985 pour les incorporer dans le Code de la propriété intellectuelle (CPI).

¹⁵⁸¹ Florence-Marie PIRIOU, *Légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle* [a], op. cit., pp. 127-128.

¹⁵⁸² SOCIÉTÉ DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE (SACEM), *La rémunération des auteurs pour la copie privée* [a], op. cit ; SACEM, *Les chiffres de la copie privée et de la taxe sur les supports vierges* [a], http://saceml.deepsound.net/chiffres_copie_privée.html.

¹⁵⁸³ « Copie privée numérique », <http://www.la-sofia.org/sofia/Adherents/lang/fr/cpn.jsp>.

□ *L'ère numérique et le DADVSI*

➤ **Influence du « tout numérique »**

Le contexte contemporain est marqué par l'irruption du « tout numérique » et de l'informatique dans la vie de tous les jours, et par la capacité du public de copier massivement des textes, programmes informatiques, photographies, jeux vidéo, morceaux de musique et films, ainsi que de se les échanger via le réseau Internet. Hélène Maurel-Indart montre bien en quoi l'Internet, par l'immédiateté des rapports entre utilisateurs et le mélange de leurs rôles – chaque internaute étant appelé à devenir à la fois lecteur et contributeur, à l'instar de ce qui se passe dans les communautés de logiciels libres – fait recouvrer au texte la plasticité qu'il avait durant l'Antiquité et le Moyen Âge, chaque « passeur » du texte ayant la possibilité d'opérer les ajouts et les retraites qui lui semblaient s'imposer. Le texte alors vaut pour lui-même, indépendamment de l'auteur collectif qui l'a rédigé :

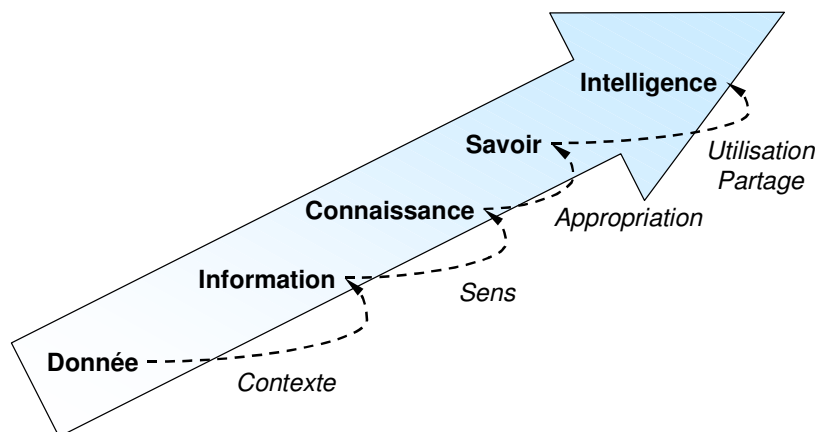
« Tel un être de chair, il naissait, augmentait, s'amplifiait, se corrigeait, s'accouplait avec d'autres textes et s'en trouvait à la fois modifié jusqu'à se fondre dans une masse verbale mouvante et perméable »¹⁵⁸⁴.

Cette plasticité retrouvée du texte se paie souvent d'une *méprise*¹⁵⁸⁵ : une telle pratique, en soi intéressante, ne ressemble que de loin à l'effort nécessaire pour faire sien la pensée de l'autre. Il ne suffit pas en effet de reprendre quelques chapitres épars croisés au hasard d'une cession et de les assembler par quelques phrases de raccord pour façonner une pensée, même si toute intelligence ne se développe qu'au contact de celle des autres. La donnée n'est pas l'information, et encore moins le savoir, ainsi que le montre le chemin de la donnée à la connaissance illustré ci-dessous :

¹⁵⁸⁴ Hélène MAUREL-INDART, *Plagiats, les coulisses de l'écriture*, op. cit., p. 11.

¹⁵⁸⁵ Voir notamment *Ibid.*, pp. 11 ss.

Le chemin de la donnée à la connaissance



Source : Giorgio Pauletto, *L'information comme ressource stratégique dans l'administration*, présentation donnée à la journée de rencontres de l'Observatoire technologique du 18 novembre 2004¹⁵⁸⁶.

Le « tout numérique », associé à l'avènement des congés payés, au développement de l'individualisme consumériste et au nivellement mondial de la culture, a également permis le développement sans précédent des industries du loisir. Elles ont obtenu un pouvoir toujours plus grand par l'effet des concentrations économiques¹⁵⁸⁷ tant horizontales que verticales, si bien que la plupart des majorats du cinéma ou de la musique sont contrôlés à leur tour par les acteurs de l'industrie électronique tout public, comme Sony, en particulier dans l'industrie américaine des « médias » : si en 1990, les réseaux majeurs que sont ABC, CBS, NBC et Fox ne possédaient « que » 12,5% des séries diffusées par leurs soins, ce taux devait s'élever à 56,3% en 2000 et 76,5% en 2002. Mais la concentration de cette industrie ne s'arrête pas au contenu. Ted Turner, fondateur de CNN, alertait l'opinion en 2004 sur ce phénomène qu'il avait lui-même contribué à créer : « les géants des médias ne possèdent pas seulement les réseaux de télédiffusion et les télévisions locales, ils possèdent aussi les compagnies du câble qui diffusent les signaux de leurs concurrents et les studios qui produisent l'essentiel de la programmation. »¹⁵⁸⁸ Ainsi, les majorats du cinéma sont en partie détenus par les grands groupes de « médias », qui privilégient leurs films sur les

¹⁵⁸⁶ <http://fr.slideshare.net/giorgiop5/linformation-comme-ressource-stratgique> ; d'autres sources évoquent ce chemin, avec des variantes.

¹⁵⁸⁷ Voir ci-dessus, note 480, p. 163.

¹⁵⁸⁸ Ted TURNER, *My Beef with big Media* [a], dans *Washington Monthly*, juillet-août 2004, cité par Philippe AIGRAIN, *Cause commune*, op. cit., p. 90.

chaînes de télévision qu'il détiennent : fin 1998, les six plus grands studios de Hollywood produisaient 37 des 46 programmes de la télévision américaine aux heures de grande écoute¹⁵⁸⁹. Robert McChesney, dans son livre *Rich Media, Poor Democracy*, ne laisse planer aucun doute : les studios hollywoodiens « s'efforcent d'acquérir et de contrôler le plus de contenu possible »¹⁵⁹⁰.

Ce sont ces majorats des loisirs et les grands éditeurs informatiques, plus encore que les sociétés représentatives des auteurs et interprètes, qui plaident aujourd'hui pour un renforcement du droit d'auteur, au prétexte que les nouvelles technologies facilitent à l'excès la copie et la diffusion illicite des œuvres ; les majorats des loisirs entendent ainsi combattre la distribution illicite des œuvres sous leur gestion à travers l'Internet, là où les éditeurs informatiques combattent le modèle du logiciel libre¹⁵⁹¹. Si toutefois les majorats des loisirs et ceux de l'informatique ont lourdement souligné cette caractéristique du « tout numérique », il est un autre point sur lequel il convient d'insister, mais qu'ils préfèrent passer sous silence. Avec le « tout numérique », un troisième acteur s'interpose entre auteurs et public, au point de devenir incontournable : l'éditeur du programme informatique qui permet l'accès aux œuvres. Ainsi, le « tout numérique » se caractérise par une capacité de contrôle des accès à l'œuvre jamais atteinte, y compris à distance. Il autorise de surcroît un recoupement des informations sans précédent et un « profilage » des personnalités par l'industrie qui menace à court / moyen terme la vie privée et la liberté des citoyens.

➤ **Les mesures techniques de protection (MTP)**

Que permet concrètement le « tout numérique » en matière de mesures techniques de protection ? S'il autorise un contrôle accru et pour ainsi dire total des accès à l'œuvre, il assure surtout la clef de voûte du concept de l'« informatique de confiance » développée par les principaux constructeurs et éditeurs informatiques. Pour bien saisir les enjeux des mesures techniques de protection, sans doute est-il préférable de commencer par évoquer cette « informatique de confiance ».

Les principaux éditeurs et fabricants de matériel informatique, tels que Compaq, HP, IBM, Intel, AMD et Microsoft, se sont associés pour fonder la « Trusted Computing Group » (TCG)¹⁵⁹², dont le but avoué est de sécuriser les équipements et communications informatiques à travers le concept d'« informatique de confiance » (« *Trusted Computing* ») que Richard Stallman a rebaptisé en « informatique déloyale » dans un article publié en 2002¹⁵⁹³. C'est dans ce cadre que Microsoft a intégré sa « Next-Generation Secure Computing Base » (« NGSCB ») dans Windows

¹⁵⁸⁹ André SCHIFFRIN, *Le Contrôle de la parole*, op. cit., p. 59.

¹⁵⁹⁰ Robert W. MACCHESNEY, *Rich Media, Poor Democracy*, op. cit., cité par André SCHIFFRIN, *Le Contrôle de la parole*, op. cit., p. 59.

¹⁵⁹¹ LIGUE ODEBI, *Le DADvSI pour les nuls* [a], 18.12.2005 ; <https://www.odebi.org/dadvsi/LeDADvSIpourlesnuls.html>.

¹⁵⁹² Appelé « Trusted Computing Platform Alliance » (TCPA) jusqu'en 2003.

¹⁵⁹³ Richard M. STALLMAN, *Pouvez-vous faire confiance à votre ordinateur ?*, op. cit.

Vista, malgré les plus vives critiques formulées à ce sujet par les milieux du logiciel libre. À en croire Richard Stallman, il s'agit ni plus ni moins, malgré les discours officiels de façade, d'un élément du système permettant à l'éditeur de prendre le contrôle de la machine de l'utilisateur et de décider à *sa place et à son insu* quelles applications pourront y fonctionner, indépendamment de tout critère technique de compatibilité. Cette pratique, qui donne la possibilité aux plus gros fournisseurs mondiaux d'informatique de violer la sphère privée et leur permet de restreindre abusivement l'accès aux œuvres numériques, universalise une pratique limitée jusque-là aux logiciels espions ou malveillants. Qu'on en juge plutôt : il s'agit d'apposer une « empreinte » numérique sur chaque logiciel ou document informatique, puis de déléguer à un « tiers de confiance » désigné par l'éditeur la mission de vérifier si le logiciel ou le document utilisé peut être traité par la machine de l'utilisateur, en fonction des licences délivrées. Tout logiciel ou document dont l'empreinte n'est pas répertoriée chez le tiers de confiance ne peut pas fonctionner sur l'ordinateur de l'utilisateur. Les critères de refus d'exécuter un logiciel sont rarement connus de ce dernier, et les connaît-il qu'il lui est impossible de s'y opposer. Ainsi l'utilisateur ignore-t-il la plupart du temps, lorsqu'il accepte les conditions générales qui lui font interdiction d'utiliser une application sur un autre ordinateur, que toute modification¹⁵⁹⁴ d'un composant de sa machine – tel que carte mère, extension de mémoire vive ou disque dur – sera considéré par l'éditeur comme un changement d'ordinateur entraînant l'obligation d'acquiescer à prix fort une nouvelle licence... On relèvera en passant que la limitation de validité de la licence à une machine – et non à une seule copie installée ou à un utilisateur à la fois – pose déjà problème, puisqu'elle associe la durée de vie d'un logiciel – dont le code, par nature, est *inusable* – à celle d'une machine électronique en soi fragile, qui plus est soumise à une forte obsolescence programmée¹⁵⁹⁵. Ainsi l'évolution imposée d'un programme professionnel ou celle d'un système d'exploitation peuvent-elles entraîner la nécessité de changer de machine – en raison notamment de la puissance requise pour le faire fonctionner – et, partant, le renouvellement des licences applicatives, malgré l'apparente compatibilité ascendante du système d'exploitation qui – techniquement et pour autant qu'elle soit donnée – permettrait de faire tourner les anciennes applications sur le nouveau système d'exploitation. On comprend, à travers « l'informatique de confiance », tout l'intérêt qu'un éditeur comme Microsoft peut tirer des MTP, puisqu'il lui est désormais possible d'empêcher à des machines tournant sur le système d'exploitation libre GNU/Linux de lire des œuvres ainsi protégées, obligeant l'utilisateur d'installer son propre système d'exploitation Windows¹⁵⁹⁶. La plupart des œuvres musicales et des photographies dans le monde se trouvant en un nombre plus restreint de portefeuilles, un tel tableau n'a rien d'utopique : Bill Gates, l'ancien patron de Microsoft, n'a-t-il pas montré son ambition de faire de son agence Corbis Corporation la première banque

¹⁵⁹⁴ Ou plus de trois modifications, ce qui ne change rien au principe décrit.

¹⁵⁹⁵ Voir ci-dessus, note 685, p. 213.

¹⁵⁹⁶ LIGUE ODEBI, *Le DADvSI pour les nuls* [a], op. cit.

d'images du monde ? N'a-t-il pas montré sa volonté d'affranchir des lois françaises le fonds géré par l'ancienne agence parisienne Sygma, proposant aux reporters qui travaillaient avec elle des « contrats d'exploitation d'archives » beaucoup moins avantageux que les contrats d'auteur qu'ils avaient passé ?¹⁵⁹⁷

Le contrôle opéré par « l'informatique de confiance » s'étend également à la lutte contre la copie illégale, sans tenir compte des lois applicables dans le pays du domicile de l'utilisateur, et, en particulier, en faisant fi du « droit exceptionnel » à la *copie privée* et du droit impératif à la *copie de sauvegarde*¹⁵⁹⁸. Cette protection matérielle – qui protège les intérêts de l'industrie informatique et des loisirs, à l'exclusion notoire de ceux de l'utilisateur – se double en effet de mécanismes purement logiques de protection contre la copie, les fameux « systèmes de gestion numérique des droits » (en anglais « Digital Rights Management » – DRM). On entend par là un système de chiffrement ou de marquage des œuvres numériques (livre, chanson, photographie, film) empêchant leur possesseur d'y accéder s'il n'est pas expressément autorisé par le titulaire des droits sous forme de transmission d'une quittance électronique (clef de décodage ou autre) lui permettant d'accéder à l'œuvre. Le contrôle s'opère à travers le logiciel chargé de lire l'œuvre. Ce traitement « propriétaire » éloigne des standards le format d'enregistrement, rendant l'œuvre – pourtant légitimement acquise – illisible pour certains lecteurs, ainsi que, la plupart du temps, pour les ordinateurs. Il oblige ainsi les utilisateurs à payer plusieurs licences pour la même œuvre s'ils désirent la lire sur des lecteurs de standards différents (lecteur VHS, lecteur DVD, ordinateur...). Un obstacle supplémentaire s'y ajoute : le « zonage », pratique répandue pour les œuvres audiovisuelles enregistrées sur DVD et les jeux vidéo, qui empêche par exemple un lecteur vendu en Europe (zone 2) de lire une œuvre enregistrée sur un support acquis sur le marché canadien ou étasunien (zone 1)¹⁵⁹⁹. Un tel fractionnement des droits accordés à l'utilisateur est contraire à l'esprit du droit d'auteur et l'engage toujours plus loin dans une logique de rente, même si, dans la lettre, il respecte la possibilité conférée à l'auteur de gérer la divulgation et la distribution de ses œuvres comme il l'entend ; on voit de ce fait qu'un tel traitement « propriétaire » constitue un mécanisme redoutable de captation des utilisateurs, les œuvres cédées ne pouvant être lues que par des lecteurs agréés. On pense ici au « système Apple », qui fait de l'iPod et de l'iPad des outils de captation des utilisateurs, ces appareils n'acceptant d'exécuter que les logiciels validés par Apple et exclusivement téléchargeables sur le kiosque « App Store » d'Apple ; ignorant le lecteur « Flash Payer » d'Adobe, ils empêchent

¹⁵⁹⁷ Magali JAUFFRET, *Bill Gates bientôt devant la justice française ?* [a], dans l'Humanité, 22.08.2011 ; <http://www.humanite.fr/culture/bill-gates-bientot-devant-la-justice-francaise-478373>, consulté le 05.07.2013.

¹⁵⁹⁸ En droit suisse, la notion de *copie privée* (art.19 al.2 LDA) se distingue de la notion de *copie de sauvegarde* (art. 24 al. 2 LDA) ; alors que la première ne s'applique pas aux logiciels (art. 19 al. 4 LDA), la seconde est expressément autorisée dans ce cadre et se voit même érigée en norme strictement impérative, autrement dit en norme à laquelle il n'est pas possible de déroger par contrat (art. 24 al. 2 LDA).

¹⁵⁹⁹ WIKIPEDIA, L'ENCYCLOPEDIE LIBRE, *DVD* [a], <http://fr.wikipedia.org/wiki/DVD>, consulté le 20.01.2012 ; la planète est ainsi découpée en sept zones, indépendamment des langues dans lesquelles le dvd est vendu, puisqu'un film acheté au Québec (zone 1) ne pourra être lu sur un lecteur français (zone 2).

leurs propriétaires de visualiser correctement les sites conçus en partie en Flash¹⁶⁰⁰. Pire encore : les œuvres ne sont transmises qu'en faveur de leur titulaire original, qui se retrouve dans l'impossibilité de transmettre la licence – pourtant chèrement acquise – à ses descendants par exemple. La rumeur rapporte que l'acteur Bruce Willis l'aurait appris à ses dépens, ayant désiré transmettre par voie de testament ses très nombreux fichiers musicaux à sa fille. Apple n'est pas le seul à imposer un modèle extrêmement fermé à ses clients, leur assignant un rôle passif de purs consommateurs-payeurs. Le mécanisme mis au point par Sony fait par exemple lui aussi référence¹⁶⁰¹.

Les DRM, en inspectant à distance les fichiers présents sur un ordinateur pour s'assurer qu'ils sont légalement en possession de l'utilisateur, peuvent également servir à organiser le fichage généralisé des internautes et à alimenter automatiquement des bases de données permettant d'établir leurs habitudes de consommation, au mépris de la loi et de leur sphère privée¹⁶⁰² ; ils peuvent à chaque utilisation d'une œuvre transmettre via l'Internet à un serveur commercial des données personnelles telles que l'identité de l'utilisateur, la date, l'heure et le titre consulté¹⁶⁰³. Ils peuvent même utiliser les capacités d'un ordinateur au détriment de son véritable propriétaire : le logiciel de partage de musique KaZaa permettait aux partenaires commerciaux de KaZaa de louer à leurs propres clients l'utilisation des ordinateurs qui s'étaient connectés à son site¹⁶⁰⁴.

Si l'on analyse à présent le simple accès à une œuvre déterminée, et sans avoir nécessairement à consulter un « tiers de confiance », les DRM, sous forme de codes situés dans le fichier même où l'œuvre est fixée, peuvent interdire la copie du fichier ou limiter le nombre de copies possibles (systèmes anti-copie), interdire leur lecture au-delà d'une date prédéfinie (fichiers à l'usage limité dans le temps), identifier par « tatouage » l'œuvre et ses ayants-droits et identifier les copies qui en ont été faites¹⁶⁰⁵.

➤ Déséquilibre et parti-pris

En décidant d'interdire le contournement des dispositifs techniques de contrôle d'accès aux œuvres (MTP), y compris en cas d'acquisition licite de l'œuvre¹⁶⁰⁶, le législateur

¹⁶⁰⁰ PC EXPERT (rédaction), *Plus fermé que l'écosystème Microsoft* [a], dans PC Expert, juillet-août 2010, p. 71.

¹⁶⁰¹ Voir notamment LIGUE ODEBI, *Le DADvSI pour les nuls* [a], op. cit., chap. « Problèmes de sécurité informatique : certains DCU menacent gravement la sécurité de l'internet et des internautes ».

¹⁶⁰² Marjorie PONTOISE, *L'exception de copie privée* [r], op. cit., p. 68.

¹⁶⁰³ LIGUE ODEBI, *Le DADvSI pour les nuls* [a], op. cit.

¹⁶⁰⁴ Richard M. STALLMAN, *Pouvez-vous faire confiance à votre ordinateur ?*, op. cit.

¹⁶⁰⁵ LIGUE ODEBI, *Le DADvSI pour les nuls* [a], op. cit.

¹⁶⁰⁶ Le rapport de la Commission Vanneste du 1^{er} juin 2005 atteste qu'il ne s'agit pas d'un oubli du législateur français : « La Commission a rejeté un amendement de M. Christian Paul visant à exclure du délit de contrefaçon les actes de contournement des mesures de protection des œuvres par celui qui les a licitement acquises, de façon à bénéficier des usages normaux de cette œuvre permis par la loi ou le contrat » (rapport de Christian Vanneste à l'Assemblée Nationale du 01-06-2005 ; <http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rapports/r2349.pdf>).

trahit son parti-pris en faveur des gestionnaires de droit aux dépens du reste de la société civile ; sa loi sacrifie ainsi la copie privée, le droit à une copie de sauvegarde et la vie privée des utilisateurs au bon vouloir des majorats des loisirs et de l'informatique, sans souci de conserver le moindre équilibre entre les acteurs¹⁶⁰⁷, démontrant que « l'économie et le citoyen ne sont pas du même ordre »¹⁶⁰⁸. Le procédé est d'autant plus choquant qu'il ne tient pas compte du but poursuivi par le contournement, outrepassant ainsi le champ d'application du droit d'auteur¹⁶⁰⁹.

Il n'est qu'à observer la manière dont les lois protégeant les dispositifs techniques de protection ont été imposés aux populations pour s'en convaincre¹⁶¹⁰. Tout commence aux États-Unis, où William (Bill) Clinton, soucieux de s'accorder les bonnes grâces des milieux hollywoodiens afin semble-t-il d'assurer sa propre réélection, défend le projet de loi NIICPA déposé le 28 septembre 1995 par les sénateurs Orrin G. Hatch et Patrick J. Leahy et promu par la Creative Incentive Coalition (CIC), groupe de pression (« *lobby* ») rassemblant notamment la MPAA, la RIAA, Microsoft, la BSA, et Time Warner¹⁶¹¹. Ce projet, qui contient déjà toutes les revendications des majorats des loisirs et de l'informatique à propos du numérique, vise à interdire le contournement des mesures techniques de protection ainsi qu'à obliger les fournisseurs d'accès Internet à surveiller les flux de données de leurs clients et à porter de ce fait atteinte à leur vie privée. Ce texte, d'une inspiration extrêmement répressive, prévoyait *cinq ans de prison et 500'000 USD d'amende* en cas de contournement d'une MTP, même lorsque ce contournement n'a pas d'autre but que l'usage licite de l'œuvre.

Ce projet se révèle si critiquable que 106 professeurs de droit américains écrivent une lettre ouverte au vice-président Al Gore et aux deux sénateurs porteurs du projet, et leur demandent son retrait ; la société civile américaine s'y oppose également avec force, principalement les enseignants, les bibliothèques et les utilisateurs. C'est alors que par un procédé éminemment anti-démocratique et en violation flagrante de la séparation des pouvoirs, retirant aux citoyens tout moyen de participer à l'élaboration d'une prise de décision qui les concernait pourtant au premier chef, William (Bill)

¹⁶⁰⁷ C'est notamment l'avis du professeur de droit américain Pamela Samuelson (Université de Pittsburgh) à propos du projet de loi américain NIICPA porté par Bill Clinton, lequel comprenait déjà l'interdiction de contournement des DRM ; pour Pamela Samuelson, il faudrait remonter au XVI^e siècle anglais pour trouver une loi avantageant autant les intermédiaires (en l'occurrence les éditeurs) aux dépens du public (Pamela SAMUELSON, *Legally Speaking: The NII Intellectual Property Report* [r], publication des Délibérations de l'ACM, décembre 1994 ; <http://www.virtualschool.edu/mon/ElectronicProperty/LehmanACMCritique.html>).

¹⁶⁰⁸ Pascal COHET, *Cinquième pouvoir : lobbying citoyen ou contre-lobbying ?* [a], 22.03.2007, <http://www.agoravox.fr/actualites/citoyennete/article/5e-pouvoir-lobbying-citoyen-ou-21120>.

¹⁶⁰⁹ Edouard MILLE, *DADvSI : la copie privée en miettes ?*, op. cit., p. 3 ; voir ci-dessus, chap. « Nature des exceptions », pp. 386 ss.

¹⁶¹⁰ L'essentiel des lignes qui suivent est redevable à l'article de la Ligue Odebi du 18.12.2005 (LIGUE ODEBI, *Le DADvSI pour les nuls* [a], op. cit.), dont l'article se retrouve dans Philippe AIGRAIN et al., *La Bataille Hadopi*, op. cit., pp. 33 ss.

¹⁶¹¹ LIGUE ODEBI, *Le DADvSI pour les nuls* [a], op. cit., citant le commentaire du Consumer Project on Technology (« Comments of the Consumer Project on Technology »), devenu entre temps le Knowledge Ecology International.

Clinton fit pression sur les milieux internationaux afin que l'OMPI adopte un traité reprenant les dispositions du NIICPA, obligeant tant le Congrès étasunien que la plupart des pays étrangers à transposer ces mesures dans leur propre droit national.

Ce sera chose faite avec le Traité OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996¹⁶¹², qui incite les États signataires à transposer dans leur droit national le fameux « triple test » prévu par l'article 13 des Accords ADPIC¹⁶¹³, déjà problématique en soi. L'introduction du test en trois étapes dans un code national introduit une insécurité juridique, puisqu'au lieu de servir de guide au législateur désireux d'édicter une nouvelle exception au droit d'auteur, comme le prévoyait la Convention de Berne, il permettra aux juges de remettre en cause les exceptions édictées expressément par le législateur national¹⁶¹⁴. Une fois adopté, le Traité OMPI permet à William (Bill) Clinton d'imposer au Sénat le Digital Millenium Copyright Act (DMCA) en lieu et place du MIICPA, pourtant sa copie presque conforme. L'Union européenne adopte de son côté la Directive n°2001/29/CE du 22 mai 2001 (en anglais « Directive Union Copyright Directive » – EUCD)¹⁶¹⁵, qui vise à harmoniser le droit d'auteur en Europe et contraint à ce titre les États partie à transposer ses dispositions dans leur droit national. C'est ainsi que la France adopte le Droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (DADVSI), publié le 3 août 2006 au Journal officiel¹⁶¹⁶. Sous couvert de transposition, et sous l'impulsion conjointe de Jacques Chirac – alors Président – Nicolas Sarkozy et Vivendi Universal¹⁶¹⁷, le DADVSI durcit encore les termes de la Directive n°2001/29, opérant une transformation *radicale* du droit d'auteur et de ses fondements, faisant d'un droit *relatif* un droit opposable à tous, sans pour autant admettre le principe de la licence globale afin d'assurer aux exploitants une rente la plus élevée possible...

L'adoption de cette loi et des mutations profondes qu'elle entraîne s'est opérée au milieu de beaucoup de tumulte¹⁶¹⁸, mais sans réel débat d'idées de la part d'une majorité parlementaire de droite pressée d'en finir avec un dossier que, de son propre

¹⁶¹² WIPO Copyright Treaty (WCT) ; http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/fr/ip/wct/pdf/trtdocs_wo033.pdf.

¹⁶¹³ « Le triple test réserve aux États la faculté de créer des exceptions aux droits des auteurs, à condition que ces exceptions : (1) soient limitées à certains cas spéciaux ; (2) ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ; et (3) ne causent pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. » (Benjamin MAY, *Le « triple test » à l'ère du numérique*, dans RLDI, n°15 (avril 2006), pp. 63 ss).

¹⁶¹⁴ En droit français : art. L. 122-5 CPI. Voir ci-dessus, chap. « Les exceptions au droit d'auteur », pp. 386 ss, p. 391 s. ; Marjorie PONTOISE, *L'exception de copie privée* [r], op. cit., p. 28.

¹⁶¹⁵ 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 (JOCE du 22.06.2001, L 167/10) – en anglais « *European Union Copyright Directive* », « EUCD » ; <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:FR:PDF>.

¹⁶¹⁶ Loi n°2006-961 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information du 1^{er} août 2006 (DADVSI) ; JORF n°178 du 03.08.2006, p. 11529 ; <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000266350&dateTexte=&categorieLien=id>.

¹⁶¹⁷ Philippe AIGRAIN, *Préparation de la décision politique* [a], op. cit.

¹⁶¹⁸ Voir notamment Philippe AIGRAIN et al., *La Bataille Hadopi*, op. cit.

aveu, elle ne maîtrisait pas. Cette incompétence a été admise par plusieurs députés, en particulier par Richard Cazenave à propos de ses collègues¹⁶¹⁹. Le député UMP Laurent Wauquiez, porteur de la partie civile de l'amendement Vivendi, ira même jusqu'à avouer sa propre incompétence, en sus de celle de la plupart de ses collègues, ce qui ne l'a par ailleurs pas empêché de voter le texte à deux mains : « Nous devons reconnaître honnêtement les limites de nos compétences techniques – certains d'entre nous en ont apporté la preuve, moi le premier hier soir, – sur des sujets extrêmement techniques comme le MP4 ou les fichiers MP3. »¹⁶²⁰ Le plus grave est que ces sujets n'ont rien de si compliqué par rapport à d'autres aspects de l'informatique, et que les explications données sous la Coupole étaient simples, surtout pour un ancien major de l'ENA¹⁶²¹...

Le DADVSI prévoit des amendes d'un montant pouvant aller jusqu'à 300'000 euros et des peines de 3 ans de prison pour toute personne éditant un logiciel permettant de contourner des dispositifs techniques de protection (MTP ou « DRM »), même s'ils limitent l'accès d'une œuvre qui serait entrée dans le domaine public¹⁶²² : Nicolas Sarkozy a ainsi réussi à imposer à la France des peines proches de celles, exorbitantes, que William (Bill) Clinton n'avait pas pu faire passer aux États-Unis avec le NIICPA. Avec le DADVSI, pour la première fois dans l'histoire du droit, un droit protège un dispositif technique... installé pour protéger un droit – le droit d'auteur. Cette protection des dispositifs anti-copie remet en question dans les faits le principe même de la copie privée et celui de l'interopérabilité¹⁶²³. D'autres principes essentiels du droit sont également bafoués par ce texte : respect de la vie privée des internautes, atteinte au droit fondamental qu'est devenu depuis 2010 en Europe l'accès à l'Internet, culpabilité présumée de l'internaute, qui a le fardeau de la preuve de son innocence, condamnation pénale des internautes par une simple autorité administrative. C'est un

¹⁶¹⁹ « Les débats sur le DADVSI ayant mis en lumière les lacunes des parlementaires dans le domaine du logiciel... », discours prononcé à l'occasion des Rencontres Mondiales du Logiciel Libre 2006, le 6 juillet 2006 à Nancy ; <http://www.richardcazenave.com/?2006/07/08/173-rencontres-mondiales-du-logiciel-libre-2006>, consulté le 09.06.2009.

¹⁶²⁰ Aveu fait à l'occasion de l'examen du texte de la loi DADVSI, séance du mercredi 15 mars 2006, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/cr/2005-2006/20060171.asp> ; passage mis en exergue par le site eucd.info, <http://eucd.info/index.php?2006/05/12/303-dadvisi-le-pire-du-pire-adopte-au-senat>, dernière consultation le 11.06.2009.

¹⁶²¹ Laurent Wauquiez est le major de la promotion Mandela (2001) (WIKIPEDIA, L'ENCYCLOPEDIE LIBRE, *Laurent Wauquiez* [a], http://fr.wikipedia.org/wiki/Laurent_Wauquiez, consulté le 11.06.2009).

¹⁶²² Cas de figure évoqué par Michel Vivant lors d'une intervention orale.

¹⁶²³ Même la Société Française des Intérêts des Auteurs de l'Écrit (Sofia), société civile de perception et de répartition de droits largement acquise aux intérêts des exploitants, l'admet dans le principe : « *L'exception pour copie privée, bien que reconnue de façon universelle, tantôt de manière spécifique comme en droit français, tantôt comme conséquence de l'usage loyal (fair use), comme en droit américain, pourrait disparaître dans un environnement numérique où des dispositifs anti-copie seraient mis en place sur tous les supports d'œuvres.* » (« Copie privée numérique », <http://www.la-sofia.org/sofia/Adherents/lang/fr/cpn.jsp>). Prétendre comme le fait cette Société que la copie privée serait sauve parce que la généralisation du procédé de protection n'est pas d'actualité relève d'une forme de mauvaise foi, et admet l'idée, intolérable en soi, que le sort de la copie privée soit livrée au bon vouloir des exploitants.

fait qu'à l'heure où certains parlent de « confiance » à l'ère du numérique (« *trusted computing* »), toute l'approche du DADVSI et des traités qui en sont à l'origine trahissent une hypothèse de défiance à l'égard des utilisateurs¹⁶²⁴. En outre, dans la mesure où elle impose à chacun d'assurer la sécurité de son accès au réseau Internet, la loi s'avère inapplicable : une telle opération s'avère dans les faits hors de portée de la plupart des entreprises – sans parler des utilisateurs privés ! Michel Vivant, un des experts français les plus réputés en matière de propriété intellectuelle, alors doyen de la faculté de droit de Montpellier, exposera de nombreuses critiques à son encontre, allant jusqu'à dire qu'il le trouve « proprement effrayant », ce qui est impressionnant de force dans la bouche de ce professeur¹⁶²⁵.

Le législateur suisse a suivi la tendance, dans un contexte de « *lobbying* » des majorats des loisirs rarement atteint dans le pays, ce qui relance une fois de plus la question récurrente de la légitimité de ce type de pression sur les députés¹⁶²⁶. Le législateur suisse, bien qu'il ne soit pas soumis à la directive européenne n°2001/29/CE, était cependant tenu par le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996 auquel le Conseil fédéral (exécutif) l'avait enjoint de souscrire, le présentant comme une simple « adaptation du droit d'auteur aux avancées technologiques »¹⁶²⁷. Ainsi, en conséquence de cette ratification, la version du 5 octobre 2007 de la LDA accorde une protection juridique aux MTP. Toutefois – différence majeure d'avec la France –, cette interdiction ne s'applique pas à « celui qui contourne une mesure technique efficace exclusivement dans le but de procéder à une utilisation licite »¹⁶²⁸. Et si la nouvelle LDA institue également un droit de rémunération à la copie privée sur la vente de supports de données vierges¹⁶²⁹, elle ne prend aucune mesure de principe contre les échanges « pair-à-pair ». C'est sans compter sans le zèle de quelques députés socialistes, qui, croyant peut-être encore que les auteurs sont les principaux bénéficiaires de la LDA, se promettent d'y mettre bon ordre à l'avenir, sans faire de différence entre contrefaçon privée et commerciale¹⁶³⁰, faisant ainsi avant tout le jeu des majorats des loisirs. Parmi eux, Géraldine Savary, membre du conseil de fondation de la Suisa (l'équivalent suisse de la Sacem), s'est distinguée en déposant un postulat¹⁶³¹ (une demande adressée par un parlementaire à l'exécutif) relatif aux

¹⁶²⁴ Cf. présentation de Jean-Henry MORIN, *To Trust or not to Trust* du 19.11.2010 lors de la journée de l'Observatoire Technologique de l'État de Genève

¹⁶²⁵ Cité à l'époque des faits par le site <www.eucd.info>.

¹⁶²⁶ Voir notamment Pascal COHET, *Cinquième pouvoir : lobbying citoyen ou contre-lobbying ?* [a], op. cit., qui critique l'expression de « lobbying citoyen », arguant de ce qu'il ne s'agit pas d'un simple pendant aux groupes de pression des milieux économiques, mais bien un légitime sursaut citoyen cherchant à défendre la collectivité face à la revendication d'intérêts particuliers s'opérant au risque de la démocratie.

¹⁶²⁷ Conseil fédéral, Message du 10 mars 2006 concernant l'arrêté fédéral relatif à l'approbation de deux traités de l'OMPI et concernant la modification de la LDA (FF 2006 3262), Condensé, p. 3264.

¹⁶²⁸ Art. 39a al. 4 LDA.

¹⁶²⁹ Art. 20 al. 3 LDA.

¹⁶³⁰ Voir ci-dessus, chap. « Une distinction capitale », pp. 298 ss.

¹⁶³¹ Postulat 10.3263 Savary : *la Suisse a-t-elle besoin d'une loi contre le téléchargement en musique ?*

« utilisations illicites d'œuvres sur Internet ». Un rapport d'août 2011 du Conseil fédéral rendu en réponse au postulat Savary a tranché en faveur du *statu quo*, au motif que les « économies induites par l'utilisation d'offres illégales continueront d'être dépensées dans le secteur du divertissement », limitant d'autant les dommages subis par la branche économique. Une fois n'est pas coutume, une autorité officielle ose y affirmer que « il est légitime de s'interroger sur la pertinence des mesures répressives en vue d'endiguer les violations de droit d'auteur »¹⁶³². Chaque progrès technique entraîne une vague d'abus en matière de violations du droit d'auteur, mais ce serait aux acteurs économiques de savoir adapter leur offre au nouveau modèle induit par le changement technique. Au demeurant, les pronostics du marché pour la Suisse s'avérant positifs¹⁶³³, il conviendrait de mettre l'accent sur la sensibilisation et la veille plutôt que sur la répression¹⁶³⁴. Ce document officiel, dont les conclusions sont cohérentes avec les études menées sur le sujet à teneur, a eu le don de provoquer l'ire de la députée, qui n'entend pas tenir compte des études confirmant les effets positifs actuels de la contrefaçon privée sur la « consommation légale » de films ou de musique¹⁶³⁵ ni ne désire distinguer contrefaçon privée et commerciale, soucieuse que l'on est en droit de la croire des intérêts de la Suisse, qui reste un intermédiaire tirant un intérêt propre de ses prestations. Le fait que le chiffre d'affaires des industries de la branche se soit amélioré globalement dans le monde en 2012 pour la première fois depuis plusieurs années sans que l'on puisse sérieusement l'attribuer à l'intensification de la lutte contre la contrefaçon privée semble toutefois donner raison au Conseil fédéral, même si les arguments qu'il oppose à la socialiste devraient se démarquer des seuls intérêts économiques, pour prendre une hauteur que le débat parlementaire n'a plus depuis longtemps.

Si la Suisse s'en est tenue aux directives du traité OMPI, la France est allée plus loin encore que les « audaces répressives » du DADVSI ; conséquence de son inapplicabilité annoncée, il a depuis été suivi de la loi n°2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, plus connue sous le nom de Loi « Création et Internet » (dite « loi Olivettes » ou « Hadopi »), qui institue la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI), une autorité indépendante chargée de mettre en œuvre le principe de la « riposte graduée ». Plus grave encore, le DADVSI ne semble être que le début d'une stratégie globale de censure de l'opinion publique.

¹⁶³² CONSEIL FEDERAL, *Rapport sur les utilisations illicites d'œuvres sur Internet en réponse au postulat 10.3263 Savary*, Berne, août 2011 ; http://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Urhberrecht/f/Bericht_Savary_f.pdf, p. 11.

¹⁶³³ Référence faite au *Schweizer Entertainment und Media Outlook 2010-2014* de Price Waterhouse & Cooper 2010 qui prévoit, pour le marché suisse et durant la période en question, une croissance annuelle moyenne de 0,9% pour la musique et les supports audio, de 3,5% pour les vidéos et le cinéma, et de 6,9% pour les jeux informatiques.

¹⁶³⁴ CONSEIL FEDERAL, *Rapport sur les utilisations illicites d'œuvres sur Internet*, op. cit., conclusions, pp. 12-13.

¹⁶³⁵ Voir ci-dessus, chap. « Effets de la contrefaçon privée », pp. 307 ss.

Ainsi Guillaume Champeau nous apprend que Renaud Donnedieu de Vabres, alors ministre de la culture, affirma en 2006 au journal *Libération*, à propos du DADVSI :

« Ce texte pour moi n'est que *le premier d'une longue série d'adaptations de notre droit à l'ère numérique* et je compte bien, par exemple, m'attaquer un jour au problème de la presse et de l'Internet. C'est un autre sujet capital parce qu'il n'y aura pas d'informations de qualité sur l'Internet sans de vraies signatures, de vrais acteurs dont c'est le métier. »¹⁶³⁶

Le porte-parole de l'UMP, Jean-François Coppe, devait confirmer ce propos le 14 juin 2009 lors d'une émission radiophonique¹⁶³⁷. Le propos ainsi dévoilé, dont il est essentiel de garder à l'esprit qu'il doit être entendu dans la perspective d'une « adaptation du droit », est clair : il s'agit pour les pouvoirs politiques et économiques en place de lutter contre toute possibilité d'information « pair-à-pair » entre internautes et de décider pour eux ce qui constitue une « information de qualité ». À plus d'un titre, le « combat du droit d'auteur » doit être lu dans une perspective plus vaste qui met en jeu notre vision de l'homme, entre rapports de pouvoirs et *sujéité*. Comme il a déjà été dit, le droit d'auteur n'est-il pas le droit reconnu à l'esprit créateur, au pouvoir de l'imagination et du surgissement de la personne ? N'est-il donc pas à ce titre et par nature appelé à poser la condition de l'auteur, et, à travers elle, de la sujéité ? Le droit d'auteur n'est-il pas de ce fait l'objet privilégié de la vigilance des pouvoirs qui aspirent au contrôle des individus ?

Il s'agit à ce stade d'aborder les conditions d'émergence de la figure de l'auteur, à l'origine de ce droit.

Les origines du copyright

Il n'est pas nécessaire à mon propos de fouiller l'histoire du *copyright* autant que celle du droit d'auteur, cette dernière ayant déjà, à travers la question des privilèges de publication, abordé l'essentiel des justifications du *copyright*. Il importe cependant d'observer comment, chez les anglo-saxons, ce discours s'est construit, puis rapidement figé, en occultant le rôle essentiel joué par l'auteur.

¹⁶³⁶ Guillaume CHAMPEAU, *DADVSI : qui arrêtera Renaud Donnedieu de Vabres ?* [a], 13.03.2006, dans Numerama, <http://www.numerama.com/magazine/2597-dadvs-qui-arretera-rddv-eclaircissements.html>, c'est moi qui souligne ; voir aussi Guillaume CHAMPEAU, *Décryptage : Sarkozy et son œuvre de contrôle du net* [a], 20.05.2009, <http://www.numerama.com/magazine/12948-decryptage-sarkozy-et-son-oeuvre-de-contrôle-du-net.htm>. Olivier Bonnet, l'auteur du livre « La grande Manipulation », exprime l'une des formes que pourrait prendre cette censure : « *Il y a une tentation d'essayer de museler l'expression citoyenne, puisque sur internet aujourd'hui n'importe qui peut ouvrir un blog, compulsier différentes sources, citer des faits, donner son opinion, sans qu'il n'ait besoin pour ça d'un organe ou de posséder une carte de presse. Une forme de censure serait d'imposer le statut de journaliste pour avoir le droit de donner de l'information en ligne.* » (Karl LASKE, *La grande manipulation*, entrevue avec Olivier Bonnet, auteur du livre « La Grande Manipulation », 12.06.2008, dans Contre-Journal, http://contrejournal.blogs.libération.fr/mon_weblog/2008/06/bla-bla/comments/page/2).

¹⁶³⁷ Guillaume CHAMPEAU, *Jean-François Coppe : l'Hadopi « n'est que le point de départ »* [a], 16.06.2009, <http://numerama.com/magazine/13159-Jean-Francois-Coppe-l-Hadopi-n-est-que-le-point-de-depart.html>.

En Angleterre

L'Histoire retient que le premier litige anglo-saxon en propriété intellectuelle éclata en 567 de notre ère. Il opposa un moine irlandais, Colomba d'Iona, à l'abbé du monastère voisin, Abbott, dont il copia sans sa permission le manuscrit phare de sa bibliothèque. Sur demande de l'abbé, le roi ordonna au moine de rendre sa copie du psautier au propriétaire légitime de l'original¹⁶³⁸. Ainsi, le propriétaire du support matériel d'une œuvre était déjà semble-t-il considéré pour la tradition anglo-saxonne comme l'ayant droit sur les copies d'une œuvre, en lieu et place de l'auteur de l'original ou de celui de la copie. Cette préséance donnée au propriétaire du support matériel de l'œuvre présente l'avantage pour le pouvoir politique de soumettre la création aux puissants de ce monde, et d'éviter ainsi qu'elle puisse remettre l'ordre social en cause. Cet exemple nous montre également en quoi la facilité de copie offerte par les techniques actuelles constituent un faux problème : en 567 déjà, la copie, indépendamment de son mode d'exécution, exige une solution juridico-politique.

Les problématiques rencontrées entre le XV^e et le XVIII^e siècle par le régime de *copyright* ressemblent à celles qui se posent aux régimes de droit d'auteur durant la même période : pressions exercées par les éditeurs-imprimeurs pour protéger leur profession ; prétention de ces derniers intervenir au nom des auteurs ; volonté des auteurs de s'affranchir des éditeurs et du pouvoir sous l'exemple des Lumières ; volonté enfin des autorités d'assurer un certain contrôle des publications. Cette similitude n'empêche toutefois pas une approche différente par chacun des deux régimes¹⁶³⁹.

Ainsi, le *Stationnery's Act*, datant de la fin du XV^e siècle, accorda aux éditeurs le monopole de publication, de distribution et de vente des ouvrages qu'ils avaient été les premiers à publier¹⁶⁴⁰, indépendamment de l'autorisation de l'auteur ; les Tudor entendaient à travers ce texte privilégier les éditeurs dans la mesure où leur nombre restreint et la difficulté où ils auraient été de déplacer leurs presses permettaient aux monarques d'exercer plus facilement leur censure à travers eux qu'en tentant de surveiller l'ensemble des auteurs potentiellement séditieux¹⁶⁴¹.

La censure fut un souci constant en Angleterre : en 1556, la corporation des éditeurs de Londres reçut de Marie Tudor la mission d'assurer la surveillance des écrits protestants, jugés séditieux ; le Parlement maintint cette censure par des *Licensing Acts* en 1640, ainsi que le privilège de la corporation des éditeurs, dont les membres, après

¹⁶³⁸ Harry Hillman CHARTRAND, *Copyright Creators, Proprietors & Users* [a], dans *Journal of Arts Management, Law & Society*, vol. 30, n°3 (automne 2000), chap. « The Abbott's Psalter, 456 ».

¹⁶³⁹ Anne LATOURNERIE, *Petite histoire des batailles du droit d'auteur* [a], op. cit., chap. « Du droit de paternité au droit de propriété ».

¹⁶⁴⁰ BIBLIODOC.FRANCOPHONIE.ORG (BDF), *Les droits d'auteurs*, op. cit., p. 3.

¹⁶⁴¹ Harry Hillman CHARTRAND, *Copyright Creators, Proprietors & Users* [a], op. cit., chap. « The Printing Press, 1456 ».

avoir enregistré un ouvrage, obtenaient un droit de propriété exclusif sur celui-ci¹⁶⁴². Un bill de Charles II renouvela ces privilèges le 8 novembre 1671¹⁶⁴³. La mission de censure dont on la chargea rendit la corporation des éditeurs toujours plus puissante. La Chambre des Communes, trouvant abusif le privilège acquis dès 1556 par les éditeurs en tant que comité de censure de l'ensemble des écrits parus en Angleterre, refusa de prolonger le bill de Charles II de 1671, malgré l'opposition de la Chambre des Lords. Il fut donc décidé de créer une commission en vue d'élaborer un projet de loi sur l'imprimerie.

Les éditeurs anglais se défendirent alors comme devaient le faire en 1725 par le biais de Louis d'Héricourt les éditeurs parisiens dans le conflit qui les opposait à leurs concurrents provinciaux : invoquant la théorie de la propriété intellectuelle, ils prétendirent que leurs privilèges n'avaient pas d'autre but que de faire respecter la propriété des auteurs, qu'ils avaient toujours tenue pour sacrée, et de leur en assurer la paisible jouissance en les défendant contre les contrefaçons. L'argument ne porta pourtant pas, si bien que le 10 avril 1710 la Chambre des Communes vota le projet de loi que Wortley lui avait présenté « pour l'encouragement du savoir, prévoyant que les exemplaires des livres imprimés seront placés sous la garde des auteurs ou des ayants droit pendant les durées mentionnées dans le présent texte ».

Ce texte, connu sous le nom de *Statute of Ann* (Loi de la Reine Anne), reconnaît aux auteurs un droit exclusif de reproduction sur une durée de vingt-et-un ans pour les livres déjà publiés au jour de sa promulgation et d'une durée de quatorze ans dès leur publication pour les autres, renouvelable pour autant que l'auteur fût encore en vie à l'échéance de la première période¹⁶⁴⁴. La protection est certes subordonnée à l'enregistrement de l'ouvrage par l'auteur dans les registres de la corporation des éditeurs, mais cette inscription est faite désormais au nom de l'auteur présumé qui dépose l'ouvrage, non plus au nom d'un membre de la corporation. Bon exemple de tentative de trouver un équilibre en la matière entre les divers intérêts en présence (Couronne, Parlement, éditeurs, auteurs et public), le *Statute of Ann* semble poursuivre plusieurs buts, parfois contradictoires, et peut être lu de diverses manières selon le point de vue adopté. C'est sans doute ce qui explique que sa mise en œuvre fut si problématique. Le but avoué du *Statute of Ann* est certes l'encouragement au savoir, mais il poursuit aussi indéniablement d'autres buts, dont celui de renverser l'influence grandissante des éditeurs... et celle de la Couronne.

Commençons par l'auteur. En soumettant le droit de publier à l'autorisation de l'auteur, la reine Anne semble donner pouvoir à ce dernier sur les éditeurs dont les revendications devenaient dérangeantes. On lit dans le préambule de la loi faisant office d'exposé des motifs :

¹⁶⁴² Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 171.

¹⁶⁴³ *Ibid.*, p. 185.

¹⁶⁴⁴ *Ibid.*, p. 185.

« Considérant que les éditeurs, les libraires et autres personnes avaient finalement pris la liberté d'imprimer, de rééditer et de publier [...] des livres et autres manuscrits sans consentement, au détriment des auteurs ou de leurs propriétaires et bien souvent à la ruine des auteurs et de leurs familles... »¹⁶⁴⁵

Officiellement, l'auteur se voit reconnaître pour la première fois la jouissance d'un droit exclusif d'autoriser l'impression de ses œuvres, en récompense de ses apports d'intérêt général à la collectivité. Ainsi, bien qu'il soit souvent cité comme étant la première loi sur le *copyright*, ce texte ne contient pas davantage le terme de « *copyright* » qu'il ne correspond, quant aux nouveautés qu'il apporte, à son esprit¹⁶⁴⁶.

Mais le périmètre de protection du droit conféré est à l'époque beaucoup moins étendu qu'il ne l'est actuellement. Conçu dès ses débuts par rapport à l'édition plutôt qu'en fonction de l'auteur et de sa relation à l'œuvre, le *copyright* reste un monopole limité au contrôle de l'impression d'un texte, et ne permet pas à son titulaire d'exercer un regard sur son utilisation ; en d'autres termes, il permet de s'opposer à l'impression ou à la réimpression d'un livre, mais pas plus à sa vente, à sa distribution, à son adaptation pour le théâtre ou à sa traduction qu'à sa lecture en public¹⁶⁴⁷. Ainsi, vu l'absence de tout aspect correspondant à ce que la tradition du droit d'auteur appelle le *droit moral*, et bien qu'il constitue la première reconnaissance positive de l'auteur en Angleterre, le *Statute of Anne* peut aussi se comprendre comme une loi permettant à l'éditeur, pour autant qu'il soit au bénéfice d'une autorisation de l'auteur, de prétendre à l'exclusivité de publication envers ses concurrents et de se trouver de ce fait plus efficacement protégé contre les contrefacteurs.

Les éditeurs anglais, au demeurant, eussent préféré que l'on accordât à l'auteur un droit d'autorisation de publication perpétuel, qui leur aurait ainsi profité après cession de ses droits en leurs mains par l'auteur. Ils avançaient que l'œuvre, née du génie de son auteur, ne devait rien à personne et que sa création n'empêchait personne d'écrire d'autres pièces : pourquoi donc la loi autoriserait-elle au bout d'un certain temps le premier venu de publier cette œuvre sans l'accord de ses ayants-droit ?¹⁶⁴⁸ C'était toutefois ignorer la nature monopolistique du *copyright*. Or le Parlement anglais avait ratifié en 1656 le *Statute of Monopolies*, soumettant ce type de protection à la condition que l'ensemble de la société civile puisse en bénéficier ; il la bornait aux seuls brevets pour les inventions nouvelles, limitant leur durée pour qu'ils puissent bénéficier à la société civile tout entière dès la fin de la durée de protection : la

¹⁶⁴⁵ Florence-Marie PIRIOU, *Légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle* [a], op. cit., p. 121, note 7 ; le texte original du *Statute of Anne* est consultable à l'adresse suivante : <http://www.copyrighthistory.com/anne.html>.

¹⁶⁴⁶ Anne LATOURNERIE, *Petite histoire des batailles du droit d'auteur* [a], op. cit., introduction, note 3 ; le terme *copyright* apparaît pour la première fois en 1791 dans la *Vie de Johnson* de James Boswell, mais devait exister auparavant ; voir aussi Siva VAIDHYANATHAN, *Copyrights and Copywrongs – The rise of intellectual property and how it threatens creativity*, New York University Press, New York 2001, p. 40.

¹⁶⁴⁷ Lawrence LESSIG, *Culture libre*, op. cit., pp. 39-40.

¹⁶⁴⁸ *Ibid.*, p. 39.

limitation dans le temps réalisait ainsi la condition même de la protection et n'avait rien d'un élément accessoire, si bien que c'était en conformité avec les principes établis par le *Statute of Monopolies* que le Parlement avait édicté le *Statute of Ann* et limité la durée de protection de ce qu'il considérait être une autre forme de monopole. Par la limitation temporelle du droit accordé, le Parlement se montrait à la fois logique et soucieux de répondre à la requête de la Reine Anne : cette restriction limitait bien de manière incisive le pouvoir des éditeurs.

Mais par le *Statute of Monopolies* et par le *Statute of Ann*, le Parlement poursuivait aussi sa propre guerre contre certains privilèges exorbitants accordés dans le passé par les rois d'Angleterre eux-mêmes, Henri VIII en tête. Le monarque avait en effet poussé le favoritisme au point d'accorder des monopoles pour des œuvres majeures et d'intérêt public existant depuis si longtemps qu'on n'en connaissait plus les auteurs : ainsi de la Bible, pour l'édition de laquelle un de ses protégés reçut le monopole, ou des jeux de cartes, dont il octroya à Darcy le droit exclusif de production¹⁶⁴⁹.

Les Conger, un petit groupe d'éditeurs londoniens, contrôlaient les ventes de livres dans l'Angleterre du XVIII^e siècle ; en 1774, l'un d'entre eux, Jacob Tonson, prétendait disposer encore des droits de reproduction du *Roméo et Juliette* de William Shakespeare, pourtant écrit plus de 180 ans plus tôt¹⁶⁵⁰. Comment cela était-il possible, dès lors que le *Statute of Ann*, édicté en 1710, prévoyait une durée de protection de vingt-et-un ans pour tout ouvrage déjà publié lors de son entrée en vigueur ? En 1731, c'est-à-dire lorsque l'ensemble des œuvres déjà publiées lors de l'adoption du *Statute of Ann* allaient entrer dans le domaine public, les Conger s'inquiétèrent et cherchèrent à éviter coûte que coûte la concurrence qu'un tel événement pouvait entraîner pour eux. Ils commencèrent par ignorer la loi, insistant sur le caractère perpétuel de leurs droits, puis demandèrent en 1735 et 1737 une prolongation de la protection, qui leur fut refusée par le Parlement. Les éditeurs londoniens se tournèrent alors vers les tribunaux. Leur principal argument était que le *Statute of Ann* entendait compléter, en faveur des auteurs, la jurisprudence (« *Common Law* »), mais non pas la remplacer, et que celle-ci leur reconnaissait avant le *Statute of Ann* un droit de « propriété » sur les textes achetés aux auteurs, interdisant tout tiers de les publier sans l'assentiment de son titulaire, sans limite de temps. Il faut savoir qu'en Angleterre, la principale source du droit est la jurisprudence, ou « *Common Law* », autrement dit l'ensemble des décisions rendues par les juges à propos des cas concrets qui leur sont soumis par les justiciables ; mais si le Parlement estime que ces décisions méritent d'être corrigées, il peut le faire en édictant une loi générale et abstraite. La question soulevée par les Conger concernait donc la hiérarchie des sources de droit, ainsi que, sur le fond, la nature des droits reconnus aux éditeurs par la jurisprudence. Cet argument, qui avait le soutien des principaux juristes de l'époque, prétendait fort hypocritement protéger les

¹⁶⁴⁹ *Ibid.*, p. 40.

¹⁶⁵⁰ *Ibid.*, chap. « Propriété – Fondateurs », pp. 39 ss.

intérêts des auteurs¹⁶⁵¹, dont, selon le professeur de droit Raymond Patterson, les éditeurs n'avaient pas plus cure que les fermiers de leur bétail¹⁶⁵². On remarquera par ailleurs que ces éditeurs entendaient fonder leurs droits sur la *propriété* de l'auteur que ce dernier avait pu leur céder, bien conscients qu'ils étaient en fin de compte du caractère intrinsèquement temporaire des monopoles qu'ils pouvaient obtenir par ailleurs en tant qu'éditeurs.

Une série de plaintes furent déposées par les Conger contre des éditeurs « contrefacteurs ». Leur plus importante victoire fut obtenue en 1769 dans l'affaire *Millar c. Taylor*, qui opposa deux éditeurs. Taylor était accusé par Millar, titulaire en 1710 des droits sur un recueil de poèmes de Thomson, d'avoir, après 1723, commis une contrefaçon en rééditant ce recueil en violation de ses droits reconnus par la jurisprudence. Taylor argua de la péremption des droits de Millar en vertu du *Statute of Ann*. Les juges admirèrent la perpétuité des droits de Millar : quelle qu'ait pu être la protection accordée par le *Statute of Ann* aux éditeurs, ce dernier n'annulait en rien leurs droits découlant de la jurisprudence ou « *Common Law* » ; et celle-ci leur reconnaissait bien un droit perpétuel sur les œuvres dont ils avait acquis le *copyright*. Millar mourut peu après sa victoire judiciaire et son droit sur le recueil de Thomson passa à un certain Beckett. Donaldson, un éditeur écossais récemment installé à Londres, par pure provocation, publia à son tour les mêmes poèmes qui avaient valu à Taylor de perdre son procès. Beckett, faisant valoir le jugement obtenu dans l'affaire *Millar c. Taylor*, obtint une injonction à l'encontre de Donaldson. Donaldson fit alors appel en 1774 de cette décision devant la Chambre des Lords, la plus haute instance judiciaire du pays. Moins de cinq ans après le jugement rendu dans l'affaire *Millar c. Taylor*, la Chambre des Lords refusa de confirmer un monopole perpétuel à un éditeur au motif qu'il entraverait trop l'accès du public aux œuvres ; pour les Lords, quelle que puisse être la façon dont on interprétait la jurisprudence, le *Statute of Ann* avait désormais fixé au *copyright* une durée limitée, à l'issue de laquelle l'œuvre protégée entraînait dans le domaine public. Pour la première fois dans l'histoire du *copyright*, il fut fait expressément mention du terme de « domaine public »¹⁶⁵³, dont l'existence se voyait ainsi reconnue par le droit positif. L'année 1774 marque donc un jalon important dans l'histoire anglaise de la propriété intellectuelle, d'autant plus que cette notion de domaine public est frontalement contraire à la vision individualiste et exclusive qui fut imposée au XVI^e siècle en matière de propriété foncière, contribuant ainsi à l'érection du système capitaliste.

Cette décision de la Chambre des Lords provoqua une liesse populaire ; en Écosse, où résidaient la plupart des éditeurs contrefaisant les éditions anglaises, Lawrence Lessig

¹⁶⁵¹ *Ibid.*, p. 40

¹⁶⁵² Lyman Ray PATTERSON, *Free Speech, Copyright and Fair Use* [a], dans *Vanderbilt Law Review*, 40 (1987), pp. 28 ss, p. 28, cité par Lawrence LESSIG, *Culture libre*, op. cit., p. 40.

¹⁶⁵³ Lawrence LESSIG, *Culture libre*, op. cit., p. 41 ; Florence-Marie PIRIOU, *Légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle* [a], op. cit., pp. 121-122.

rapporte que les gens fêtèrent cet événement dans les rues, et que l'*Edinburg Adviser* relata qu'« aucune cause privée n'avait à ce point capté l'attention du public, et aucune cause n'avait été défendue devant la Chambre des Lords dont l'issue intéressait autant de gens »¹⁶⁵⁴. Le changement entraîné par cette décision fut profond. Les Conger s'étaient arrogé une mainmise sur les Lettres anglaises ; faute de concurrence, les prix de leurs ouvrages étaient restés très élevés, même pour les titres anciens. Ils empêchaient la production de livres moins coûteux et entravaient ainsi la circulation des idées. Ils s'étaient pour cela attiré les foudres de la population, qui voyait en eux des monopolistes de la pire espèce, prêts à livrer l'Angleterre à la censure et à la répression du pouvoir royal pour leur seul profit privé¹⁶⁵⁵. À partir de 1774, les Conger ne purent plus contrôler la manière dont la culture littéraire se développerait en Angleterre ; le marché libéré de l'édition pouvait croître en fonction des réels goûts du public et de l'ensemble des éditeurs, à des prix compétitifs ouvrant la culture à un public plus large. Certes, cela n'empêchait pas en théorie les éditions de mauvaise qualité de fleurir, mais le *copyright*, qui continuait de s'exercer durant au moins quatorze ans sur toute nouvelle œuvre, permettait à l'auteur et à l'éditeur de son choix de fixer le texte dans un souci de qualité et d'éduquer ainsi leurs lecteurs, rendant d'autant moins attractives les éditions postérieures qui entendraient sacrifier la qualité au prix, d'autant plus que les éditeurs écossais avaient montré qu'ils parvenaient fort bien à publier des ouvrages respectueux du texte, sur du papier de meilleure qualité, tout en abaissant les coûts pratiqués par les Conger.

Aux États-Unis

Les États-Unis se trouvaient dans une situation fort différente de l'Angleterre, au moins à trois titres : les auteurs n'avaient pas à se libérer d'une corporation d'éditeurs dont les privilèges étaient ancestraux, et les acteurs culturels devaient faire face à une forte demande de connaissances¹⁶⁵⁶. En outre, les Américains cherchaient à se libérer de leur dépendance culturelle à l'égard de l'Angleterre, voire de l'Europe, si bien que l'accent fut mis sur l'incitation à produire et sur la diffusion du savoir : « la bataille américaine pour le *copyright* est une bataille antianglaise »¹⁶⁵⁷.

Aux États-Unis comme en France dès la Révolution, on trouve deux idées maîtresses : la reconnaissance de droits individuels et subjectifs en faveur de l'auteur et la volonté politique d'encourager la diffusion du savoir, conformément à l'idéal des Lumières, la primauté allant à la circulation des œuvres et à l'affirmation des droits de la collectivité. Lyman Ray Patterson, dans sa rétrospective des débuts du *copyright* aux

¹⁶⁵⁴ Lawrence LESSIG, *Culture libre*, op. cit., pp. 41-42

¹⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 40

¹⁶⁵⁶ Florence-Marie PIRIOU, *Légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle* [a], op. cit., p. 123, note 15.

¹⁶⁵⁷ Anne LATOURNERIE, *Droits d'auteur, droits du public : une approche historique* [a], dans *L'Économie politique*, n°22 (avril 2004), chap. « À la fin du XVIII^e siècle et durant la Révolution française ».

États-Unis, expose quatre étapes dans l'évolution de ce droit entre 1783 et 1834, auxquelles sont attachées quatre idées dominantes distinctes¹⁶⁵⁸ :

- Les lois étatiques de *copyright* (*The State Copyright Statutes* – 1783), promulguées après la résolution du Congrès du 2 mai 1783. Ces lois, inspirées par le *Statute of Ann* anglais, défendent l'idée que le *copyright* est prioritairement destiné à protéger les intérêts de l'auteur. Bien qu'elles ne furent probablement jamais appliquées, ces lois restent significatives de l'état d'esprit qui animait les pères de la révolution étatsunienne.
- La provision constitutionnelle (*The Constitutional Provision* – 1787) promeut un *copyright* présenté comme essentiel à la promotion de l'éducation. Les motions (« *powers* ») alors soumises par James Madison montrent bien que la limitation du *copyright* dans le temps fait encore intrinsèquement partie du droit accordé¹⁶⁵⁹. La Constitution accorde en son article 27 un droit limité dans le temps aux inventeurs et auteurs – tous deux placés à la même enseigne ; elle entend permettre à l'auteur de vivre de son travail et à l'éditeur de rentabiliser son investissement après que l'auteur lui a concédé son droit. À la fin de la durée de protection accordée par le monopole, l'œuvre et l'invention bénéficient à l'intérêt général, qui justifie à la fois le droit exclusif accordé et sa limitation dans le temps¹⁶⁶⁰.
- La loi fédérale sur le *copyright* (*The Federal Copyright Act of 1790*) voit dans le *copyright* un privilège étatique (« *government grant* ») destiné à réglementer le marché du livre. Il modifie en profondeur les deux premières approches, proches de l'idéal des Lumières, pour s'orienter sur une perspective plus utilitariste, puis franchement mercantile.
- L'affaire *Wheaton c. Peters* (*The landmark case of American Copyright Law, Wheaton v. Peters case* – 1834) a donné aux juges l'occasion de souligner que le but du *copyright* est d'empêcher la formation de monopoles.

Ces quatre principes se retrouvent tous pris en compte dans chacune des quatre étapes qui viennent d'être mentionnées, mais à des degrés différents. Ainsi, pour les *State Copyright Statutes* de 1783, « le *copyright* est un droit destiné à protéger les intérêts de l'auteur pour promouvoir l'éducation et garanti par la loi afin de réglementer le commerce du livre, et, accessoirement, pour prévenir l'apparition de monopoles ». Mais on observe que d'une étape à l'autre, la protection de l'auteur recule d'un rang. Par ailleurs, le Congrès, lorsqu'il rédige sa résolution à l'attention des États fédérés, choisit d'opter en faveur de la protection des seuls auteurs et de leurs héritiers, alors qu'il était averti par le *Statute of Ann* de la possibilité d'établir comme titulaire du droit

¹⁶⁵⁸ Lyman Ray PATTERSON, *Copyright in Historical Perspective*, Vanderbilt University Press, Vanderbilt 1968, chap. « The early American Copyright », pp. 180 ss.

¹⁶⁵⁹ *Ibid.*, p. 192.

¹⁶⁶⁰ Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit., pp. 53-54.

l'auteur *ou* son éditeur ; à l'exception de la Caroline du Sud et de la Virginie, tous les États suivirent cette politique¹⁶⁶¹.

Dans son livre *The Letters of the Republic*, Michael Warner montre toute l'importance que recouvrait la notion de domaine public pour les fondateurs des États-Unis¹⁶⁶². La raison de la préséance de ces droits collectifs tient aussi aux qualités immatérielles de la propriété de l'auteur, et à ses caractéristiques – inépuisabilité, continuité et non-rivalité –, qui l'assimilent aux biens communs et la rendent totalement dépendante de l'action publique. Thomas Jefferson, troisième président des États-Unis de 1801 à 1809, a fort bien exprimé la non-rivalité des biens immatériels¹⁶⁶³. En regard, le principe de la propriété de l'auteur sur son œuvre est reconnu par plusieurs États, à travers leur Déclaration. Celle du Massachusetts, énoncée le 17 mars 1783, est peut-être celle qui l'affirme avec le plus de force : « il n'y a pas de propriété plus particulière détenue par l'homme que celle qui lui est procurée par le travail de l'esprit. »¹⁶⁶⁴ Quant au préambule de la Caroline du Nord, il ne semble guère en reste : « Considérant que rien n'appartient davantage à l'homme que le fruit de ses études, et qu'il est juste que les hommes soient encouragés à poursuivre une connaissance utile par l'espoir d'une récompense... »¹⁶⁶⁵ ; on croirait lire le rapport d'Isaac René Guy Le Chapelier du 17 janvier 1791 à l'Assemblée nationale.

Le Congrès adopta le 31 mai 1790 la première loi sur le *copyright*, le *Copyright Act*, dans le but d'encourager le savoir, sur le modèle du *Statute of Ann*¹⁶⁶⁶. Cette loi protégeait les œuvres enregistrées pour une durée de 14 ans, renouvelable une fois mais seulement par l'auteur lui-même et non par ses héritiers¹⁶⁶⁷. Elle n'entendait protéger que les œuvres publiées sur son propre territoire.

En 1909, le Congrès américain vote une version du *Copyright Act* qui valide la conception utilitariste de la propriété intellectuelle, en vertu de laquelle ce droit est subordonné à son utilité sociale et économique. La propriété tire désormais sa

¹⁶⁶¹ Lyman Ray PATTERSON, *Copyright in Historical Perspective*, op. cit., p. 188.

¹⁶⁶² Michael WARNER, *The Letters of the Republic – Publication and the Public Sphere in Eighteenth-Century America*, President and Fellows of Harvard College, Harvard 1990 [1958], cité par Siva VAIDHYANATHAN, *Copyrights and Copywrongs – The rise of intellectual property and how it threatens creativity*, op. cit., p. 6.

¹⁶⁶³ Voir ci-dessus, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), p. 234 ; Thomas JEFFERSON, *The Writings of Thomas Jefferson*, op. cit., lettre à Isaac McPherson du 13 août 1813, vol. 6, pp. 333-334, cité par John Perry BARLOW, *The Economy of Ideas* [a], dans *Wired magazine*, mars 1994.

¹⁶⁶⁴ Florence-Marie PIRIOU, *Légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle* [a], op. cit., p. 123.

¹⁶⁶⁵ “Whereas nothing is more strictly a man's own than the fruit of his study” (Lyman Ray PATTERSON, *Copyright in Historical Perspective*, op. cit., p. 187) ; c'est moi qui souligne ; on remarquera qu'il n'est pas ici question de propriété.

¹⁶⁶⁶ Florence-Marie PIRIOU, *Légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle* [a], op. cit., p. 121, note 6.

¹⁶⁶⁷ Lyman Ray PATTERSON, *Copyright in Historical Perspective*, op. cit., p. 183.

légitimité de son efficacité économique¹⁶⁶⁸, en application du principe très discutable selon lequel l'économie vise au bien-être de tous, lequel confond les notions d'*économie* et d'*économie capitaliste*, qui, comme nous le verrons à l'occasion du troisième rapport, ne se recoupent pas.

Alors que les auteurs américains n'avaient pas à lutter pour leur indépendance contre des corporations d'éditeurs bénéficiant de privilèges, la doctrine américaine, par sa conception très extensive de la notion d'auteur, va permettre aux personnes morales, en qualité d'employeur et de promotrices de l'œuvre, d'accéder à ce statut, réservé en France aux seules personnes physiques¹⁶⁶⁹. Cette tendance nie d'un seul coup l'approche personnaliste des Lumières et confronte – voire soumet – une fois de plus l'auteur à un acteur remplissant le rôle de l'investisseur. Alors que le droit du travail établit déjà un lien de subordination entre la personne physique qu'est l'auteur et son employeur, le *copyright* non seulement ne rétablit pas l'équilibre mais accentue l'inégal rapport de force entre ces deux acteurs : la loi américaine désigne l'employeur ou le commanditaire comme titulaire présumé du droit, que l'auteur soit salarié ou non¹⁶⁷⁰... L'employeur ou le commanditaire, en se retrouvant titulaire originel du droit, voit sa position renforcée par rapport à son ancienne position de cessionnaire¹⁶⁷¹, qui était pourtant déjà critiquée plus haut pour accorder trop d'influence à l'investisseur. Pour les besoins du marché, et dans une stricte logique capitaliste, le système américain occulte le lien personnel unissant l'auteur à son œuvre qui justifiait l'ensemble du système et fondait l'origine des droits patrimoniaux sur l'œuvre. Seul demeure pris en compte le financement d'une œuvre réduite à une pure marchandise.

Dès lors, le législateur américain va à la fois accepter le principe du droit moral en ratifiant la Convention de Berne en 1989, et s'efforcer d'écarter la personne physique de la titularité de ce droit dès qu'elle se trouve en rivalité avec son employeur ou son commanditaire sur la question de sa titularité même.

Cette tendance, contradictoire en apparence, s'avère de fait parfaitement cohérente. Alors que nombre de doctrinaires ont cru – un peu naïvement – voir dans la ratification de 1989 un rapprochement mutuel des systèmes de *copyright* et de droit d'auteur, il convient de souligner que la notion de droit moral défendue par la Convention de Berne avait été volontairement réduite pour pouvoir espérer sa ratification par les pays de *copyright*. De plus, sous l'égide des « *copyright maximalists* », qui cherchent à placer tout type d'information sous la protection du droit d'auteur¹⁶⁷², en particulier les

¹⁶⁶⁸ Clément HOMES, *Le droit de propriété intellectuelle ?... C'est le vol ! Proudhon, Victor Hugo, Orwell et quelques autres...* [a], 13.04.2007, <http://decroissance.info/Le-droit-de-proprieté#nb1>, chap. « La Conception américaine du *copyright* ».

¹⁶⁶⁹ Florence-Marie PIRIOU, *Légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle* [a], op. cit., p. 124.

¹⁶⁷⁰ Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit., p. 68.

¹⁶⁷¹ Florence-Marie PIRIOU, *Légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle* [a], op. cit., p. 141.

¹⁶⁷² Hervé LE CROSNIER, *L'Économie de l'information dans le contexte des nouvelles technologies* [a], Journée d'étude sur l'Information du domaine public à l'heure d'Internet et du numérique, 18.06.1997, Paris,

programmes informatiques comme c'est le cas depuis 1985 en France, la notion d'originalité, condition essentielle de la protection, a été là aussi diluée par une interprétation extensive au point que d'une exigence d'une expression de la personnalité de l'auteur on en a fait une pure notion statistique : il suffit qu'un ouvrage ait un minimum de complexité pour que l'on puisse avoir la certitude statistique qu'un autre auteur l'aurait fait d'une manière différente. Cette dilution de la notion d'originalité se traduit elle aussi par un rapprochement du *copyright* par le droit d'auteur, qui renie là encore ses fondements.

Il apparaît dans ce contexte que l'acceptation par les États-Unis du principe du droit moral n'a rien d'innocent, et que les titulaires du *copyright* américain – qui, on l'a vu, ne sont plus seulement des personnes physiques – n'y aient vu qu'un moyen de renforcer encore leur pouvoir sur le public à l'échelle mondiale ; une fois de plus, le droit initialement concédé aux auteurs sert en définitive avant tout les investisseurs.

On peut s'interroger sur ce qui a pu justifier le revirement perçu entre le Copyright Act de 1790 et celui de 1909, en un peu plus d'un siècle durant lequel l'auteur et les considérations politiques d'affranchissement du pouvoir monarchique anglais vont céder le pas devant des intérêts ploutocratiques bien éloignés des idéaux démocrates de façade. Il est intéressant de lire dans un contexte plus général ce qu'en dit Noam Chomsky, dont on ne peut que reconnaître l'acuité des analyses. Dans sa *Conférence d'Albuquerque*, Chomsky décrit le dévoiement des idéaux révolutionnaires anglais du XVII^e siècle et de ceux des colonies nord-américaines du siècle suivant, annonciateur du dévoiement du droit d'auteur qui s'en est logiquement ensuivi. Noam Chomsky commence par remarquer que le slogan classique des démocrates, « souveraineté populaire dans un gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple » ne ressemble en rien aux structures de pouvoir mises en place à l'issue de ces révolutions, les parlementaires se montrant clairement inspirés par leur crainte presque malade du peuple. Laissons parler Chomsky :

« Ce sont les mêmes idées qui animaient les fermiers rebelles des colonies un siècle plus tard, mais le système constitutionnel qui résulta de leur révolte fut conçu dans une optique toute différente. Il fut conçu pour stopper cette hérésie. Le but était "de protéger la minorité des nantis de la majorité" et de s'assurer que "le pays serait gouverné par ceux qui le possèdent". Ce sont les propres mots du principal rédacteur de la constitution [des États-Unis], James Madison, et du président du Congrès continental et premier magistrat de la Cour suprême, John Jay. Leur conception prévalut, mais les conflits perdurèrent.¹⁶⁷³ »

S'assurer que le droit des auteurs irait bien à ceux qui en avaient financé l'activité, tel pourrait être résumé l'esprit qui anima le législateur américain de 1909: le *Copyright*

<http://www.info.unicaen.fr/herve/pub97/juin>, cité par Éric DI FILIPPO, *Les logiciels libres* [r], mémoire DEA Droit Économique des Affaires, Nice – Sophia Antipolis 1999 ; <http://www.juriscom.net/uni/mem/10/log02.rtf>, p. 66, note 128.

¹⁶⁷³ Noam CHOMSKY, *Sur le contrôle de nos vies*, op. cit., pp. 12-13.

Act, dans sa nouvelle version, ne faisait que suivre la ligne politique plus globale décidée par les nantis, « ceux qui possèdent le pays ».

Les conditions d'émergence de la figure de l'auteur

La principale particularité du droit d'auteur par rapport au *copyright* tient à la position centrale occupée par l'auteur en lieu et place de l'œuvre ou de l'investisseur ; elle trouve ancrage dans le droit moral reconnu à l'auteur¹⁶⁷⁴. C'est ce qui explique l'importance souvent donnée par différentes études récentes aux conditions d'émergence de la figure de l'auteur comme distinct de l'artisan, du simple fabricant, pour expliquer l'existence même de ce droit.

Individuation et individualisation

Nombreux sont ceux qui établissent un rapport étroit entre l'émergence de l'*individuation* puis de l'*individualisation* au sein de la société occidentale et l'apparition de la figure de l'auteur, laquelle à son tour conditionne la reconnaissance d'un droit positif spécifique en sa faveur¹⁶⁷⁵. Individuation et individualisation s'inscrivent dans un même processus par lequel un être est distingué des autres membres de son espèce. L'individuation serait le processus permettant de différencier de manière générale l'individu du groupe social dans lequel il s'inscrit ; elle suppose le développement de milieux associés, c'est-à-dire au sein desquels les savoirs des membres diffèrent tout en restant complémentaires¹⁶⁷⁶. L'individualisation, qui suppose l'individuation, serait alors considérée comme l'étape suivante qui permet à chacun de se définir non seulement comme *distinct* de ses pairs mais comme *unique*, à l'issue d'un long processus d'émancipation de la personne par rapport au groupe. C'est elle qui permet d'*attribuer* à un être humain *le mérite* particulier de son œuvre, accueillie comme « originale » par ses contemporains.

Cette dynamique suppose l'acquisition d'un nom – plus généralement d'une identité – par les individus puis d'une signature, l'expression d'une pensée originale et la faculté pour l'auteur de signer sa production, ce qui suppose à la fois la reconnaissance d'un certain statut social et la revendication par l'auteur d'un lien persistant avec l'œuvre. Dans le domaine littéraire, ce peut être aussi la nécessité de marquer la *responsabilité* de celui qui écrit.

La plupart des spécialistes de l'histoire du droit d'auteur parcourent ainsi l'Histoire comme le récit d'une émergence progressive et presque linéaire de cette figure de

¹⁶⁷⁴ Françoise BENHAMOU, Joëlle FARCHY, *Droit d'Auteur et Copyright*, op. cit., p. 22.

¹⁶⁷⁵ Voir notamment Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit., pp. 21 ss ; VIALA Alain, *La Naissance de l'écrivain – Sociologie de la littérature à l'âge classique*, Minuit, Paris 1985 ; Laurent PFISTER, *Mort et transfiguration du droit d'auteur ? – Éclairages historiques sur les mutations du droit d'auteur à l'heure du numérique* [a], juillet 2006, dans bbf 2006, t. 51, n°5, pp. 5-13, p. 7.

¹⁶⁷⁶ Bernard STIEGLER, *ARS INDUSTRIALIS, Réenchanter le monde*, op. cit., p. 55.

l'auteur de l'Antiquité à nos jours, avec au mieux une suspension entre la fin de l'empire romain et le XII^e siècle. Ainsi Françoise Chaudenson affirme-t-elle :

« Avant le XII^e siècle, l'idée d'une pensée réellement originale, au sens où nous l'entendons aujourd'hui, était difficilement imaginable, qu'elle soit philosophique, artistique ou scientifique » ou lorsqu'elle fait remonter au plus tôt à la fin du Moyen Âge la revendication par l'auteur de « la persistance du lien avec l'œuvre qu'il a réalisée »¹⁶⁷⁷.

On retrouve la même idée chez Hélène Maurel-Indart¹⁶⁷⁸. Mais une critique et deux remarques doivent être formulées envers une telle vision des choses.

Une figure de l'auteur plus ancienne qu'on ne pense

La critique consiste à affirmer que la figure de l'auteur remonte assurément non pas au XII^e siècle, mais sans doute bien avant, à l'époque romaine. C'est sans doute parce qu'ils se focalisent trop sur les arts graphiques que ces spécialistes tiennent que l'art était méprisé par les Grecs, les tenant à la suite de Platon pour la représentation d'une représentation, autrement dit la copie d'une copie¹⁶⁷⁹ ; l'artiste dans ces conditions peut au mieux être reconnu dans ses dons d'illusionniste, à l'instar d'Appelle dont la peinture de grappes de raisin aurait abusé des moineaux venus les picorer. Mais c'est réduire la portée de l'art pour les Grecs : la sculpture n'a-t-elle pas été pour eux, bien plus qu'une reproduction « servile » de la réalité, l'occasion de la quête d'un modèle géométrique idéal sous-jacent à la forme ? C'est que les Grecs ne considèrent pas le Beau séparément du Vrai et du Bon, et cela explique le curieux paradoxe voulant qu'ils soient parvenus à une forme de perfection dans des activités artistiques qu'ils auraient pourtant « méprisées » ou tenues au rang de pur artisanat. S'interroger sur le Vrai pour les Grecs ne revient pas à autre chose que s'inquiéter du Beau, alors que le Beau est moins saisissable par le discours et le raisonnement. La meilleure illustration de l'union du sensible Beau et de l'intelligible Bien, Platon la trouve dans l'amour humain, où l'attraction de l'amant vers l'amante est mue, au-delà de la beauté physique de l'aimée, par sa beauté morale¹⁶⁸⁰. Dans un tel contexte, l'émergence de la figure de l'artiste comme dévoué principalement à la beauté formelle peut faire difficulté, sans que le Beau ou sa quête soient méprisés pour autant.

Si, délaissant les arts visuels, on considère à présent la littérature, on s'aperçoit que les Romains reconnaissaient déjà à leur manière la figure de l'auteur. Toutes les conditions de son émergence étaient réunies, pour les citoyens libres du moins : le nom, identifiant chaque individu de condition libre comme sujet de droit ; la signature et le sceau, ainsi que l'expression d'une pensée originale et un lien de paternité très

¹⁶⁷⁷ Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit., p. 31 ; p. 30.

¹⁶⁷⁸ Hélène MAUREL-INDART, *Du Plagiat*, op. cit., p. 4.

¹⁶⁷⁹ L'idée que le monde n'est lui-même qu'une copie de l'âme divine, ce qui rend intelligible l'existence du désordre en son sein nonobstant l'absence d'un principe du mal se trouve chez Platon dans le *Timée* (30 a, 37 c-d, 42 e, 71 d), passages cités par Monique CANTO-SPERBER, *Éthiques grecques*, essai, Presses universitaires de France, coll. Quadrige, Paris 2001, p. 157, note 3.

¹⁶⁸⁰ Monique CANTO-SPERBER, *Éthiques grecques*, op. cit., p. 158-159.

clairement invoqué par les auteurs sur leurs textes. Les textes classiques étaient assignés à leur auteur de manière individualisée, et la notion de style était chez les plus grands, tels que Cicéron, associée à une marque de personnalité autant qu'à l'appartenance à une école. S'y ajoute la désapprobation de la société civile à l'égard du plagiat.

À Rome, le terme *persona* désigne d'abord le masque porté par le comédien, qui indique aux spectateurs le rôle joué dans la pièce par son personnage. Par extension, il définira l'être humain dans sa dimension sociale, fondant son statut philosophique et juridique, autrement dit sa capacité à devenir responsable envers les autres – faculté dont les esclaves sont privés. Cette qualité implique déjà que l'on distingue chacun des autres membres de la société, notamment en tant que sujet de droit. C'est l'individuation, première dimension de l'*être sujet* : ainsi l'enfant n'est-il plus la *chose* de son père, lequel n'a plus droit de vie et de mort sur lui dès son accession à la majorité¹⁶⁸¹. L'éducation, entendue comme l'attribution répétée de ses actes à un sujet, ne vise pas autre chose que la *responsabilisation individuée* de l'élève, au-delà d'un déterminisme qui lui enlèverait tout pouvoir de parler pour lui-même¹⁶⁸². Bien plus tard, avec le christianisme sans doute, la notion de personne mutera de façon radicale, et, de la désignation d'un rôle social, va passer à ce qui fait d'un individu un être humain absolument *unique*. Quant au nom, principal élément d'identification, il est constitué de trois éléments, une caractéristique d'origine étrusque : le nom de la *gens*, sorte de famille élargie réunissant tous les patriciens se réclamant d'un ancêtre commun, le prénom, repris de celui d'un ancêtre, et le surnom, ce dernier permettant de distinguer les membres d'une même fratrie¹⁶⁸³. Le tout permet d'identifier un citoyen sans grand risque d'erreur. Mais cette pratique se perd dès le III^e siècle de notre ère au profit du seul prénom, sous l'influence conjuguée des coutumes barbares et chrétiennes, les premiers disciples du Christ se comptant souvent parmi les esclaves, qui ne possèdent donc pas de *nomen* et s'appellent entre eux par leur nom de baptême¹⁶⁸⁴. Il faudra attendre 1215, lors du quatrième concile de Latran, pour que l'Église abandonne sa position fondée sur la responsabilité ecclésiale – autrement dit communautaire – des actes de ses membres, reflétant son rôle de garante du dogme collectif et de la croyance de chacun : en instituant l'Inquisition, elle considère désormais que l'erreur est liée à la personne et inaugure une doctrine de l'individuation de la faute : là où la *persona* romaine fondait le sujet de droit, la mise en place au Moyen Âge de l'identité judiciaire poursuit un propos répressif¹⁶⁸⁵.

¹⁶⁸¹ Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit., pp. 21-22.

¹⁶⁸² Monette VACQUIN, *Préface* [a], dans *La Responsabilité – la condition de notre humanité*, Autrement, série Morales, Paris 1995, pp. 10-17, p. 11.

¹⁶⁸³ Georges HACQUARD, Jean DAUTRY, Olivier MAISANI, *Guide romain antique*, Classiques Hachette, Hachette, Paris 1978 [1952], p. 31.

¹⁶⁸⁴ Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit., p. 25.

¹⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 23.

La littérature, libérée par son moyen même de toute tentation d'imitation de la Nature, incite l'auteur romain à aborder de plain pied l'expression de son monde intérieur. La lecture des classiques latins laisse par ailleurs entrevoir une aisance de ton qui contredit même ce qui a pu être dit plus haut à propos de l'influence inhibitrice du prix des supports d'écriture, et nous fait oublier que les Romains ne disposaient pas de papier pour s'autoriser la liberté d'écriture qu'on doit pourtant leur reconnaître¹⁶⁸⁶. Les processus d'individuation et d'individualisation étaient donc opérés dans la Rome du I^{er} siècle de notre ère : les passages cités plus haut à propos de cette époque sont bien assez parlants. Platon du reste affirmait déjà expressément plus de quatre siècles plus tôt dans son *Phèdre* la relation de paternité unissant l'auteur à ses textes écrits, et requérant de lui qu'il les protège face à ceux qui les attaquaient¹⁶⁸⁷. Seul manquait à l'appel la reconnaissance d'un catalogue de droits positifs et spécifiques en faveur de l'auteur.

La dimension de *répondant* de l'œuvre, propre aux œuvres littéraires, permet même d'affirmer que dans l'Antiquité la conception de la *responsabilité* de celui qui écrit est plus proche de la nôtre qu'au Moyen Âge : elle se retrouve dans le *je* de l'historien qui s'exprime en qualité de témoin, comme avec Hérodote, ou de garant du sens, comme chez Platon¹⁶⁸⁸. Au Moyen Âge au contraire, tout *écrivain* n'est pas reconnu pour *auteur*, la notion d'auteur impliquant celle d'autorité : est un auteur celui qui est respecté et dont les affirmations sont crues, eu égard à la confiance qu'il inspire, soit en raison de sa personnalité – réelle ou mythique, soit, par une sorte de logique récursive, en fonction de la qualité de ses écrits. Dans un tel contexte, un auteur est toujours un ancien, il ne s'inscrit guère parmi les vivants¹⁶⁸⁹.

Reste la condition de l'« expression d'une pensée réellement originale ». La notion d'originalité porte son lot d'ambiguïtés : parle-t-on déjà d'une nouveauté recherchée *comme telle* par l'auteur ? Dans ce cas, il faut admettre l'absence d'une telle démarche avant les premiers incunables, voire avant Montaigne¹⁶⁹⁰, période bien postérieure au XI^e siècle ; ou entend-on par là la capacité d'un auteur à se démarquer de la tradition et à *développer un regard sur le monde qui lui est propre* ? Il est alors possible de remonter à Sappho de Mitylène, et nous nous retrouvons alors bien avant le Moyen Âge. Une phrase que l'on prête à Aristote éclaire par ailleurs bien la liberté de pensée qu'il développa dans son œuvre par rapport à celle de son maître Platon : « J'aime beaucoup Platon, mais j'aime davantage la vérité »¹⁶⁹¹. Certes, référence est faite à la recherche d'une vérité qui transcende les avis de chacun, mais cette recherche laisse

¹⁶⁸⁶ Voir ci-dessus, chap. « L'imprimerie à caractères mobiles », pp. 401 ss.

¹⁶⁸⁷ Voir plus haut, page 396, note 1371.

¹⁶⁸⁸ Antoine COMPAGNON, *Qu'est-ce qu'un auteur ?*, op. cit., cours 4 (« Généalogie de l'autorité »), chap. « Grèce ancienne ».

¹⁶⁸⁹ *Ibid.*, cours 5 (« L'auteur médiéval »), chap. « L'auteur dans les prologues des commentaires ».

¹⁶⁹⁰ *Ibid.*, cours 7 (« Naissance de l'écrivain classique »), chap. « Survivance du poète enthousiaste ».

¹⁶⁹¹ xxx

néanmoins toute liberté face aux développements des prédécesseurs ; c'est en ce sens qu'elle met à contribution la démarche personnelle de chacun. On opposera ainsi utilement l'attitude d'Aristote à cette vénération typiquement médiévale pour la tradition, au risque de l'évidence expérientielle : Aristote – ironie de l'Histoire – mentionne dans son *De Anima* le nombre de pattes de la mouche¹⁶⁹² ; ce passage fut sans doute un jour mal recopié par un moine, qui porta ce nombre à... cinq. On rapporte qu'affirmer par la suite que la mouche en avait bien six eût passé pour une critique ouverte des Anciens, attitude pour le moins périlleuse à l'époque. On remarque donc une approche sans doute plus sclérosante de la tradition au XII^e siècle que dans l'Antiquité, propre à étouffer les apports de chaque individu.

L'individualisation, un phénomène irréversible ?

Le fait qu'une telle attitude presque idolâtre de la tradition ait empêché entre le III^e siècle et le XII^e siècle l'individualisation ne permet pas d'affirmer que ce fut *a fortiori* le cas sous l'Antiquité. Il est du reste admis que l'identification par le nom *régressa* durant cette époque troublée¹⁶⁹³, et que la difficulté à signer son œuvre sans passer pour blasphémateur ne vaut que pour les cultures du Livre, pour lesquelles Dieu est le créateur exclusif du monde visible, et non pour les mondes grec et romain. Nous pouvons donc admettre un fait capital : les processus d'individualisation et même d'individuation ne semblent pas irréversibles, si bien qu'une régression est possible dans ce domaine. Ce fut le cas entre le III^e et le XII^e siècle de notre ère, sous la poussée des influences barbares ; ce pourrait bien être le cas demain pour d'autres raisons – en particulier, comme je tenterai de le montrer, du fait de la gestion du droit d'auteur telle que nous la connaissons actuellement à l'ère du numérique. Cette possibilité de régression en matière d'individuation semble confirmée par l'histoire des techniques, qui présente des reculs notoires, en particulier entre le V^e et le XI^e siècle, période qui coïncide justement avec le recul de l'individualisation¹⁶⁹⁴.

Sans doute faut-il voir dans la vision linéaire critiquée une façon détournée d'assimiler les droits subjectifs au droit positif. Or la question de « l'accession à la positivité »¹⁶⁹⁵ nous montre que l'émergence d'une revendication sociale ne se traduit pas toujours par l'acquisition d'un droit positif ; par ailleurs, les conditions subjectives à l'origine d'un droit positif peuvent perdre de leur influence au sein de la société, voire disparaître, et le droit positif qui en est issu leur survit rarement. Ainsi pourrait-il en être de l'individuation, condition de l'émergence de la figure de l'auteur et du droit spécifique qui lui est actuellement reconnu.

¹⁶⁹² ARISTOTE, *De anima*, xxx

¹⁶⁹³ Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit., p. 25.

¹⁶⁹⁴ Jacques NEIRYNCK, *La grande illusion de la technique*, op. cit.

¹⁶⁹⁵ André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, vol. 1, op. cit., cité par Michel MIAILLE, *La Critique du droit*, op. cit., p. 80, note 17.

La figure de l'auteur ne fait pas l'auteur

Mais s'il est vrai que l'individualisation et l'émergence de la figure de l'auteur qui en découle sont conditions de la reconnaissance d'un droit positif en faveur de l'auteur, la justification personnaliste de ce droit ne se réfère pas à la *figure* de l'auteur, mais bien au *rôle* que l'auteur joue en tant que *façonneur* d'œuvres. Dès lors que l'on part de l'idée que le droit d'auteur est donné, la fonction de *créateur effectif* est bien plus essentielle que la *figure* qui lui est reconnue ; elle préexiste de beaucoup à l'apparition de l'individualisation et *engage l'être* tout entier de l'auteur dès les premiers débuts de l'Histoire. L'individualisation n'est en effet pas la *cause* de la création, mais sa conséquence : il n'est qu'à considérer l'art préhistorique pour s'en convaincre¹⁶⁹⁶. La notion même de *personne* s'avère donc plus importante que celle de *figure* de l'auteur pour justifier le droit d'auteur et comprendre son champ intuitif.

Le fondement de la protection

Le droit d'auteur s'est vu justifier de plusieurs manières au cours de l'Histoire. Certains auteurs aux yeux desquels seule l'étendue effective de la protection importe, y voient pur débat théorique. À l'heure où le principe même du droit d'auteur est remis en question, ce point revêt au contraire un grand intérêt, et c'est sans doute pour ne pas s'être assez posé cette question que le législateur a pu montrer tant de complaisance pour les arguments que lui ont servi les majorats. Si de surcroît le droit n'est pas le reflet fidèle des principes qui le guident et derrière lesquels il se réfugie lorsque le public lui demande raison, les privilèges obtenus par la loi ne peuvent qu'être iniques ; c'est pour cela que le fondement du droit devrait influencer sa portée effective. De manière plus générale, ainsi que le montre fort bien Pierre-Yves Thoumsin, la recherche d'un régime de droit d'auteur équitable passe par l'examen des différents courants de justification de la propriété littéraire¹⁶⁹⁷. Cette question gagne donc à être approfondie.

La propriété

Les dérives du *copyright*, et, de là, du droit d'auteur, sont justifiées aux États-Unis par la notion de propriété. Les majorats des loisirs, assimilant le *copyright* à une propriété similaire à la propriété foncière ou mobilière, donnent l'impression d'être persuadés qu'en défendant le renforcement du *copyright* ils préservent les fondements mêmes de la civilisation occidentale. Jack Valenti, le président de la MPAA, a conclu en ces termes sa plaidoirie devant le Congrès américain en faveur des majorats des loisirs et de ce qu'il appelle la « propriété créatrice » :

« Aussi longs soient les arguments, quelles que soient les charges et contre-charges, quels que soient les tumultes et les cris, les hommes et femmes raisonnables retourneront toujours à ce problème fondamental, le thème central qui anime tout ce débat : *Les détenteurs de propriété*

¹⁶⁹⁶ Jean-Paul JOUARY, *Préhistoire de la beauté – Et l'art créa l'homme*, op. cit.

¹⁶⁹⁷ Pierre-Yves THOUMSIN, *Creative Commons* [a], op. cit., p. 45.

*intellectuelle doivent obtenir les mêmes droits et protections que tous les autres détenteurs de propriété de la nation. Voilà le problème. Voilà la question. Et c'est sur ce terrain que tout ce plaidoyer, et tous les débats qui s'ensuivront, doivent prendre place. »*¹⁶⁹⁸

Lawrence Lessig, pourtant intuitivement convaincu que cette approche de la propriété est à l'origine des dérives qu'il dénonce, et ne voulant pas remettre en question ses fondements, s'en trouve réduit à un discours ambigu où ce sont les progrès de la technique – en somme de simples circonstances – qui auraient « changé la propriété » et nous inviteraient à en réduire les effets :

« Il y a quelque chose d'innocent et d'évident à propos de la revendication des guerriers du *copyright* que le gouvernement devrait "protéger ma propriété". Dans l'abstrait, c'est évidemment vrai et, ordinairement, complètement inoffensif. Aucun non-anarchiste sain d'esprit ne pourrait ne pas être d'accord.

« Mais quand nous voyons de quelle manière spectaculaire la "propriété" a changé – quand nous reconnaissons comment elle pourrait maintenant interagir avec à la fois la technologie et les marchés pour signifier que la contrainte effective sur la liberté de cultiver notre culture est nettement différente – la revendication commence à être moins innocente et évidente. Étant donnés (1) le pouvoir de la technologie à s'ajouter au contrôle de la loi, et (2) le pouvoir des marchés concentrés à affaiblir l'opportunité de protester, si appliquer strictement les droits de "propriété" massivement étendus accordés par le *copyright* change fondamentalement la liberté dans cette culture de cultiver et de réutiliser le passé, alors nous devons demander si cette propriété devrait être redéfinie. »¹⁶⁹⁹

Or la propriété capitaliste n'a pas *changé*, ou plutôt ce n'est pas la société de la connaissance ou les progrès techniques qui l'ont changée, et il n'y a pas à « retailler » la propriété pour l'adapter à elle. Accepter de retailler la notion de propriété en fonction des développements techniques, c'est déjà entrer dans la logique des majorats – mais en miroir : les majorats n'ont-ils pas tenté à chaque progrès technique touchant leur activité de durcir les règles du *copyright* ? C'est cette dynamique qui est dénoncée dans le présent travail, et qui appelle un changement de paradigme, un retour à la propriété des Lumières, seule référence possible du droit d'auteur ; n'étant pas excluante, elle n'est pas incompatible avec la propriété médiévale ; les médiévaux étaient en effet très attachés à la défense de libertés *concrètes*. La question du fondement du droit d'auteur, et plus encore celle de la propriété envisagée comme un de ses fondements, doit donc être systématiquement abordée à la lumière des fondamentaux du capitalisme et du sens de la destinée humaine.

Opposition classique du naturalisme et de l'utilitarisme

Comme l'expression « propriété intellectuelle » l'indique, le fondement le plus connu du droit d'auteur reste la *propriété* ; on oppose dans ce cadre l'*utilitarisme* de Jeremy

¹⁶⁹⁸ Home Recording of Copyrighted Works: Hearings on H.R. 4783, H.R. 4794, H.R. 4808, H.R. 5250, H.R. 5488, and H.R. 5705 Before the Subcommittee on Courts, Civil Liberties, and the Administration of Justice of the Committee on the Judiciary of the House of Representatives, 97th Cong., 2nd sess. (1982): 65 (témoignage de Jack Valenti), cité par Lawrence LESSIG, *Culture libre*, op. cit., chap. « Propriété », pp. 87-88.

¹⁶⁹⁹ Lawrence LESSIG, *Culture libre*, op. cit., chap. « Ensemble », p. 116

Bentham et le *naturalisme* de John Locke. Cette opposition emporte toutefois plusieurs amalgames malencontreux, tant à propos du *personnalisme*, le courant dont relève le *naturalisme* de John Locke, que de l'*utilitarisme* de Jeremy Bentham, et ces confusions contribuent à troubler l'analyse de la situation actuelle et des tensions qui se font jour de manière toujours plus virulente à propos du droit d'auteur.

La propriété pour l'utilitarisme – Jeremy Bentham

L'utilitarisme de Jeremy Bentham est souvent compris sous une forme déviante ; il est alors opposé au *naturalisme* de John Locke. L'*Introduction to the Principles of Morals and Legislation* de Bentham, édité en 1789, définit comme suit l'utilité :

« Par principe d'utilité, on entend le principe selon lequel toute action, quelle qu'elle soit, doit être approuvée ou désavouée en fonction de sa tendance à augmenter ou à réduire le bonheur des parties affectées par l'action. »¹⁷⁰⁰

Alors qu'il s'agit à l'origine d'une éthique visant à rechercher la maximisation du bien-être d'une population, le plaisir faisant figure de l'utile, les économistes libéraux de l'époque, partant du principe typiquement capitaliste que c'est à l'économie qu'il revient de maximiser le bien-être de tous et de justifier le droit, voient dans l'utilitarisme de Jeremy Bentham une apologie de la propriété capitaliste, qu'ils tiennent pour légitime en raison de sa prétendue efficacité économique¹⁷⁰¹. Cette transformation ne manque pas d'étonner, puisqu'elle suppose, à la suite de Bernard Mandeville, que « les vices privés font le bien public », alors que l'éthique eudémoniste de Jeremy Bentham s'applique à montrer au contraire qu'elle vise *directement* le bien-être de tous et non, celui, égoïste, d'un seul acteur, ce qui constitue l'un des points les plus originaux de sa pensée. Transposée au domaine qui nous intéresse, l'approche utilitariste défend le principe que « la propriété intellectuelle tire sa légitimité non d'un acte de création d'un auteur mais de son efficacité économique »¹⁷⁰². Elle inspire les législations de la plupart des pays, en particulier celle du *copyright* américain, et ce dès ses débuts¹⁷⁰³. Toutefois, si l'opposition entre *copyright* et droit d'auteur semble si forte sous cet angle¹⁷⁰⁴, c'est davantage en raison du biais très discutable que les libéraux ont apporté à l'utilitarisme d'un Jeremy Bentham, et à l'application économique qu'ils ont fait de sa pensée eudémoniste. En soi, la reconnaissance d'une continuité de l'auteur à travers l'œuvre que défend le droit d'auteur ne s'oppose pas à l'idée d'une protection accordée à l'auteur motivée par une incitation à la création, pour autant que cette incitation soit motivée par un souci d'émancipation des individus – propre aux Lumières – et non par des préoccupations

¹⁷⁰⁰ Jeremy BENTHAM, *An Introduction to The Principles of Morals and Legislation*, Clarendon Press, Oxford 1879 [1789], cité par WIKIPEDIA, L'ENCYCLOPÉDIE LIBRE, *Utilitarisme* [a], <http://fr.wikipedia.org/wiki/Utilitarisme>, consulté le 09.05.2012.

¹⁷⁰¹ Dominique SAGOT-DUVAUROUX, *La Propriété, cest le vol !*, op. cit., p. 6.

¹⁷⁰² Joëlle FARCHY, *L'Analyse économique des fondements du droit d'auteur : une approche réductrice pourtant indispensable* [a], dans *Propriété Intellectuelle*, n°21 (octobre 2006), pp. 388-395, p. 388.

¹⁷⁰³ Françoise BENHAMOU, Joëlle FARCHY, *Droit d'Auteur et Copyright*, op. cit., p. 6.

¹⁷⁰⁴ Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, op. cit, pp. 21-22, n°16.

économiques, *a fortiori* capitalistes. En effet, l'émancipation de chacun passe par la protection de l'auteur, et le droit d'auteur, comme toute convention juridique, illustre un « contrat social » réputé se faire au bénéfice de tous – au bénéfice *bien compris* de tous, en cohérence avec notre nature profonde, comme l'avait semble-t-il bien compris Jeremy Bentham.

Une remarque du House Committee de 1909 illustre le rattachement du *copyright* américain à l'utilitarisme : « Le *copyright* est accordé au premier chef non pas au bénéfice de l'auteur, mais au bénéfice du public »¹⁷⁰⁵. Mais c'est surtout l'article 1 paragraphe 8 cl. 8 de la Constitution étasunienne de 1787 qui en atteste, à travers le but de la protection accordée par le *copyright* : « promouvoir le progrès [...] des arts *utiles* en accordant, pour une période limitée, aux auteurs [...] le droit exclusif pour leurs écrits »¹⁷⁰⁶.

Nous allons voir dans quelle mesure l'utilitarisme de Jeremy Bentham, dans son souci du bien public et pris dans son sens initial tel qu'exprimé ci-dessus, n'est pas si contraire au personnalisme des Lumières qu'on l'affirme parfois.

La propriété pour le capitalisme – John Locke et Frédéric Bastiat

Quant à John Locke, j'ai déjà eu l'occasion d'aborder ses thèses¹⁷⁰⁷ ; elles visent le même but que l'utilitarisme tel que déformé par les libéraux, à savoir utiliser la création au profit du seul marché. John Locke, par sa lecture littérale de l'*Habeas corpus*¹⁷⁰⁸, semble confondre un lien ontologique, le rapport de l'homme à son corps, avec un lien juridique, le droit de propriété. Bernard Edelman relève lui aussi cette difficulté qu'il y a à attribuer « un droit de propriété qui suppose [...] un *rapport d'extranéité* entre celui qui possède et l'objet possédé »¹⁷⁰⁹ – là où la nature spéciale du lien de l'auteur à son œuvre suppose au contraire une véritable « imbrication »¹⁷¹⁰. Cette confusion d'un lien ontologique avec un lien juridique a pour conséquence d'objectifier radicalement le corps humain – et donc l'homme. Par cette approche,

¹⁷⁰⁵ CONGRES AMERICAIN, *House Report of The Copyright Act of 1909*, 60th Congress, 2nd Session (1909), n°2222, cité par Bernard EDELMAN, *L'Adieu aux arts – Rapport sur l'affaire Brancusi*, Aubier, Paris 2001, p. 78.

¹⁷⁰⁶ Cité par Florence-Marie PIRIOU, *Légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle* [a], op. cit., pp. 123-124 ; c'est moi qui souligne.

¹⁷⁰⁷ Voir ci-dessus, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « Objectification et destruction de l'humain en l'homme », pp. 190 ss.

¹⁷⁰⁸ Voir ci-dessus, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « Objectification et destruction de l'humain en l'homme », pp. 190 ss.

¹⁷⁰⁹ Bernard EDELMAN, *La Propriété littéraire et artistique*, Presses universitaires de France, coll. Que sais-je ?, Paris 2008 [1989], p. 37, cité par Hélène MAUREL-INDART, *Du Plagiat*, op. cit., p. 114 ; c'est l'auteur qui souligne.

¹⁷¹⁰ « cette *imbrication* de l'œuvre (objectivée dans la fabrication matérielle du livre) et de la personne (subjectivée dans l'énonciation d'un point de vue sur le monde) » (Nathalie HEINICH, *Être écrivain : création et identité*, Association Adresse, Paris 1994, p. 170, cité par Hélène MAUREL-INDART, *Du Plagiat*, op. cit., p. 114) ; c'est moi qui souligne.

John Locke tente de justifier la marchandisation du corps opérée par le capitalisme à travers le rapport de travail dans lequel l'employé se loue à l'employeur contre un salaire. Propriétaire de son corps, le travailleur l'est également du travail qu'il effectue grâce à sa force physique ; de là viendrait la propriété exclusive de l'artiste sur l'œuvre, fruit de son activité, autrement dit de son *travail*¹⁷¹¹. La position de John Locke est d'autant plus discutable qu'il eût été envisageable, dans la perspective qui est la sienne, de fonder cette exclusivité sans passer par un rapport propriétaire au corps, en montrant que l'auteur est toujours celui qui augmente le plus la valeur du support matériel de l'œuvre – à condition de s'entendre sur la notion de valeur. La théorie juridique de l'accession, qui décrit une forme particulière d'acquisition de la propriété mobilière ou immobilière, aurait ainsi pu trouver une nouvelle application.

Dans la seconde moitié du XIX^e siècle, Frédéric Bastiat justifie la « propriété naturelle » de l'auteur sur son œuvre en faisant l'économie du rapport au corps. Il part de l'argument de principe selon lequel « l'homme naît propriétaire », thèse que son disciple Frédéric Passy justifie en ces termes :

« La propriété n'est pas un accessoire de l'homme, produit facultatif des conventions sociales : elle est le fond de sa nature ; et elle ne l'entoure de toutes parts que parce qu'elle sort de lui à toute heure »¹⁷¹².

L'antériorité de la propriété par rapport à la loi ici défendue n'est cependant guère convaincante. Les thèses de Frédéric Bastiat, très prisées par les libéraux de son temps, visaient avant tout à éviter de rendre cette institution tributaire du législateur, et de l'influence socialiste en particulier¹⁷¹³. Cette motivation de circonstance fait l'impasse sur la part de l'autre dans la construction de soi et ignore la nature profondément sociale de l'être humain, laquelle veut que nous ne puissions survivre qu'*ensemble*, en vertu de la *complémentarité* de nos compétences respectives. La propriété est généralement conçue comme garante d'une possession paisible, et sa pérennité ne peut être assurée que par la reconnaissance et la protection du corps social : la conception d'une humanité où chacun est en guerre contre tous présage mal d'une propriété productive qui, très concrètement, parvienne à s'exercer très longtemps sans prédation d'un tiers ; or Frédéric Bastiat ne conçoit la propriété qu'illimitée dans le temps. Enfin, une telle immédiateté de la revendication propriétaire semble s'opposer au principe de sa transmission – pourtant chère aux libéraux –, alors que Frédéric Bastiat l'affirme transmissible sans obstacles, sans se soucier le moins du monde de rendre cette qualité compatible avec les principes qui fondent à ses yeux la propriété elle-même ; on voit mal par ailleurs comment elle pourrait faire l'économie du social comme du juridique, sauf à méconnaître leur nature.

¹⁷¹¹ Françoise BENHAMOU, Joëlle FARCHY, *Droit d'Auteur et Copyright*, op. cit., p. 5 ; Dominique SAGOT-DUVAUROUX, *La Propriété, cest le vol !*, op. cit., pp. 5-6.

¹⁷¹² Cité par Victor MODESTE, Frédéric PASSY, Prosper PAILLOTTET, *Études sur la propriété intellectuelle*, Guillaumin-Dentu, Paris 1859, p. 10.

¹⁷¹³ Dominique SAGOT-DUVAUROUX, *La Propriété, cest le vol !*, op. cit., p. 7.

Frédéric Bastiat ajoute à ces arguments un motif économique tout aussi surprenant : la limitation de la durée du droit d'auteur favoriserait la production d'œuvres médiocres, puisque seules les grandes œuvres sont exploitées au-delà de la période de protection reconnue à l'époque. L'argument est spécieux : le génie, avant tout, ne se commande pas et obéit à d'autres règles que celles du profit ; il suffit que l'œuvre puisse nourrir son auteur pour que la réalité économique ne limite pas ses productions, condition assurée par les 40 ans de protection assurés par la loi de l'époque. En outre, on voit mal comment la perpétuité d'un droit encouragerait sur le plan économique un auteur de qualité à produire une œuvre susceptible d'être exploitée... bien au-delà de sa propre mort ; l'argument perd tout poids aujourd'hui où la durée de protection est passée à 70 ans après la mort de l'auteur, et où prolifèrent néanmoins les œuvres médiocres et commerciales, au nom de la maximisation du profit... Est-il du reste raisonnable et proportionnel de proposer un droit perpétuel, assurément dommageable pour le public et les auteurs postérieurs, pour ne favoriser que les quelques bons auteurs par siècle dont la notoriété est appelée à traverser les générations – et dont tout porte à croire que le « feu sacré » les pousserait à créer quelles que soient les conditions économiques saluant leur mérite ? Frédéric Bastiat peine donc à justifier cette revendication propriétaire somme toute arrogante de l'homme occidental sur une Nature reçue en partage et à la création de laquelle il n'a en rien participé.

Mais revenons à John Locke. Ce qu'il cherche à asseoir par sa thèse du « droit naturel » n'est pas tant la *propriété* de l'auteur sur son œuvre que sa *transmissibilité* : la propriété de John Locke adopte davantage la perspective du marché que celle du travailleur, et, par extension, de l'auteur :

« Il y a un aspect séduisant dans cette idée de Locke, selon laquelle le travail confère de la valeur aux choses et qu'il est le fondement de la propriété mais, quand on y réfléchit, on se rend compte qu'il y a là des éléments étranges aussi. D'abord, Locke n'établit pas de lien direct entre travail et propriété, car un être peut s'approprier le labeur d'un autre. Il peut en outre obtenir un droit de propriété sur une chose en la "mêlant", non à son propre travail, mais à celui de son employé. Il semble que Locke s'intéressait moins au travail lui-même qu'à l'utilisation rentable qu'on peut tirer de ce travail. [...] En d'autres mots, la question qui l'occupe n'est pas le travail accompli par un être humain, mais bien le *rendement de la propriété*, sa valeur d'échange, et le profit commercial qu'elle représente. »¹⁷¹⁴

En d'autres termes encore, chez John Locke, la propriété reconnue à l'auteur sur son œuvre a surtout pour office de permettre sa désappropriation en faveur de l'investisseur et de l'intermédiaire, et de justifier ainsi leur propriété sur l'œuvre face aux tiers ; l'auteur s'en trouve ravalé au rang de salarié dévolu au rendement du capital investi sur son œuvre. Pour reprendre les termes de Suhail Haddadin, le « premier propriétaire » est rarement le « dernier bénéficiaire économique »¹⁷¹⁵. Ejan Mackaay, qui adopte ici une perspective strictement économique, souligne bien l'importance de

¹⁷¹⁴ Ellen MEIKSINS WOOD, *L'Origine du capitalisme*, op. cit., p. 177 ; c'est l'auteur qui souligne.

¹⁷¹⁵ Suhail HADDADIN, *Essai sur une théorie générale en droit d'auteur* [r], op. cit., p. 386.

cet aspect pour les ayants-droit effectifs du droit d'auteur actuel que sont les investisseurs et les intermédiaires :

« la transmissibilité renforce également l'effet incitatif. De ce fait, le titulaire du droit n'est plus le seul à s'interroger sur les usages possibles de son bien »¹⁷¹⁶.

La transmissibilité du droit n'a rien d'accessoire, puisqu'elle constitue la principale distinction séparant *propriété* et *monopole*, ce dernier n'étant pas ou difficilement transmissible par son bénéficiaire¹⁷¹⁷, et l'école des coûts de transaction, qui représente tout un pan de l'économie du droit, se propose précisément de mesurer la pertinence des règles de droit à l'efficacité de leur gestion de la transmission des droits accordés. Ce genre d'approche tend à diluer le rapport de l'auteur et de son œuvre à leur public, au profit d'un rendement économique qui justifie la dépossession de l'auteur, précisément parce que d'autres s'estiment plus qualifiés que lui pour « s'interroger sur les usages possibles de son bien » :

« Le fait de rendre la terre rentable, c'est-à-dire de l'améliorer, devint le fondement même des droits de propriété. On peut aller jusqu'à dire que si on n'améliorait pas la terre, on pouvait perdre les droits qu'on avait sur elle. [...] En résumé, on pouvait obtenir un droit de propriété sur telle chose en lui donnant de la valeur. Et il est clair qu'il s'agissait d'une valeur d'échange dans l'esprit de Locke. Ce principe devait justifier non seulement la pratique de l'enclosure en Angleterre, mais aussi la dépossession des peuples indigènes aux colonies. Sur ce point, Locke était formel. »¹⁷¹⁸

Prétendre dès lors que « la philosophie lockéenne de la propriété contient, en germe, l'idée selon laquelle l'auteur doit avoir la maîtrise sur son œuvre car elle est le prolongement de sa personnalité »¹⁷¹⁹ relève d'un pur amalgame entre le système capitaliste théorisé par John Locke et la philosophie des Lumières. De même, affirmer que « le principe lockéen de droit naturel inspire [tous] ceux qui justifient la propriété intellectuelle par l'acte de création de l'auteur »¹⁷²⁰ revient à confondre les thèses *naturaliste* et *personnaliste*, alors que la première ne représente qu'un courant de la seconde, dont relèvent les Lumières.

La propriété pour les Lumières – Ambiguïté de la thèse personnaliste

La thèse *personnaliste* rattache l'œuvre à l'auteur en tant qu'il l'a produite, que ce soit à titre de travail physique ou d'émanation de sa personnalité. Prise dans le sens des Lumières et non de John Locke, elle a connu une indéniable postérité puisqu'elle est à l'origine du droit moral inaliénable reconnu à l'auteur¹⁷²¹. C'est elle également qui

¹⁷¹⁶ Ejan MACKAAY, *Les droits intellectuels entre propriété et monopole* [a], dans *Revue internationale de droit économique*, 10 (1986), pp. 43-88, puis dans *Revue des Etudes Humaines*, n°1 (mai 1990). L'Histoire démontre que la thèse défendue par Ejan Mackaay ne favorise pas les auteurs, mais bien plutôt les investisseurs et les intermédiaires. Je reviendrai par la suite sur cet aspect capital (voir ci-dessous, partie 07 « Recherche de nouveaux équilibres juridiques »).

¹⁷¹⁷ Ejan MACKAAY, *Les droits intellectuels entre propriété et monopole* [a], op. cit., pp. 3-4.

¹⁷¹⁸ Ellen MEIKSINS WOOD, *L'Origine du capitalisme*, op. cit., p. 147.

¹⁷¹⁹ Pierre-Yves THOUMSIN, *Creative Commons* [a], op. cit., p. 7.

¹⁷²⁰ Françoise BENHAMOU, Joëlle FARCHY, *Droit d'Auteur et Copyright*, op. cit., p. 5.

¹⁷²¹ Pierre-Yves THOUMSIN, *Creative Commons* [a], op. cit., p. 9.

explique en partie que la protection s'attache à la forme plutôt qu'à l'idée, car l'œuvre, en tant que matérialisation de l'idée, est le plein reflet à la fois du travail de l'auteur et de sa personnalité ; si, en effet, l'idée peut porter la marque de la personnalité de l'auteur – seule la forme, nous le verrons par la suite¹⁷²², oppose la « résistance » nécessaire à l'expression de sa créativité et peut tirer de lui ce « quelque chose » qui le dépasse.

À bien considérer la chose, la notion de *personnalisme* s'avère inadaptée car elle suppose trop souvent que les Lumières, fondant elles aussi le droit d'auteur sur la propriété et les rapports que l'auteur entretient avec l'œuvre, auraient adhéré aux thèses de John Locke, ce qui est loin d'être le cas. La plupart des auteurs identifient pourtant le concept de propriété tel que défendu par John Locke à un aspect de la notion de liberté individuelle, ce qui n'est vrai que chez les Lumières. Or j'ai montré à la suite d'Ellen Meiksins Wood que tel n'était pas le cas pour le philosophe anglais : ce qui importe à John Locke, contrairement aux Lumières, n'est pas d'asseoir matériellement les conditions de la liberté individuelle, mais de poser les conditions de la cession du produit du travail salarié au bénéfice de l'employeur, dans un souci typiquement capitaliste : la propriété dont il s'occupe est avant tout celle du travailleur sur le fruit de son activité et non sur les choses en général. Cette confusion très répandue provient du fait que John Locke, partant de la perspective jurnaturaliste, tire la propriété individuelle du rapport que chacun entretient à son corps. En voici un exemple frappant, où Henri Lepage attribue à John Locke un souci de protéger la liberté individuelle à travers sa notion de propriété, alors qu'il ne s'agit en fait, de son aveu même dans les lignes qui suivent, que d'assurer la propriété sur un travail qui n'a de valeur que monnayé :

« Le droit de propriété est un aspect constitutif du concept même de liberté individuelle. Depuis Locke, on sait qu'on ne peut penser l'un sans l'autre. Le droit de propriété de chacun sur son corps, son travail et les fruits qui en découlent, n'est pas un "privilège" mais un fait qui découle de la nature des choses – c'est à dire de l'ordre logique de la réalité des concepts – et qui donc s'impose au pouvoir politique. Le droit ne fait que traduire dans l'ordre du positif cette nécessité de la cohérence des termes. »¹⁷²³

En conséquence de cette confusion portant sur la notion de propriété, la propriété intellectuelle apparaît désormais comme limitative de liberté alors qu'elle ne doit cette tendance qu'aux fins strictement capitalistes d'exclusion de l'accès aux œuvres, qui entend précisément étendre la notion de propriété foncière et mobilière aux biens immatériels :

« La caractéristique de la propriété intellectuelle est au contraire de se présenter comme une limitation de la liberté des autres, puisqu'elle consiste à donner au "premier inventeur" – le premier à voir sa demande de brevet acceptée – le monopole d'usage et d'application d'une idée, même si d'autres ont découvert les mêmes principes de manière tout à fait indépendante. Ce droit de "monopole" – au sens strict du terme – prive les autres de leur capacité d'user librement de leur

¹⁷²² Voir ci-dessous, partie 06 (« Les motivations de la création »), chap. « La "résistance" de l'œuvre », pp. 539 ss.

¹⁷²³ Henri LEPAGE, *Faut-il repenser les droits de propriété intellectuelle dans la société du savoir ?* [a], op. cit., p. 2, chap. « Droit ou privilège ? ».

esprit et de leurs capacités pour exploiter une idée, qui peut être proprement la leur, à des fins qui leurs sont propres, même s'ils le font sans jamais porter atteinte aux droits similaires des autres. Ils ne sont plus vraiment "propriétaires d'eux-mêmes", donc "libres", au sens philosophique du terme. »¹⁷²⁴

Ainsi que l'a fort bien vu Emmanuel Kant, le concept de « *propriété* sur son corps » et la notion de *liberté* sont antinomiques ; encore une fois, John Locke ne cherche aucunement à fonder la liberté individuelle, bien au contraire. La liberté est plutôt le fait des Lumières. Si les Lumières, par leur rationalisme, tendaient à objectifier le monde, elles proclamaient assez leur goût de la liberté pour s'opposer à l'objectification de l'homme qu'entraîne inéluctablement le capitalisme d'un John Locke. J'ai montré, notamment à travers l'approche qu'adopte Denis Diderot, combien leur idée de la propriété est tout autre, puisque pour l'encyclopediste celle-ci assoit les conditions matérielles d'exercice de la liberté de son titulaire – son autonomie en somme – face aux tentations tyranniques du pouvoir politique. La propriété, pour les Lumières, se pose en bastion des libertés individuelles. Et si, pour elles, la propriété vise le bien-être de tous par le respect des libertés de chacun, c'est parce qu'à leurs yeux, contrairement à Bernard Mandeville, les individus s'inscrivent dans un rapport de force *contre un adversaire commun*. Les prérogatives de l'auteur sont de plus issues d'une forme de contrat social qui limite par définition leur portée. Voilà qui offre une bien plus grande cohérence avec leur idéal démocratique d'accès à l'éducation et de partage des connaissances, d'affranchissement des êtres humains contre l'arbitraire et d'abolition de l'esclavage. La maximisation du profit, la mise en concurrence de tous ses acteurs et l'amélioration sans fin de la productivité du travail au risque de l'exploitation de l'autre et de l'écrasement des plus faibles à ce jeu, sont pour leur part l'apanage du système capitaliste et entraînent une nécessaire objectification de l'homme.

La protection des investissements

Cohérents avec la réduction qu'ils opèrent « en opportunité » de l'œuvre en marchandise, les libéraux actuels ne songent à présent même plus à passer par la propriété pour justifier leur politique de protection, mais revendiquent directement la protection des investissements et se réfèrent aux exigences des industries des services pour défendre ce qu'ils présentent comme le but même du *copyright*. Ils oublient en passant que le but originel du *copyright* est l'utilitarisme, dont ils ne défendent qu'une vision fortement dévoyée¹⁷²⁵. La défense directe de l'investissement leur évite de justifier les droits de l'exploitant par une propriété originelle de l'auteur sur sa production que ce dernier lui aurait cédée : le seul financement de l'œuvre tient lieu de justification désormais, dotant l'investisseur de la propriété originelle. L'auteur est nécessairement ravalé au rang de simple exécutant – un ouvrier en somme – aux ordres de l'investisseur, et il devient difficile de continuer de prétendre privilégier dans cette

¹⁷²⁴ *Ibid.*, p. 2, chap. « Droit ou privilège ? ».

¹⁷²⁵ Voir ci-dessus, chap. « La propriété pour l'utilitarisme – Jeremy Bentham », pp. 477 ss.

optique les intérêts des auteurs. L'approche est parfaitement capitaliste et privilégie l'argent à toute autre considération, renforçant encore le pouvoir des fortunés et l'étendant au domaine de la création. C'est ainsi qu'en Suisse, François Dessemontet, dans la foulée des thuriféraires de l'OMPI, se réfère avant tout à la politique économique actuellement assignée au droit d'auteur pour justifier ce dernier. Elle viendrait selon lui remplacer avec bonheur l'ancien fondement personnaliste, qui sera abordé dans la section qui suit :

« La propriété intellectuelle doit favoriser l'exploitation des biens intellectuels. C'est son objectif de politique économique. Or, qui dit exploitation dit très souvent cession, transfert des droits relatifs à un bien intellectuel. [...] Le commerce des biens intellectuels suppose souvent que le marchand de biens culturels jouisse d'un statut plus fort que celui de l'acquéreur d'une licence ou d'un droit d'utilisation. Il convient qu'il puisse devenir propriétaire à son tour, pour céder à d'autres ses droits, comme tout promoteur peut le faire après avoir mis en valeur un bien quelconque. [...]

Plus encore, l'évolution de l'économie a rendu obsolète la théorie personnaliste parce que les créateurs de biens intellectuels souvent ne sont plus des personnes physiques. Il s'agit d'organismes, de corporations, de groupes, d'équipes [...].

Qu'on songe aux bases de données ou aux circuits intégrés, aux caractères typographiques, aux obtentions végétales et à la biotechnologie : la protection de la personnalité est indifférente pour expliquer leur protection. »¹⁷²⁶

Ce passage est significatif de la pensée libérale et des biais qu'elle introduit dans sa conviction du bien-fondé des positions économiques dominantes. Il vaut donc la peine d'examiner les trois arguments avancés ci-dessus. Ceux qui affirment que la politique économique qui lui a été fixée – servir les intérêts des investisseurs – constitue la justification même du droit d'auteur, opèrent une confusion flagrante entre les moyens et les fins. Faire de l'économie et de ses prétentions une justification en soi, c'est entrer dans un système de pensée auto-référent dont Jean Bédard démonte les mécanismes de pouvoir¹⁷²⁷, et c'est assurément faire fi des intérêts à moyen terme des auteurs au profit des industries du loisir et des autres exploitants, ainsi que je l'ai brièvement montré dans les domaines de la musique¹⁷²⁸ et de l'édition¹⁷²⁹. Preuve en est le plaidoyer de François Dessemontet en faveur d'une cessibilité absolue des droits au nom des exigences du « commerce des biens intellectuels », alors que la position de licencié, voire un lien de représentation exclusif mais résiliable en tout temps unissant l'exploitant à l'auteur – comme c'est le cas en Suisse du mandat unissant, dans le cadre judiciaire, l'avocat à son client – suffirait à permettre l'activité d'un marché dont l'auteur resterait l'acteur central.

Affirmer enfin que les entreprises sont souvent les véritables auteurs des « biens intellectuels » pour nier le statut personnaliste d'auteur, c'est tirer prétexte de

¹⁷²⁶ François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., n°15 à 17, pp. 9-10.

¹⁷²⁷ Jean BEDARD, *Le Pouvoir ou la vie*, op. cit.

¹⁷²⁸ Voir ci-dessus, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « Des intermédiaires qui ne représentent pas les auteurs », pp. 273 ss.

¹⁷²⁹ Voir ci-dessus, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « Marché de l'édition : influence des grands groupes », pp. 263 ss.

l'abaissement des exigences en matière d'originalité – historiquement adopté pour élever les graphistes employés par l'industrie au rang d'auteurs – afin de ravalier les œuvres littéraires et artistiques au rang de simples « biens intellectuels » en vertu d'une politique du plus petit multiple commun assez sidérante. Si François Dessemontet estime – ici avec raison – que l'élaboration de bases de données et de caractères typographiques ne reflète pas la personnalité de leur auteur au sens où l'exigent les lois sur le droit d'auteur, peut-être serait-il plus sain d'en conclure qu'elles n'ont peut-être pas leur place parmi les œuvres à protéger. Cette conclusion s'impose d'autant plus que ce professeur de droit semble admettre que la protection des seuls investissements relève en vérité du droit de la concurrence déloyale :

« La propriété intellectuelle n'étant plus dérivée de la personnalité, quelle en est donc la source en justice et en équité ? Dans une perspective d'opportunité et dans une perspective de justice, il s'agit de la protection des investissements. Ainsi, le droit de la concurrence déloyale paraît bien être fondé sur le mépris qu'inspire l'attitude de celui qui récolte ce qu'il n'a pas planté ». ¹⁷³⁰

Cet abandon presque soulagé par François Dessemontet de la dimension personnaliste du droit d'auteur lorsqu'il s'agit d'argumenter sur la titularité du droit interroge d'autant plus que ce professeur justifie sa durée actuelle par des arguments personnalistes à la limite de la caricature. On sait que l'amplification de la protection du droit d'auteur tient essentiellement à l'extension du périmètre protégé, combinée à une durée accrue de ladite protection. Or l'argumentaire du professeur de droit en faveur de la durée actuelle du droit d'auteur rend perplexe lorsqu'on le juxtapose au passage qui vient d'être cité :

« il paraît équitable qu'en tout cas les enfants et les petits-enfants de l'auteur aient le bénéfice des redevances dues à ses efforts et à ses sacrifices. C'est souvent pour eux que l'auteur a créé, et parfois au détriment du temps qu'il aurait voulu leur consacrer. Or la durée de vie moyenne s'étant allongée, il paraît convenable de porter à 70 ans la période de protection, afin de couvrir deux générations pma. » ¹⁷³¹

Nous voici soudain loin des considérations emphatiques propres au monde glacé et impitoyable des affaires. Les libéraux semblent ainsi prêts à faire feu de tout bois pour justifier l'emprise croissante sur les œuvres qu'ils prônent en faveur de l'industrie.

Le monopole ou « privilège »

Le monopole a lui aussi été évoqué comme fondement du droit d'auteur et opposé à ce titre à la propriété ¹⁷³². J'ai indiqué que sa principale différence tient à la

¹⁷³⁰ François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., n°17, p. 11.

¹⁷³¹ François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., n°352, p. 257.

¹⁷³² Voir par exemple, à propos des hésitations de la jurisprudence française entre rattachement du droit d'auteur à la propriété ou au monopole : Michel VIVANT, *Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété...*, dans *Propriétés intellectuelles*, n°23 (avril 2007), pp. 193 ss ; dans *Panorama de la Presse juridique et administrative*, n°189 (avril 2007), pp. 37-44 ; voir aussi Ejan MACKAAY, *Les droits intellectuels entre propriété et monopole* [a], op. cit. ; Pierre-Emmanuel MOYSE, *La Nature du droit d'auteur* [a], op. cit.

transmissibilité, la titularité d'un monopole ne pouvant être transmise librement par son bénéficiaire.

L'autre différence tient au fait que si la propriété foncière et mobilière est perpétuelle, le monopole, lui, est, par définition, limité dans le temps. Henri Lepage souligne cet aspect en s'appuyant sur la différence de nature de ces deux fondements possibles du droit d'auteur sous l'angle des droits fondamentaux : reprenant l'opposition de la propriété et du monopole, il associe la propriété à la dignité d'un *droit* fondé sur la liberté individuelle, et renvoie le monopole à la simple *concession* d'une exclusivité temporaire en faveur d'un particulier par la collectivité :

« La "propriété intellectuelle" n'est en réalité qu'un "privilège" accordé par la puissance publique, qui ne correspond à aucun "droit naturel". »¹⁷³³

À ce titre, le monopole mérite donc d'être à ce titre distingué de la propriété – entendue dans le sens que lui donnent les Lumières.

Le caractère de monopole du droit d'auteur est toutefois remis en question par certains auteurs, tels qu'Edmund Kitch¹⁷³⁴ ou Christopher Yoo¹⁷³⁵, en raison de considérations économiques : l'existence d'un monopole suppose l'absence de produits de substitution, autrement dit de produits de remplacement offrant une fonctionnalité *analogue*, et sur lesquels la demande peut se reporter en cas de prix excessifs imposés par le monopoleur. Les économistes ont remarqué cependant la difficulté qu'il peut y avoir à distinguer les situations de monopole et celles de concurrence¹⁷³⁶, précisément en raison des produits de substitution. En effet, le caractère de substitution est plus ou moins parfait et en partie subjectif, en ce qu'il dépend de l'usage que le demandeur entend faire du produit convoité ; c'est toute la difficulté d'interprétation que cache la notion d'*analogie* qui vient d'être évoquée. Pour prendre l'exemple de la littérature, « un lecteur peut toujours se reporter sur un ouvrage proche lorsque celui qui avait retenu son attention au départ se révèle trop coûteux »¹⁷³⁷. On peut en dire autant de la musique. Toutefois, la substitution dépend de l'usage qu'on entend faire de l'œuvre. Ainsi le chercheur ne pourra pas faire l'économie de l'achat *du* titre qu'il entend citer, tout au plus peut-il inciter la bibliothèque publique à laquelle il est affilié à l'acquérir pour pouvoir l'emprunter ; de même, le lecteur qui veut pouvoir parler du dernier succès littéraire du moment veut lire ce roman particulier et pas un autre, et encore :

¹⁷³³ Henri LEPAGE, *Faut-il repenser les droits de propriété intellectuelle dans la société du savoir ?* [a], op. cit., p. 2, chap. « Droit ou privilège ? ».

¹⁷³⁴ Edmund W. KITCH, *Elementary and persistent Errors in the economic Analysis of Intellectual Property* [a], dans *Vanderbilt Law Review*, vol. 53 (2000), pp. 1727-1741.

¹⁷³⁵ Christopher S. YOO, *Towards a Differentiated Products Theory of Copyright* [a], dans GORDON Wendy J., TAKEYAMA Lisa, TOWSE Ruth (dir.), *Developments in the Economics of Copyright*, Edward Elgar, Cheltenham (UK) / Northampton (USA) 2005.

¹⁷³⁶ Ejan MACKAAY, Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, op. cit., n°366, pp. 102-103.

¹⁷³⁷ Françoise BENHAMOU, Joëlle FARCHY, *Droit d'Auteur et Copyright*, op. cit., p. 15.

celui qui ne peut acquérir le prix Goncourt pourra toujours se rabattre sur tel autre prix littéraire de la saison.

Le travail

La propriété établie sur un « droit naturel » s'avérant peu convaincante, qu'en est-il du fondement par le *travail* ?

Le portrait de l'artiste en travailleur semble plus que jamais d'actualité. Pour Pierre-Michel Menger, considéré comme « un des plus féconds sociologues des pratiques artistiques contemporaines », l'artiste serait considéré comme un travailleur dont la démarche serait parente de celle du scientifique : non seulement à la simple constatation de ce que le monde des arts est devenu un secteur économique de première importance toujours plus intégré à l'économie globale, mais aussi, de manière plus générale, parce que sa production a acquis une forte valeur au sein de la « société de la connaissance ». Pierre-Michel Menger nous invite à voir dans ce nouveau statut le signe d'une meilleure intégration de l'artiste dans la société active : autrefois nous dit-il, l'artiste endossait la figure du révolté, de l'insoumis, du « pur créateur ». Ce faisant, il était considéré comme en marge de la société active, laquelle se définissait par le principe bourgeois du travail. L'artiste, désormais perçu comme le travailleur emblématique de la société à venir devrait y voir une marque de reconnaissance¹⁷³⁸. On peut tout d'abord se demander s'il faut voir un réel avantage à passer d'un statut fondé sur l'*être* à une reconnaissance s'appuyant sur le *faire*, puis s'interroger sur la valeur de ce portrait de l'artiste de jadis, qui correspond plus à un fantasme romantique qu'à la réalité de l'artiste italien de la Renaissance, de l'écrivain des Lumières ou de l'intellectuel engagé de l'après-guerre. Mais ce nouveau statut sert-il au moins la condition de l'artiste à l'aune du droit d'auteur ?

La justification des droits de l'auteur au nom du travail qu'il a effectué sur son œuvre a connu son heure de gloire avec le projet de Jean Zay. Le Front populaire l'a développée durant la Commune à travers son projet de loi de 1936 sur le droit d'auteur, qui ne fut jamais voté. Il s'agissait de garantir à l'auteur une protection suffisante, à même de lui assurer une juste rémunération pour le travail fourni. Déjà esquissé par John Locke, ce fondement est ici défendu pour lui-même, sans passer par la théorie de la propriété de l'individu sur son corps.

L'exposé des motifs du projet de loi de 1936 offre de précieuses précisions sur le propos principal de Jean Zay et sur sa position par rapport à ses prédécesseurs :

« Le thème essentiel sur lequel est en quelque sorte bâti notre texte, c'est cette conception juridique qui attribue, ou plutôt qui restitue, au droit d'auteur son caractère véritable : celui d'un droit d'une nature spéciale, portant sur les créations intellectuelles, et profondément différent du droit de propriété, qui porte sur les biens mobiliers et immobiliers ; celui d'un droit inhérent à la personnalité de l'auteur, inaliénable, ne pouvant être exercé que par l'auteur lui-même, à

¹⁷³⁸ Pierre-Michel MENER, *Portrait de l'artiste en travailleur – Métamorphoses du capitalisme*, Seuil, coll. La République des idées, Paris 2003.

l'exclusion de ses créanciers, parce telle est la très ancienne règle juridique rappelée par les rédacteurs du code civil, dans l'article 1166, visant les droits "exclusivement attachés à la personne".

Ce caractère particulier, tels auteurs, tels juristes voués à la défense des "cessionnaires", plutôt qu'à la protection de ceux des hommes de lettres et des artistes, l'ont méconnu au cours des cent dernières années. L'expression de "propriété littéraire et artistique", inexacte et impropre, s'est peu à peu introduite dans le vocabulaire des hommes de droit et dans le langage usuel. Le fait que, dans les lois de l'époque révolutionnaire, dans les rapports de Chapelier et Lakanal, le mot de propriété avait été employé, fut largement exploité.

Et pourtant Chapelier déclarait, dans son rapport de janvier 1791, qu'il s'agissait de la plus personnelle de toutes les propriétés, que c'était une propriété d'un genre tout différent des autres propriétés.

En réalité ce que Chapelier demandait, pour l'auteur ayant livré son ouvrage au public, c'était la rémunération du travail. Le vocable de « propriété » ne vient sous sa plume, au lendemain de l'abolition du régime féodal, que pour désigner ce droit nouveau autrement que par le mot de "privilege", auquel se relie le souvenir de l'ancien régime. »¹⁷³⁹

Mais si le fondement du travail peut renforcer la position initiale de l'auteur par rapport à la conception capitaliste de la propriété, il ne suffit pas à garantir à lui seul les intérêts de l'auteur à travers la délicate question posée par la commercialisation de l'œuvre, laquelle demeure l'un des plus sûrs moyens d'assurer la rémunération de l'auteur. C'est pourquoi, à la suite de Paul Grünebaum-Ballin, qui avait publié en 1929 une étude parue dans le journal *Le Temps*, *Les Serfs mal affranchis*¹⁷⁴⁰, Jean Zay propose dans une première version de sa loi que la *cession* des droits de l'auteur en faveur de l'éditeur, qui reflète la conception d'un droit d'auteur fondé sur la propriété et dépouille irrévocablement le premier en faveur du second, soit commuée en une *concession* dénonçable au bout de dix ans s'appuyant sur le caractère personnel et inaliénable du droit d'auteur¹⁷⁴¹. Ces propositions, nous l'avons vu, ont fait l'objet de critiques appuyées de la part des principaux éditeurs français¹⁷⁴². Il n'est toutefois pas certain que la défense efficace de l'auteur doive passer par une « prolétarianisation » de l'auteur, réduit au statut de « travailleur », ni même que la pratique de la concession – nécessairement exclusive et surtout irrévocable en cours de période – suffise à assurer à l'auteur le respect de ses droits : vu l'inégalité flagrante des parties, la défense efficace de l'auteur ne peut se concevoir que par une pratique lui permettant de jouer en tout temps d'un éditeur contre l'autre, sans que cela remette en cause le principe même de la commercialisation des œuvres ou que cela ne rende les éditeurs victimes de l'arbitraire des auteurs. Je reviendrai sur ce point capital par la suite¹⁷⁴³.

De plus, même si le projet de loi de Jean Zay est original à plus d'un titre, et même s'il entend défendre les intérêts de l'auteur et non celui des investisseurs et des

¹⁷³⁹ Jean ZAY, *Projet de loi sur le droit d'auteur et le contrat d'édition*, op. cit., p. 1707.

¹⁷⁴⁰ Paul GRÜNEBAUM-BALLIN, *Les Serfs mal affranchis*, op. cit.

¹⁷⁴¹ Gisèle SAPIRO, Boris GOBILLE, *Propriétaires ou travailleurs intellectuels ?* [a], op. cit., p. 117.

¹⁷⁴² Voir ci-dessus, chap. « Le Front populaire et le projet de Jean Zay », pp. 442 ss.

¹⁷⁴³ Voir ci-dessous partie 07 (« Recherche de nouveaux équilibres juridiques »), pp. 819 ss.

intermédiaires – autrement dit ceux du marché – ce fondement du droit d'auteur sur le travail s'avère aussi réducteur que celui avancé par John Locke. Il évite de traiter l'épineuse question de l'originalité d'une œuvre, en particulier le rapport qu'elle entretient avec la tradition culturelle d'une part, la personnalité de son auteur d'autre part. Mais il y a surtout que ce fondement ruine à la racine la spécificité – partant, la nécessité – du droit d'auteur, le droit de la concurrence déloyale et la protection contre le parasitisme punissant déjà de nos jours la reprise du travail d'autrui. Certes, Jean Zay avait admis l'idée d'un droit *sui generis* qui aurait pu l'affranchir d'un fondement reposant sur la notion de travail. Mais dans ce cas, ne se joue-t-il pas de mots en évoquant encore le terme de « travail » dans ce projet de loi ? Ne risque-t-il pas, à vouloir clarifier la notion de *propriété*, de conduire à une nouvelle ambiguïté autour de la notion de *travail* ?

La publicité du discours

On retrouve dans le fondement sur la propriété telle que vue par les Lumières une grande similitude avec celui de la *publicité du discours* que Séverine Dusollier a développé à la lumière d'Immanuel Kant¹⁷⁴⁴. L'espace public de discussion, « usage public de la raison » et embryon des démocraties futures, est lui aussi perçu comme un moyen d'opposition au pouvoir ; dans *Qu'est-ce que les Lumières ?*, Emmanuel Kant précise qu'il doit permettre la critique du pouvoir en place, offrant à chacun « la liberté de formuler ses remarques sur les vices inhérents à l'institution actuelle, et de les formuler de façon publique, c'est-à-dire par écrit »¹⁷⁴⁵. L'émergence de cet espace public est donc associée au développement de l'imprimerie. L'*interaction* d'Habermas, ferment de la reprise démocratique du pouvoir sur les orientations du progrès technique que les techno-sciences se sont attribué, lui doit sans doute beaucoup. Dès lors, « la propriété littéraire devient une "institution clef" permettant de protéger l'exercice de la parole et de l'écriture de l'auteur »¹⁷⁴⁶, mais elle n'est plus seulement, dans cette optique, le fait du seul auteur ; le public acquiert ainsi une importance nouvelle – le recul de l'illettrisme faisant son ouvrage, alors que l'œuvre est placée au centre du débat public. La création et le débat d'idées apparaissent comme les ferments sociaux qu'ils ont toujours été, mais sous un autre mode. L'enjeu du droit d'auteur n'est plus la protection des efforts de l'éditeur, ni la reconnaissance de l'individualité de l'auteur et de son apport à la société, mais d'« assurer la disponibilité et la circulation des œuvres et de la sphère publique »¹⁷⁴⁷. Autrement dit, l'objet du droit d'auteur n'est plus seulement la protection de l'auteur, mais également la circulation de l'œuvre, en tant qu'elle assure, comme le soulignait Nicolas de Condorcet, « le

¹⁷⁴⁴ Séverine DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, op. cit.

¹⁷⁴⁵ KANT Immanuel, *Qu'est-ce que les Lumières ?*, dans Kant, *Œuvres complètes*, Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, Paris xxx, cité par Pierre-Yves THOUMSIN, *Creative Commons* [a], op. cit., p. 13.

¹⁷⁴⁶ Pierre-Yves THOUMSIN, *Creative Commons* [a], op. cit., pp. 13-14.

¹⁷⁴⁷ Séverine DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, op. cit., p. 389, cité par Pierre-Yves THOUMSIN, *Creative Commons* [a], op. cit., p. 14.

bonheur des hommes » à travers « le progrès de leurs lumières »¹⁷⁴⁸. Certes, cela donne au droit d'auteur un tour utilitariste qui caractérise davantage le *copyright*, mais ce souci de la circulation de l'œuvre peut aussi être vue comme un élément du « contrat social » passé entre l'auteur et la société civile à l'origine de sa protection. Il est poursuivi dans un but d'émancipation de la personne, cher aux Lumières.

C'est dans le contexte des Lumières, sous l'angle de la publicité du discours alliée à un sens *non capitaliste* de la propriété reconnue à l'auteur qu'il faut dès lors comprendre la cohérence des propos d'un Isaac Le Chapelier ou d'un Nicolas de Condorcet : la propriété reconnue à l'auteur, qualifiée de « la plus sacrée », ne s'oppose que pour John Locke à cette association du public à sa propriété dès qu'il a « livré son ouvrage au public ». Cet espace public n'a à l'époque pas été confié à l'État, afin précisément d'assurer son autonomie critique face au pouvoir en place : « une société démocratique exige que la création soit décentralisée et libérée du contrôle étatique »¹⁷⁴⁹. Mais le droit d'auteur fondé sur la publicité du discours doit par définition être protégé de tout pouvoir en place, quel qu'il soit, et celui-ci a pris avec l'avènement du capitalisme une forme économique ; c'est sans surprise que l'éditeur André Schiffrin nous apprend que la publicité du discours est clairement menacée par les pratiques actuelles de rachat des éditeurs par les grands groupes de l'industrie culturelle¹⁷⁵⁰. C'est ainsi que le mouvement du logiciel libre s'érige – au nom de la liberté des utilisateurs / contributeurs – contre les pouvoirs économiques fondés sur l'approche capitaliste de la propriété défendue par le régime actuel du droit d'auteur qu'il qualifie de « privateur ». On peut affirmer que, dans les faits, toutes les licences libres, quel que soit leur domaine d'application (logiciel, textes, œuvres visuelles et musicales), visent la publicité du discours. Le modèle du droit d'auteur fondé sur la publicité du discours prend la mesure du rôle joué par le public ; il reconnaît que le public « fait » l'œuvre à travers une forme de partenariat – le discours – avec l'auteur ; il nous rappelle l'importance de la libre parole pour toute démocratie digne de ce nom et la nécessité d'adopter une vision moins excluante – autrement dit plus collective – du lien unissant l'auteur à son œuvre pour restaurer un équilibre stable entre les objectifs incitatif et de circulation jugés actuellement antinomiques.

Les droits fondamentaux

Le fondement de la publicité du discours trouve écho dans une autre justification du droit d'auteur, ancrée cette fois-ci dans les *droits fondamentaux*. Pour Christophe Geiger, « l'analyse de différentes déclarations des droits de l'homme révèle un lien très

¹⁷⁴⁸ « le bonheur des hommes dépend en partie de leurs lumières, et le progrès des lumières dépend en partie de la législation de l'imprimerie » (Nicolas de Condorcet, cité par Séverine DUSOLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, op. cit., p. 224, note 37).

¹⁷⁴⁹ Alain STROWEL, *Droit d'auteur et copyright. Divergences et convergences – Étude de droit comparé*, L.G.D.J. / Bruylant, Bruxelles 1993, p. 205.

¹⁷⁵⁰ Voir ci-dessus, partie 04 (« Dimension socio-économique du droit d'auteur »), chap. « Marché de l'édition : influence des grands groupes », pp. 263 ss.

étroit entre l'auteur et la société », et fait du droit d'auteur un « droit social », dès lors qu'il profite tant à l'auteur qu'à la société civile¹⁷⁵¹. À l'instar de la *publicité du discours*, les *droits fondamentaux* proposent une vision où les deux objectifs d'incitation et de circulation du droit d'auteur apparaissent plus complémentaires qu'antinomiques : à la liberté d'expression de l'auteur répond le droit du public à l'information et à la culture, au sein d'un système où ces droits sont traités à pied d'égalité, nous invitant à y voir une « dialectique entre les intérêts de l'auteur et ceux du public »¹⁷⁵². Nous retrouvons ici le rôle joué par le public dans la création de l'œuvre, en tant qu'« horizon d'attente » des théories littéraires, en tant que transmetteur de la tradition, à travers l'ensemble des auteurs passés, mais aussi en tant qu'arbitre de son succès. C'est ce dernier rôle que souligne Louis Blanc, un théoricien socialiste du milieu du XIX^e siècle, pour qui, rejoignant en cela Pierre-Joseph Proudhon et Victor Hugo, « la société est le légitime propriétaire des œuvres de l'esprit [...] car la valeur d'un livre ou d'une pensée tient essentiellement à sa diffusion dans la société »¹⁷⁵³. C'est également ce rôle du public dans la réception de l'œuvre qui, aux yeux de Jean Zay, justifie la limitation du droit des héritiers sur l'œuvre défendue par son projet de loi de 1936 :

« L'auteur donne le livre, la société l'accepte ou ne l'accepte pas. Le livre est fait par l'auteur, le sort du livre est fait par la société »¹⁷⁵⁴.

La Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 précise en son article 27 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 », moyennant quoi « chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur »¹⁷⁵⁵. L'article 15 du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1967 le reprend pour ainsi dire terme à terme, à cette différence qu'il s'inquiète également d'assurer « la liberté indispensable [...] aux activités créatrices »¹⁷⁵⁶, autrement dit les conditions de la créativité – un souci suffisamment rare de la part des législateurs pour mériter d'être relevé. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, quant à elle, comprend dans sa définition de la liberté d'expression « la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse

¹⁷⁵¹ Christophe GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information – approche de droit comparé*, Litec, Paris 2004, p. 43.

¹⁷⁵² Pierre-Yves THOUMSIN, *Creative Commons* [a], op. cit., p. 12.

¹⁷⁵³ Dominique SAGOT-DUVAUROUX, *La Propriété, c'est le vol !* [a], op. cit., p. 16.

¹⁷⁵⁴ Victor HUGO, Congrès littéraire international, séance du 21 juin 1878, cité par Jan BAETENS, *Le Combat du droit d'auteur*, op. cit., p. 159 ; cité plus haut, p. 441.

¹⁷⁵⁵ NATIONS UNIES, *Déclaration universelle des droits de l'homme*, du 10 décembre 1948 ; <http://www.un.org/fr/documents/udhr>, art. 27 al. 1 et al. 2.

¹⁷⁵⁶ NATIONS UNIES, *Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, du 16 décembre 1966 ; <http://www.admin.ch/ch/f/rs/i1/0.103.1.fr.pdf>, art. 15 al. 1, resp. al. 3.

y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière »¹⁷⁵⁷. On constate toutefois avec inquiétude l'incapacité du législateur à considérer le caractère coercitif du pouvoir économique instauré par le système capitalisme, puisqu'il ne discerne d'ingérence potentielle dans ce domaine que de la part des « autorités publiques ». Ce retard de quelque deux siècles et demi sur la réalité du capitalisme interroge.

Cette justification du droit d'auteur est d'autant plus significative que les droits fondamentaux ne se résument pas à un ensemble de normes juridiques additionnelles, mais constituent un véritable *système* de valeurs transcendantes. C'est le mérite de l'Europe que de les avoir fait reconnaître comme telles à travers le monde par le biais de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH). Anamaria Bucureanu, dans son article *Le modèle européen de protection des droits de l'homme*, le montre à partir de la constatation que le titulaire de la protection conférée par la CEDH est l'individu considéré en tant que tel, indépendamment de son appartenance au corps politique¹⁷⁵⁸.

Mais droit d'auteur et liberté d'expression ou d'information sont-ils dans la pratique si complémentaires que l'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme le prétend ? L'avocate Agnès Tricoire en doute, et s'en explique dans son *Petit Traité de la liberté de création*¹⁷⁵⁹. Membre de l'Observatoire de la liberté de création – une instance relevant de la Ligue des droits de l'Homme –, elle relève tout d'abord que cette disposition ne protège pas la liberté de création à proprement parler, mais l'œuvre – et à travers elle le système du droit d'auteur – ainsi que le droit du public d'y accéder. Si la liberté de création, bien qu'elle s'enracine dans la liberté d'expression, ne doit pas être confondue avec cette dernière, c'est que l'art n'est pas discours. Cette réflexion devrait à elle seule invalider la prétention de l'AC à revendiquer une protection contre la censure au nom de la liberté de création, vu son caractère *conceptuel* – et parfois même documentaire¹⁷⁶⁰ –, conclusion à laquelle Agnès Tricoire, avocate de plusieurs plasticiens de l'AC, se refuse d'aboutir.

La personnalité

La thèse *personnaliste*, nous venons de le voir, rattache l'œuvre à l'auteur en tant qu'il l'a produite, que ce soit à titre de travail physique ou d'émanation de sa personnalité. De fait, elle fonde souvent les droits moraux sur la *personnalité* de l'auteur, préférant

¹⁷⁵⁷ CONSEIL DE L'EUROPE, *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)*, du 04 novembre 1950 ; http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E27564DBE86/0/CONVENTION_FRE_WEB.pdf, art. 10 al. 1.

¹⁷⁵⁸ Anamaria BUCUREANU, *Le modèle européen de protection des droits de l'homme* [a], dans *Revista de Științe Juridice*, n°38 (1/2007), Bucarest, pp. 97-104.

¹⁷⁵⁹ Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit.

¹⁷⁶⁰ Je pense par exemple à certaines vidéos dénuées de toute portée fictive, telle que la vidéo d'Elke Krystufek présentée lors de l'exposition « Présumés innocents – L'art contemporain et l'enfance » qui eut lieu de juin à octobre 2000 au CAPC, le musée d'art contemporain de Bordeaux (voir ci-dessous, p. 615).

justifier les droits patrimoniaux par son *travail* ou une *propriété* acquise par son activité, mais une propriété toutefois « d'un genre *tout à fait différent* des autres propriétés »¹⁷⁶¹. Ce double ancrage explique la tendance de certains auteurs, comme Julio H. Cole, professeur à l'Université Francisco Marroquin, au Guatemala, à contester l'efficacité et la pertinence des droits patrimoniaux actuels sans pour autant contester les droits moraux¹⁷⁶². Du reste les droits moraux semblent acquis par tous dès l'antiquité, alors que les droits patrimoniaux, reconnus spécifiquement avec l'invention de l'imprimerie à caractères mobiles par Gutenberg et détournés au profit des propriétaires des biens de production, semblent liés aux progrès techniques et devraient donc y être constamment réadaptés.

On explique difficilement pourquoi, dans la perspective propre aux Lumières, les droits patrimoniaux ne seraient pas rattachés eux aussi à la personnalité de l'auteur, puisque après tout c'est cette activité très particulière de l'auteur, en connexion étroite avec sa personnalité, qui se trouve à l'origine de l'œuvre prise comme telle, à la fois source des droits moraux et patrimoniaux. Droit moral et droit patrimonial ne seraient dès lors que deux aspects d'un seul et même droit, véritablement original par rapport à la propriété ou au travail. Rattacher, même dans un second temps, le droit d'auteur à la propriété ou au travail le condamne à long terme à être réglé par le droit de la concurrence, respectivement le droit du travail. C'est du reste la tendance actuelle aux États-Unis, où l'auteur est de plus en plus traité comme un simple employé de l'investisseur et perd face à lui jusqu'à ses droits patrimoniaux originaires, alors qu'en France il les perd dans un second temps, par contrat, et que son droit moral n'est plus reconnu dès qu'il menace de limiter le pouvoir du monde économique.

¹⁷⁶¹ Isaac-René-Guy LE CHAPELIER, *Rapport du 17 janvier 1791 à l'Assemblée nationale*, op. cit., p. 16 ; c'est moi qui souligne.

¹⁷⁶² Julio H. COLE, *Étendre les copyrights : une idée contestable* [a], op. cit.

La seule explication doit être cherchée, comme nous l'avons vu, dans l'Histoire, les Lumières croyant un peu vite pouvoir assimiler leur conception de la propriété à celle de John Locke et du capitalisme¹⁷⁶³ ; cherchant à asseoir leur capacité à vivre de leur activité et pour asseoir la capacité de le monnayer par sa transmission à des tiers, ils ont tenté d'adapter – mais pas suffisamment – un modèle initialement pensé pour défendre les intérêts économiques des éditeurs face à leurs concurrents. C'est dès lors avec raison qu'Henri Lepage dénonce un « abus de terminologie », fondant le brevet ou, dans notre cas, le droit d'auteur, sur le rapport libre de l'individu sur son corps, fondement de tous les droits fondamentaux, lui conférant la dignité d'un « droit », alors qu'il ne s'agit que d'un simple « privilège » :

« L'approche philosophique montre que le concept de "propriété intellectuelle" se fonde sur un abus de terminologie. Le brevet n'est jamais qu'un "privilège". Sa justification ne peut être que de nature utilitariste, c'est-à-dire qu'elle se trouve dans ses effets économiques. »¹⁷⁶⁴

Mais cet abus de langage ne vient que de la compréhension capitaliste de la propriété foncière et mobilière. Il prend également sa source dans la confusion ici opérée par Henri Lepage entre la liberté et ses conditions concrètes d'expression, autrement dit entre la liberté et la propriété matérielle : contrairement à l'*Habeas corpus* qui ne fait que reconnaître dans le domaine du droit un lien ontologique de l'individu à son corps, la propriété foncière et mobilière individuelle doit être reconnue par la société civile – et donc par le droit – pour devenir effective¹⁷⁶⁵ : c'est un engagement collectif à réaliser les conditions de la liberté de chacun. Cette dimension collective est occultée de nos jours au profit d'une liberté individuelle enflée à l'excès, qui refuse de voir ce qu'elle doit aux autres pour pouvoir s'exprimer. De plus, une différence fondamentale sépare liberté individuelle et propriété matérielle : c'est leur transmissibilité, raison supplémentaire pour les distinguer. La liberté, au contraire de la propriété, n'est pas transmissible, et c'est pour cela que la première intéresse moins John Locke que la seconde. Au contraire de ce qu'affirme Henri Lepage, la propriété matérielle, la paternité d'une œuvre – qui fait partie des droits moraux – s'approche davantage du lien ontologique que nous entretenons à notre corps, et n'est donc pas *créée* par le droit, mais là aussi *reconnue* par lui. Cette paternité, toutefois, n'est pas transmissible à l'investisseur, qui ne crée jamais rien mais au mieux rend la création possible. Si l'on conçoit donc la propriété dans le sens que lui attribuaient les Lumières, c'est au contraire le droit d'auteur qui sert davantage la liberté individuelle que la propriété matérielle. Mais encore faut-il, une fois de plus, la considérer comme le faisaient les

¹⁷⁶³ Voir ci-dessus, chap. « Les Lumières », pp. 415 ss.

¹⁷⁶⁴ Henri LEPAGE, *Faut-il repenser les droits de propriété intellectuelle dans la société du savoir ?* [a], op. cit., p. 5, chap. « De plus en plus d'études critiques ».

¹⁷⁶⁵ Ceci indépendamment du fait que liberté individuelle et propriété foncière et mobilière peuvent être reconnues par le droit sous la poussée d'une exigence éthique.

Lumières, ce qui n'est plus le cas depuis l'avènement du capitalisme, contrairement à ce qu'Henri Lepage semble affirmer¹⁷⁶⁶.

Afin de rendre vraiment compte de l'approche tout à fait spécifique des Lumières face à la pensée capitaliste, il convient donc d'envisager un fondement propre au droit d'auteur, qui serait rattaché à ce que, faute de mieux, il convient de dénommer la *personnalité* de l'auteur, nonobstant toutes les critiques dont on peut charger l'expression, notamment par une lecture psychologique de ce terme qui n'a pas lieu d'être. Seul ce fondement pris comme tel peut rendre ouvertement compte de l'origine à la fois mystérieuse et extra-économique de cette source de richesses qu'est la créativité humaine lorsqu'elle prend forme dans la matière. Seul il peut justifier de l'existence d'un droit spécifique, et rendre compte de cette évidence : sans auteur il n'est pas d'œuvres littéraires ou artistiques, alors que l'investisseur n'est pas toujours indispensable à l'expression créatrice. Nous retrouvons ici, sous une autre forme, la thèse défendue par Bernard Edelman dans *Le Sacre de l'auteur*, montrant l'auteur source d'une forme de « pouvoir » comme « jaillie de nulle part » qui serait opposée aux pouvoirs politique et économique, lesquels relèvent d'un rapport au monde fondé sur la contrainte¹⁷⁶⁷. Antoine Compagnon se fait l'écho de cette vision lorsqu'il affirme dans son cours :

« Des valeurs obscures et puissantes demeurent dans cette *auctoritas*, ce don réservé à peu d'hommes de faire surgir quelque chose et – à la lettre – de produire à l'existence. »¹⁷⁶⁸

Il restera à tirer les conséquences de ce fondement spécifique – beaucoup plus négligé dans la pratique qu'on le pense d'ordinaire – sur sa transmissibilité¹⁷⁶⁹. De plus, considérant que le droit international privé désigne le droit applicable en fonction de la « prestation caractéristique »¹⁷⁷⁰ – qui n'est jamais celle, financière, effectuée par l'acheteur, le maître d'ouvrage ou le locataire – pourquoi la protection des biens immatériels privilégierait celui qui, de l'investisseur et de l'auteur, fournit dans cette optique la prestation la *moins* caractéristique ?

On l'aura remarqué : l'ancrage personnaliste, une fois dépouillé des lectures psychologiques que certains ont pu développer, inspire et reprend plusieurs fondements récemment défendus par la doctrine et qui viennent d'être exposés, tels que la publicité du discours ou certains droits fondamentaux. Le lien personnel de l'auteur à son œuvre constitue du reste par ailleurs le seul élément à même de justifier tant le droit d'auteur que le *copyright* en tant que droits spécifiques. Faute de cela, droit

¹⁷⁶⁶ Voir le passage cité ci-dessous, p. 482 ; Henri LEPAGE, *Faut-il repenser les droits de propriété intellectuelle dans la société du savoir ?* [a], op. cit., p. 2, chap. « Droit ou privilège ? ».

¹⁷⁶⁷ Bernard EDELMAN, *Le Sacre de l'auteur*, op. cit., pp. xxx ss.

¹⁷⁶⁸ Antoine COMPAGNON, *Qu'est-ce qu'un auteur ?*, op. cit., cours 4 (« Généalogie de l'autorité »), chap. « Auctor ».

¹⁷⁶⁹ Voir ci-dessous, partie 07 (« Recherche de nouveaux équilibres juridiques »), chap. « Les propositions – Incassabilité de l'ensemble des droits », pp. 822 ss.

¹⁷⁷⁰ cf. Convention de Lugano, xxx

d'auteur et *copyright* pourraient être lus comme les simples ébauches – partielles et depuis longtemps dépassées – d'un droit de la concurrence déloyale dont la théorie générale est à présent pleinement dégagée.

Je propose toutefois d'adopter un fondement qui, d'inspiration ouvertement personnaliste, soulignerait la nécessité où nous nous trouvons actuellement d'éviter de confondre entre l'auteur compris comme producteur de ses œuvres et sa *figure* : il s'agit de la création humaine, appréhendée, dans sa nature même, en tant que facteur incontournable de l'humanité qui nous habite, que ce soit en tant qu'espèce ou en tant qu'individus¹⁷⁷¹.

La nature de la création humaine

S'il convient de corriger le droit d'auteur actuel, c'est sans doute en partie parce que l'auteur lui-même doit être pris en compte différemment qu'il ne l'est actuellement par le droit : aussi stupéfiant que cela puisse paraître, l'auteur a été considéré plus souvent en tant que *figure* qu'en tant que *créateur*, autrement dit en tant que facteur de son œuvre¹⁷⁷². C'est ainsi que la plupart des critiques de l'approche personnaliste affirment le caractère superficiel de cette figure, qui serait née selon eux il y a un peu plus de deux siècles à peine, et qui pourrait bien disparaître dans les décennies qui suivent¹⁷⁷³ ; outre le fait que cette approche semble infondée si l'on considère le statut des auteurs littéraires dans la Rome antique, ce n'est pas tant la *figure* de l'auteur qui devrait de nos jours fonder la protection, mais son rôle même de *façonneur* d'œuvres d'une nature tout à fait particulière et qu'illustre fort bien le droit de paternité lorsqu'il est purifié des revendications propriétaires qu'il peut véhiculer. Ce rôle est loin d'être un épiphénomène culturel, puisqu'il semble concomitant à l'apparition de l'humanité sur Terre¹⁷⁷⁴.

L'éthique n'a que fort récemment approfondi le caractère existentiel du rapport à l'autre, avec Emmanuel Levinas, Hans Jonas et Albert Camus en particulier, obligée qu'elle se sentit de rendre compte des horreurs nazies ; et les philosophes commencent à peine à réfléchir de manière approfondie à la « création de la création », autrement dit aux conditions et conséquences de l'apparition de l'art lors de la préhistoire, ainsi que du rôle que l'art a joué dans notre humanisation, suite aux récentes découvertes de

¹⁷⁷¹ Voir les différents développements faits dans le présent travail sur l'ouvrage de Jean-Paul Jouary (Jean-Paul JOUARY, *Préhistoire de la beauté – Et l'art créa l'homme*, op. cit.)

¹⁷⁷² « Le peintre du Paléolithique supérieur est un "artiste", et le fait qu'il n'en ait pas la conscience que nous en avons aujourd'hui pose un tout autre problème et n'y change rien » (*Ibid.*, pp. 198-199).

¹⁷⁷³ Voir notamment l'ouvrage de Françoise Chaudenson, dont c'est l'une des thèses principales (Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit.) ; voir aussi Walter BENJAMIN, *L'Œuvre d'art à l'heure de sa reproductibilité technique* [a], essai, dans *Écrits français*, pp. 147-248, Gallimard, coll. Folio essais, Paris 2006 [1936].

¹⁷⁷⁴ Jean-Paul JOUARY, *Préhistoire de la beauté – Et l'art créa l'homme*, op. cit.

l'archéologie¹⁷⁷⁵. Or toutes ces approches soulignent l'importance de la création – en tant que médiateur dans notre rapport à l'intime et à l'autre – dans l'élaboration de notre humanité : à la fois dans son Histoire, mais aussi dans une perspective individuelle, chacun étant appelé à intégrer en accéléré, sous l'influence de sa culture, les champs découverts autrefois par nos ancêtres. C'est ce lien de l'auteur à l'œuvre, que la phénoménologie nous aide à approcher¹⁷⁷⁶, qu'il convient de protéger socialement et de favoriser, car il nous concerne tous de manière beaucoup plus profonde que nous l'imaginons souvent.

Évolution du droit positif

L'Histoire nous permet également de comprendre, à travers les évolutions des divers critères de distinction de la loi positive, comment se sont opérés les divers glissements qui nous ont menés jusqu'au droit actuel, simple prétexte à monopole en faveur des industries contesté avec raison par la société civile :

« Ils ont obtenu une extension de la durée de protection des œuvres, la création de nouveaux droits de propriété intellectuelle - comme le droit dit *sui generis*, qui protège l'activité, non inventive, de constitution de bases de données à partir d'éléments préexistants -, la limitation des exceptions légales - comme l'usage loyal des œuvres protégées (*fair use*) -, la remise en question d'avantages acquis aux utilisateurs (cas des bibliothèques publiques), voire la possibilité de breveter des programmes informatiques. »¹⁷⁷⁷

Le but de la protection

Le but de la protection tend à passer d'une incitation à la création à une incitation à l'investissement, et d'un droit à vivre de son œuvre à un droit à une rente financée par la société civile. La question de savoir si les intérêts de l'investissement vont nécessairement dans le sens d'une incitation à la création, ou même peuvent servir l'accroissement du capital culturel conçu d'intérêt public sera discuté par la suite.

Valérie-Laure Benabou rappelle que l'objectif fondamental du droit d'auteur est et doit rester la *promotion de la création*, et que les modalités concrètes du droit d'auteur ne doivent au pire apparaître que sous le jour d'un « mal nécessaire » et temporaire à la réalisation de ce but :

« La destination naturelle de l'œuvre est le domaine public, le monopole temporaire une parenthèse »¹⁷⁷⁸.

¹⁷⁷⁵ Jean-Paul Jouary montre bien que les questions fondamentales relatives à ce qu'il appelle « la création de la création » n'ont guère été posées avant lui, que ce soit par les archéologues ou par les philosophes eux-mêmes (*Ibid.*)

¹⁷⁷⁶ Voir Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit.

¹⁷⁷⁷ Philippe QUEAU, *À qui appartiennent les connaissances ?*, op. cit.

¹⁷⁷⁸ Valérie-Laure BENABOU, *Puier à la source du droit d'auteur* [a], dans RIDA, n°192 (2/2002), pp. 3-109, p. 53, cité par Françoise BENHAMOU, Joëlle FARCHY, *Droit d'Auteur et Copyright*, op. cit., pp. 110-111.

Philippe Quéau, directeur de la division de l'information et de l'informatique de l'UNESCO, dans un article paru en 2000, résume quant à lui parfaitement les déchirements qui secouent la propriété intellectuelle autour du but effectif de la protection :

« Quelle est la finalité de la protection de la propriété intellectuelle ? S'agit-il encore, comme l'exprime la doctrine sur laquelle elle est fondée, de protéger l'intérêt général en assurant la diffusion universelle des connaissances et des inventions, en échange d'un monopole d'exploitation consenti aux auteurs (pour une période limitée) ? La création d'un monopole sur l'exploitation des œuvres jusqu'à quatre-vingt-quinze ans après la mort d'un auteur (comme dans le cas américain depuis le *Sonny Bono Copyright Act*) n'est pas en soi de nature à favoriser la création. Elle aurait plutôt tendance à inciter les éditeurs à vivre sur leur catalogue d'auteurs reconnus plutôt que d'encourager la recherche de nouveaux talents. »¹⁷⁷⁹

Les systèmes de gestion des droits numériques (« Digital Rights Management » ou « DRM »), en particulier les protections anti-copie, ruinent de leur côté la substance du droit à la copie privée et viennent de trouver en France une assise légale plus qu'inquiétante avec la récente adoption de la Loi relative aux droits d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (DADVSI)¹⁷⁸⁰.

Le très discuté Traité OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996 (WCT – WIPO Copyright Treaty), qui est à l'origine de ce mouvement et dont le Digital Millennium Copyright Act (DMCA) américain du 20 octobre 1998 ainsi que la Directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information sont les transpositions a été présenté à tort comme une simple « sur couche » ou « mécanisme supplémentaire de protection » du droit d'auteur, alors qu'il en change l'esprit même : d'un droit axé sur la protection de l'auteur en vue de lui assurer une rémunération à l'occasion de la *première transmission* des copies de l'œuvre, il a fait un système de contrôle cloisonné des droits d'accès à l'œuvre au profit des gestionnaires internationaux de la propriété intellectuelle.

La durée de la protection

Il en est de même pour la durée de la protection. La durée de la protection accordée à l'auteur n'a pas cessé d'augmenter depuis les quatorze années de protection accordées par le *Statute of Ann* anglais de 1709, par la loi américaine d'origine de 1790 (28 ans

¹⁷⁷⁹ Philippe QUEAU, *À qui appartiennent les connaissances ?*, op. cit.

¹⁷⁸⁰ Loi n°2006-961 du 3 août 2006 ; il s'agit de la transposition en droit français de la directive européenne 2001/29/CE, elle-même transposition du traité OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996 (WCT – WIPO Copyright Treaty).

au plus dès la première publication)¹⁷⁸¹ ou par rapport à la loi française du 13 janvier 1791 (5 ans p.m.a.)¹⁷⁸².

En France, la loi du 1^{er} septembre 1793 porte la durée de protection à 10 ans p.m.a.¹⁷⁸³ et le décret-loi du 5 février 1810 à 20 ans p.m.a., mais en faveur des seuls descendants de l'auteur, la veuve bénéficiant d'une protection sa vie durant¹⁷⁸⁴. Par ratification le 5 décembre 1887 de la Convention de Berne, la durée passe à 50 ans p.m.a., puis elle s'étend à 70 ans p.m.a. du fait de la loi du 27 mars 1997, qui transpose la Directive européenne 93/98/CEE du 29 octobre 1993. Les prorogations de guerre – aujourd'hui abrogées par la loi du 27 mars 1997¹⁷⁸⁵ – suspendaient la durée de protection pendant chacun des deux conflits mondiaux¹⁷⁸⁶.

En Suisse, la LDA du 7 décembre 1922 fixe à 30 ans p.m.a. la durée de protection¹⁷⁸⁷ ; elle sera étendue à 50 ans p.m.a. suite à la ratification par la Suisse de la Convention de Berne le 5 septembre 1887, entrée en vigueur le 5 décembre 1887 ; alors que la LDA

¹⁷⁸¹ la loi américaine de 1790, contrairement au Statute of Ann, permettait de renouveler une fois la durée de protection d'origine de 14 ans (Ejan MACKAAY, Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, op. cit., n°1070, p. 295 ; Lawrence LESSIG, *Culture libre*, op. cit., chap. « Loi : durée », p. 96)

¹⁷⁸² Art. 2 Loi du 13 janvier 1791 relative aux théâtres et au droit de représentation et d'exécution des œuvres dramatiques et musicales. Cette durée de 5 ans pma a été confirmée par l'art. 1 de la loi du 19 juillet 1791.

¹⁷⁸³ Art. 2 de la loi du 19 juillet 1793 relative à la propriété littéraire et artistique. Cette durée de 10 ans pma a été confirmée par l'art. 1^{er} du décret-loi du 22 mars 1805.

¹⁷⁸⁴ Art. 39 du Décret-loi du 5 février 1810 relatif à l'imprimerie et la la propriété littéraire.

¹⁷⁸⁵ La Cour de cassation française, par deux arrêts du 27 février 2007, vient préciser que la prolongation de 50 à 70 ans, qui visait à transposer la directive européenne du 29 octobre 1993, s'oppose désormais à leur prise en compte.

Cour de cassation, arrêts n°280 (arrêt « Claude Monet ») et 281 (arrêt « Giovanni Boldini ») du 27 février 2007 ; Société des Auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP) c/ société Éditions Fernand Hazan SA et autres, respectivement société Canal Publicité Promotion SA et autres ; http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/actualite_jurisprudence_21/premiere_chambre_civile_568/arrets_569/br_arret_9940.html, respectivement [...]_9941.html. L'arrêt « Claude Monnet » précise : « la période de 70 ans retenue pour harmoniser la durée de protection des droits d'auteur au sein de la Communauté européenne couvre les prolongations pour fait de guerre accordées par certains États membres ».

¹⁷⁸⁶ En France, de 6 ans et 152 jours pour la première guerre mondiale en faveur des œuvres publiées avant le 1^{er} janvier 1921 et qui ne seraient pas entrées dans le domaine public avant le 3 février 1919, selon art. L. 123-8 CPI ; de 8 ans et 120 jours pour la seconde guerre mondiale en faveur des œuvres publiées avant le 1^{er} janvier 1948 et qui ne seraient pas entrées dans le domaine public avant le 13 août 1941, selon art. L. 123-9 CPI ; s'y ajoutent 30 ans lorsque l'auteur est « mort pour la France », en application de l'actuel art. L. 123-10 CPI. Ces trois prorogations sont cumulatives lorsque les conditions de chacune d'entre elles sont remplies.

¹⁷⁸⁷ Art. 36 LDA du 7 décembre 1922.

de 1984 et celle de 1989 maintiennent la durée de protection à 50 ans p.m.a.¹⁷⁸⁸, la LDA du 9 octobre 1992 l'a portée à 70 ans p.m.a.¹⁷⁸⁹.

Aux États-Unis, la loi américaine d'origine de 1790 fixait la durée de protection à 28 ans au plus dès la première publication¹⁷⁹⁰. En 1831, le Congrès porte la durée maximum de protection à 42 ans¹⁷⁹¹, puis à 56 ans en 1909¹⁷⁹². Lawrence Lessig nous rapporte qu'en 1928, la durée moyenne du *copyright* aux États-Unis était d'environ trente ans, pour le nombre restreint d'œuvres que leur auteur s'était donné la peine de déposer – une minorité en fait, ajoutant : « De 1790 jusqu'à 1978, la durée moyenne du *copyright* n'a jamais été supérieure à trente deux ans »¹⁷⁹³. Puis, avec l'adoption de la Convention de Berne, entrée en vigueur le 1^{er} mars 1989, la protection passe de 56 ans dès l'enregistrement à 50 ans p.m.a. En 1998, le *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* prolonge avec effet rétroactif la protection du droit d'auteur de 20 ans par rapport à la durée alors en vigueur, la portant à 70 ans après la mort de l'auteur lorsque l'auteur est une personne physique, et à 95 ans dès la publication lorsque l'auteur est une personne morale (employeur de l'auteur), voire 120 ans dès la création de l'œuvre, et il serait déjà question d'augmenter encore ces délais¹⁷⁹⁴.

Sur le plan international, la durée minimale de protection imposée aux États signataires de la Convention de Berne du 9 septembre 1886 était de 50 ans p.m.a.¹⁷⁹⁵. Depuis 1993, la durée de 70 ans p.m.a. s'est imposée à la plupart des droits nationaux par le jeu des conventions internationales. Tel est le cas de la Directive européenne du 29 octobre 1993 pour les pays de l'Union.

Le périmètre protégé

Le périmètre de la protection, qui comprend à la fois l'objet protégé et les formes de protection, ne cesse de s'étendre, en raison notamment de la dilution de la notion

¹⁷⁸⁸ Pour les motivations justifiant le maintien des 50 ans pma : en 1984, Message du Conseil fédéral du 29 août 1984 (FF 1984 III 177-343, pp. 199-200) ; en 1989, Message du Conseil fédéral du 19 juin 1989 (FF 1989 III 465-695, p. 482 et pp. 531-532).

¹⁷⁸⁹ Art. 29 al. 2 let. b LDA du 9 octobre 1992 (RS 231.1).

¹⁷⁹⁰ La loi américaine de 1790, contrairement au Statute of Ann, permettait de renouveler une fois la durée de protection d'origine de 14 ans (Ejan MACKAAY, Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, op. cit., n°1070, p. 295).

¹⁷⁹¹ La durée initiale de 14 ans fut alors étendue à 28 ans, ce qui portait la durée maximum de protection à 42 ans (par prolongation unique de 14 ans) (Lawrence LESSIG, *Culture libre*, op. cit., chap. « Loi : durée », p. 57).

¹⁷⁹² C'est alors la durée de la prolongation qui fut portée de 14 à 28 ans (Lawrence LESSIG, *Culture libre*, op. cit., chap. « Loi : durée », p. 57).

¹⁷⁹³ Lawrence LESSIG, *Culture libre*, op. cit., p. 16, chap. « Créateurs ». La durée maximum de protection était de 28 ans dès l'enregistrement, soit 14 années renouvelables une seule fois.

¹⁷⁹⁴ Un tableau émis par l'Université Cornell répertorie les diverses durées de protection du *copyright* applicables au 1^{er} janvier 2012 : voir Peter B. HIRTLE, *Copyright Term in the Public Domain in the United States* [a], 01.01.2012, <http://www.copyright.cornell.edu/resources/docs/copyrightterm.pdf>.

¹⁷⁹⁵ Art. 7 al. 1 Convention de Berne.

d'originalité ; Philippe Aigrain parlera même d'« une véritable frénésie d'extension de l'étendue, de la durée, de l'intensité et des mécanismes de mise en œuvre des droits exclusifs »¹⁷⁹⁶.

Internationalisation du droit d'auteur

Le droit d'auteur n'est pas qu'un ensemble de lois nationales ; celles-ci n'ont une portée bien amoindrie si la protection qu'elles accordent aux auteurs étrangers sur leur territoire n'est pas prolongée par une forme de protection équivalente des œuvres de leurs auteurs nationaux quant à leurs ventes à l'étranger.

À présent, l'internationalisation des droits de propriété intellectuelle permet aux États-Unis d'imposer leur modèle au monde en échange de quelques concessions de façade. La dimension internationale du droit d'auteur ne doit donc pas être négligée, même si elle ne constitue pas le propos principal du présent travail.

Un souci d'harmonisation

Le 2 décembre 1852 la Convention commerciale franco-belge amorce le premier pas vers l'internationalisation du droit d'auteur. Cette convention mettait fin à une pratique de contrefaçon des livres français de la part des éditeurs belges, jouant sur la plus grande permissivité de leur droit national et qui avait rendu évidente la nécessité d'harmoniser les lois sur le droit d'auteur.

Sous la houlette de Victor Hugo et de l'Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI), la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques est adoptée le 9 septembre 1886 ; signée par vingt-quatre États, elle sert encore de cadre juridique à la presque totalité des législations nationales¹⁷⁹⁷. Cette convention introduit sur le plan international la notion de droit moral ; toutefois, afin de s'assurer de l'adhésion des pays de *copyright*, elle limite le périmètre de ce droit à possibilité pour l'auteur de « revendiquer sa paternité et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou toute autre atteinte à son œuvre, préjudiciable à son honneur ou à sa réputation » (art. 6bis)¹⁷⁹⁸.

Une guerre d'influence

Par ailleurs, l'histoire du droit international en matière de droit d'auteur nous fait progressivement passer d'un légitime souci d'harmonisation des règles nationales (Convention de Berne) à une stratégie d'imposition de ses modèles commerciaux et culturels aux autres pays (Conventions OMPI, Accords ACTA et ADPIC).

¹⁷⁹⁶ Philippe AIGRAIN, *Cause commune*, op. cit., p. 99.

¹⁷⁹⁷ Dominique SAGOT-DUVAUROUX, *La Propriété, cest le vol !* [a], op. cit., p. 2.

¹⁷⁹⁸ Florence-Marie PIRIOU, *Légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle* [a], op. cit., p. 125.

Les licences libres

J'ai déjà présenté plus haut la philosophie des logiciels libres et les circonstances qui les a vu naître¹⁷⁹⁹. Il est temps à présent d'aborder d'analyser sous l'angle juridique les aspects fondamentaux de la licence GNU/GPL, qui assure l'exercice des libertés défendues par les communautés du libre et qu'il importe sous cet angle de bien distinguer des licences « code ouvert » (« Open source »)¹⁸⁰⁰.

L'apparition des licences libres, qui gèrent les conditions d'utilisation des logiciels libres, a marqué une autre manière d'envisager le droit d'auteur, opérant une véritable réorientation de celui-ci. La plus radicale de ces licences, la GNU Public Licence (GNU/GPL), réoriente le *copyright* et utilise les privilèges accordés à l'auteur pour à la fois autoriser les tiers à utiliser, étudier, modifier et distribuer ses logiciels, mais à la condition formelle de ne jamais interdire aux autres d'en faire autant par la suite. Le droit d'auteur, par sa logique d'interdits contraire à son propos, lui permet toutefois d'« interdire d'interdire »¹⁸⁰¹. Cette réorientation n'est pas sans poser certaines difficultés juridiques, dont quelques-unes seront évoquées dans les lignes qui suivent, afin d'illustrer l'inadéquation partielle de la loi à ce type de collaboration sous forme d'*apports successifs et non concertés* et de montrer la nécessité de *donner droit* à l'action cohérente et soutenue de millions de contributeurs dans le monde.

Reconnaissance judiciaire de la GNU/GPL

La GNU/GPL a vu sa validité juridique reconnue alors que ses contradicteurs affirmaient que le modèle libre était contraire aux lois sur le droit d'auteur en vigueur dans les Communautés européennes.

Le 12 avril 2006, dans la cause opposant Harald Welte¹⁸⁰² à la société Fortinet pour violation des clauses de la GNU/GPL, la Cour de justice de Munich confirmait sa décision provisoire du 14 avril 2005 et reconnaissait sur le fond la validité juridique de cette licence libre, condamnant Fortinet pour avoir utilisé le noyau du système d'exploitation Linux – sous GNU/GPL – dans son système d'exploitation dérivé FortiOS sans fournir le code source du programme ni indiquer qu'il était régi à son tour par la GNU/GPL. Il s'agit de la première décision entrée en force traitant de la validité de la GNU/GPL. D'autres causes ont suivi, qui toutes ont reconnu la validité du mécanisme central de la licence GNU/GPL, alors que certains de ses détracteurs se demandaient si le seul fait pour l'auteur de mettre son logiciel à disposition des tiers n'emportait pas l'abandon pur et simple de ses droits d'auteur sur son œuvre et ne

¹⁷⁹⁹ Voir ci-dessus, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « Les logiciels libres et l'économie du partage », pp. 244 ss.

¹⁸⁰⁰ L'Open Source privilégie l'accès au code source, mais non les libertés défendues par les licences libres. Il peut servir à sa manière la logique du modèle « privé » : avoir accès au code source n'implique pas en soi le droit de le modifier ou de le distribuer librement.

¹⁸⁰¹ Voir ci-dessus, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « Les logiciels libres et l'économie du partage », pp. 244 ss.

¹⁸⁰² Harald Welte est le fondateur du projet gpl-violations.org.

l'empêchait pas dès lors en cas de violation des conditions assorties de faire valoir ses droits en justice et d'obtenir leur respect.

De plus, l'utilisateur d'un code sous GNU/GPL qui invoquerait l'invalidité de la licence se placerait de lui-même en situation de contrefacteur, ne pouvant plus justifier son utilisation ou sa distribution d'une œuvre créée par un tiers, l'autorisation de ce dernier ne pouvant pas être présumée¹⁸⁰³.

Interprétation juridique du mécanisme central de la GNU/GPL

La récente reconnaissance judiciaire de la GNU/GPL par les juges munichois n'allait pas de soi. On peut en effet raisonnablement voir dans le principe de la licence libre un abandon au moins partiel de ses droits par l'auteur initial au profit de la communauté des utilisateurs :

« [...] la licence dite libre est censée être transmise avec le contenu. Très concrètement, cela veut dire que l'œuvre peut être indéfiniment "disséminée", sans que l'auteur ne puisse plus alors détenir un contrôle quelconque sur la diffusion de son œuvre, puisque le contrat n'est plus lié à un rapport avec l'auteur, mais à un rapport avec les copies de l'œuvre. [...] les licences Creative Commons devraient être présentées comme une renonciation des droits par l'auteur sans possibilité de retour. Il ne s'agit donc ni plus ni moins que d'une sorte de "domaine public contractuel", et ce pour toute la durée de protection de l'œuvre. »¹⁸⁰⁴

Mais s'il est vrai qu'une fois l'œuvre divulguée il n'est pas possible à l'auteur initial d'en contrôler la diffusion, notamment en raison du principe de non-discrimination des utilisateurs, il n'en demeure pas moins qu'il conserve le droit de retirer unilatéralement à un utilisateur les droits qui lui ont été conférés lorsque les circonstances le mettent en présence d'un cas de violation des conditions de la licence sur un code qu'il soupçonne fortement d'être le sien : c'est précisément ce qui change tout et dont les tenants de l'abandon partiel des droits ne tiennent pas assez compte. De fait, il y a bien rapport entre les Licenciés et l'auteur initial, quoique indirect – à l'instar de ce qui se passe dans la sous-traitance – chaque utilisateur endossant l'obligation de transmettre à son tour aux personnes à qui il distribue le logiciel la copie de la licence et le devoir d'en suivre les directives.

Cession ou concession des droits ?

Ainsi qu'il vient d'être dit, la GNU/GPL emporte autorisation d'utiliser (soit exécuter, copier, diffuser, étudier, modifier) le logiciel, mais non pas, à strictement parler, cession – même partielle – des droits de l'auteur initial, nonobstant l'octroi de droits étendus aux utilisateurs.

¹⁸⁰³ Yann DIETRICH, *Logiciels opensource : une réalité juridique au sein des entreprises* [a], in *RDLI* 2005/4, n°119, p. 28.

¹⁸⁰⁴ Philippe AMBLARD, *Le droit d'auteur au service d'un partage maîtrisé des contenus en ligne* [a], in *Bulletin des Bibliothèques de France* (BBF) 2006, n°5, pp. 44-48, p. 47.

Trois arguments plaident en faveur d'une absence de cession :

- un argument de principe : l'auteur initial, par l'apposition de son nom au début du code source et par l'interdiction faite aux Licenciés de supprimer cette indication, exerce clairement son droit à revendiquer la paternité de son œuvre. Nous retrouvons l'idée de base, citée plus haut, selon laquelle loin de s'opposer au droit d'auteur, le modèle libre s'appuie sur lui : l'auteur cède d'autant moins ses droits qu'il entend « pouvoir *contrôler* l'utilisation du logiciel afin d'empêcher quiconque d'entraver sa libre évolution. »¹⁸⁰⁵
- un argument logique : en vertu du principe d'interprétation restrictive des droits concédés, la cession ne se présume pas. Il semble pour cela difficile de voir dans l'autorisation générale conférée par le donneur de licence une sorte d'abandon partiel de ses droits, ce dernier renonçant à son droit de s'opposer à la copie et à la distribution du programme à la condition que les autres termes de la licence soient respectés.
- un argument terminologique enfin : la GNU/GPL comme l'EUCL en son article 2, parlent de *concession* de droits et non pas de *cession*, notions très différentes l'une de l'autre à en croire la doctrine française. Alors que la *cession* est « comparable aux contrats translatifs de droits réels », dans la *concession*, le concessionnaire n'est investi que d'un « droit personnel analogue à celui d'une location ou d'un preneur »¹⁸⁰⁶. Cette distinction doctrinale ne semble toutefois pas fondée sur le Code français de la propriété intellectuelle (CPI)¹⁸⁰⁷. Le droit suisse, lui, ne parle pas de *concession* mais plutôt d'*autorisation*¹⁸⁰⁸, la concession portant exclusivement sur un bien ou une activité appartenant à l'État¹⁸⁰⁹. À cette différence terminologique près, les deux modes de transfert de droits que sont la *cession* et l'*autorisation d'utilisation* sont clairement distincts en droit suisse : « Lorsqu'on s'est borné à accorder des autorisations d'utilisation et que l'auteur conserve son droit d'auteur, il y a licence. Il y a en revanche cession lorsqu'on a transféré un ou plusieurs droits exclusifs que l'acquéreur peut opposer à tous, y compris à l'auteur »¹⁸¹⁰. Cette distinction se retrouve dans la loi : le champ des *autorisations* qui peuvent être octroyées par l'auteur d'un logiciel est ainsi précisé à l'article 17 de l'Ordonnance sur le droit d'auteur et les droits voisins

¹⁸⁰⁵ Mélanie CLEMENT-FONTAINE, *Bref propos relatif à la valeur juridique de la GPL* [a], in Multitudes, n°5 (16 mai 2001), *Propriété intellectuelle, logiciels libres, des subjectivités de l'Internet* ; <http://fsffrance.org/gpl/multitudes-gpl.fr.html>.

¹⁸⁰⁶ Henri DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, Paris 1978 [xxx], n°426.

¹⁸⁰⁷ Benjamin MAY, *Contrats informatiques : gare au charivari des licences de logiciel* [a], 29.07.2005, <http://www.economag.com/2005/07/29/contrats-informatiques-gare-au-charivari-des-licences-de-logiciel>, consulté le 27.09.2006

¹⁸⁰⁸ Dans l'expression « utilisation autorisée », Denis BARRELET, Willi EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur*, op. cit., p. 79, n°13 ad art. 12 LDA ; p. 97, n°10 ad art. 16 LDA.

¹⁸⁰⁹ *Ibid.*, p. 205, n°4 ad art. 41 LDA.

¹⁸¹⁰ *Ibid.*, p. 94, n°2 ad art. 16 LDA ; p. 54, n°6 ad art. 10 LDA.

(ODAu – RS 231.11)¹⁸¹¹, alors que la question de la *cession* des droits d'auteur est traitée essentiellement à l'article 16 LDA.

Or le terme d'*autorisation* est synonyme de *licence*, précisément. Un contrat de *licence*, s'il respecte dans son contenu le programme donné par son titre, ne peut emporter de cession de droits. Il est vrai que la GNU/GPL, d'inspiration anglo-saxonne, en adoptant l'expression « *give the rights* »¹⁸¹², n'établit semble-t-il pas clairement cette distinction entre cession et autorisation d'utilisation. Cela peut expliquer la confusion opérée par certains juristes de droit civil à son propos.

Pour revenir aux principes mêmes du droit d'auteur, on notera avec intérêt que lorsque les auteurs peuvent librement exprimer leurs vues sur la gestion qu'ils désirent exercer sur leur œuvre, ils ne choisissent pas la voie de la cession, mais bien de l'autorisation, voire de la concession. C'est pourquoi un droit d'auteur respectueux des auteurs doit impérativement leur assurer la titularité de leurs œuvres de manière pérenne.

Une œuvre collective ?

Le modèle libre, par la mise en place d'une collaboration sous forme d'apports successifs et non concertés, pourrait donner à croire qu'il s'agit à l'évidence d'une œuvre collective. Les choses ne sont pas si simples, et le droit d'auteur actuel montre par là qu'il est mal outillé pour prendre en compte les intérêts collectifs. Les licences libres sont en effet confrontées à la délicate gestion des droits de propriété intellectuelle sur les œuvres collectives. La question principale qui se pose à ce titre est de savoir si la mutualisation des apports d'auteurs successifs proposée par la GNU/GPL est compatible avec la LDA.

Il faut tout d'abord admettre que l'Internet et, de manière plus générale, les TIC favorisent comme jamais la création d'œuvres collectives par contributions successives non concertées à la même œuvre¹⁸¹³. De leur côté, les lois sur le droit d'auteur et l'approche classique qu'elles défendent ne consacrent toujours pas au type le plus prometteur de travail collaboratif un statut à part entière, bénéficiant de règles élaborées et adéquates. Ainsi en va-t-il du moins du droit français ou du droit canadien, qui ont une approche assez différente du droit suisse.

Il est intéressant de comparer la situation en Suisse, où la situation est plus simple, avec celle de la France. Le droit suisse, à travers l'article 7 al. 1 LDA (« Qualité de coauteur »), attribue depuis la loi de 1992 un droit d'auteur en commun dès que « plusieurs personnes ont concouru en qualité d'auteurs », autrement dit dès qu'il y a

¹⁸¹¹ L'art. 17 ODAu est une adaptation aux logiciels des cas généraux d'utilisation décrits aux art. 10 et 11 LDA (« Utilisation de l'œuvre » et « Intégrité de l'œuvre »).

¹⁸¹² Licence GNU/GPL, version 2, Préambule, 4^{ème} §.

¹⁸¹³ Il ne s'agit pas seulement de codes, mais aussi de textes ; on songe par exemple aux articles de l'encyclopédie libre Wikipedia.

eu « création en commun »¹⁸¹⁴, sans distinguer, comme le fait le droit français, les œuvres créées à plusieurs de concert (œuvre de collaboration¹⁸¹⁵), les œuvres incorporant une œuvre préexistante reprise sans modifications (œuvre composite¹⁸¹⁶) et les œuvres créées par plusieurs auteurs dont les contributions sont coordonnées par l'auteur initial (œuvre collective¹⁸¹⁷). Les conditions complexes établies par le droit français entravent l'application de ces règles spécifiques dans le cadre du modèle libre, là où il suffit d'avoir concouru à la création d'une œuvre dans le cadre d'une « collaboration créatrice » pour être coauteur au sens de l'article 7 al. 1 LDA¹⁸¹⁸, l'impossibilité de disjoindre les apports de chaque contributeur n'étant plus un critère retenu par la loi¹⁸¹⁹. En d'autres termes, si les logiciels libres sont reconnus comme œuvres collectives en Suisse, cela est dû à la simplicité de la définition donnée par le législateur et non à la prise en compte d'intérêts touchant la société civile tout entière. Alors que, dans les très nombreux cas où les développements libres ne peuvent pas être qualifiés d'« œuvre collective dérivée »¹⁸²⁰, le système français exclut les développements effectués par les communautés du monde « libre » et investissent d'office l'auteur de l'œuvre originaire des droits d'auteur sur les apports des contributeurs, le droit suisse, par la simplicité de son système, reconnaît à ces développements le caractère d'œuvre commune. Mais il en est ainsi grâce à la simplicité de la définition donnée par le législateur et non à la volonté de permettre aux intérêts touchant la société civile tout entière de s'exprimer.

¹⁸¹⁴ François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., pp. 240 et s.

¹⁸¹⁵ L'« œuvre de collaboration » est le résultat d'un travail commun antérieur à la première divulgation, dont les coauteurs ont agi de façon concertée dans la poursuite d'un objectif commun ou dont il est impossible de distinguer les apports de chacun.

¹⁸¹⁶ L'« œuvre composite » (art. L. 113-2 al. 2 CPI) est une « œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière », autrement dit une œuvre qui intègre telles quelles une ou plusieurs autres œuvres en son sein. Ainsi en est-il d'un programme d'ordinateur incorporant un correcteur d'orthographe (François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 240, note 813).

¹⁸¹⁷ L'« œuvre collective » (art. L113-2 CPI) suppose en droit français la réalisation de deux conditions cumulatives : l'existence d'un coordonnateur ayant eu l'initiative de l'œuvre, ainsi que l'impossibilité d'attribuer à chacun des auteurs des droits distincts sur l'ensemble. Le coordonnateur est alors seul investi des droits sur l'ensemble, aux dépens des autres collaborateurs. Il n'est pas certain que l'œuvre collective au sens du droit français corresponde à une application développée sous CeCILL : soit qu'il soit possible, en application de l'art. 5 al. 2 CeCILL, d'identifier les apports respectifs des différents contributeurs, soit que l'existence d'un coordinateur soit niée, l'auteur initial ne donnant pas d'instructions de travail aux contributeurs (Mélanie CLEMENT-FONTAINE, *La Licence publique générale GNU (logiciel libre)*, op. cit., n°20 ; *contra* : Jean-Baptiste SOUFRON, *La Licence Publique Générale*, op. cit., pp. 9-10). On peut toutefois admettre que l'auteur initial qui gère les évolutions de son œuvre par le biais de versions de référence joue un rôle de coordinateur.

¹⁸¹⁸ Denis BARRELET, Willi EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur*, op. cit., p. 35 n°4 ad art. 7 LDA.

¹⁸¹⁹ Ce critère se trouve toujours exigé par la loi canadienne sur le droit d'auteur pour pouvoir reconnaître à une œuvre le statut « d'œuvre collective » (au sens canadien du terme), et la soumettre à ce titre aux règles de la copropriété indivise (Pierre-Paul LEMYRE, Richard WILLEMANT, *Problématiques juridiques des logiciels libres et ouverts* [r], op. cit., p.48, § 133 s).

¹⁸²⁰ Jean-Baptiste SOUFRON, *La Licence Publique Générale*, op. cit., p. 10.

Mais l'interprétation des développements de logiciels libres en tant qu'œuvres dérivées ne va pas de soi non plus. Elle prêterait flanc à la critique en droit suisse par exemple. Afin de distinguer les créations communes des œuvres dérivées, la doctrine suisse a en effet assigné à la notion d'œuvre collective des conditions qui ne sont pas requises par la lettre de la loi et qui, appliquées au monde du logiciel, pourraient donner à croire que l'article 7 LDA ne s'applique pas aux codes développés sous GNU/GPL. Rappelons que l'œuvre dérivée au sens de l'art. 3 LDA consiste en une œuvre à part entière « conçue à partir d'une ou de plusieurs œuvres préexistantes », souvent par transposition d'un mode d'expression à l'autre. Les critères mentionnés par la doctrine pour la distinguer de l'œuvre collective originale sont essentiellement au nombre de deux. Le premier est temporel : l'œuvre commune serait créée durant une *période circonscrite*, antérieure aux œuvres dérivées qui pourraient en être tirées¹⁸²¹. Alors que l'antériorité, qui va de soi, est évoquée par la loi, le développement d'un logiciel par apports successifs et non concertés tel que le favorise le modèle libre n'est pas pour autant circonscrit dans le temps. Le second porte sur le degré d'aboutissement de l'œuvre de référence : ainsi n'y aurait-il pas de création commune lorsqu'on transforme une œuvre terminée ou que l'on termine une œuvre laissée en plan par son auteur, mais production d'une œuvre dérivée¹⁸²². Si ces considérations peuvent s'entendre concernant l'écriture, par un autre auteur, de la suite d'une œuvre littéraire, il n'est pas certain que ce critère soit pertinent dans le domaine logiciel : l'auteur initial d'un logiciel libre met bien à disposition de la communauté une « œuvre terminée », si l'on entend par là « capable de fonctionner », sans qu'il soit raisonnable d'assimiler les apports des contributeurs à des œuvres dérivées, l'œuvre initiale pouvant être non seulement *amplifiée* mais aussi *modifiée* par leurs travaux. La même réflexion pouvait déjà s'appliquer aux « cadavres exquis »¹⁸²³, et il en va de même à chaque fois que le caractère *terminé* d'une œuvre perd de son sens¹⁸²⁴. Il est pour ces raisons impératif de s'en tenir aux deux caractéristiques essentielles de l'œuvre dérivée : d'une part, *inspirée* par une œuvre de référence, elle en conserve la plupart des particularités

¹⁸²¹ « C'est le travail créateur commun sur une œuvre commune et unique *durant une période convenue* qui est déterminant » (Denis BARRELET, Willi EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur*, op. cit., p. 36 n°4 ad art. 7 LDA, se référant à Roland VON BÜREN, David LUCAS, *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, vol. II/1, *Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1995, p. 137).

¹⁸²² Denis BARRELET, Willi EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur*, op. cit., p. 36 n°5 ad art. 7 LDA, citant Manfred REHBINDER, *Schweizerisches Urheberrecht*, Staempfli, 3^{ème} édition, Berne 2000, p. 124).

¹⁸²³ Le jeu fut inventé par les surréalistes en 1925. Il consiste à composer des phrases à partir de mots que chacun écrit tour à tour en ignorant la contribution des auteurs précédents. La première phrase obtenue par ce procédé, qui lui donna son nom, fut : « Le cadavre exquis boira le vin nouveau ». Des œuvres stupéfiantes ou parfois pleines d'humour peuvent également être obtenues en dessin selon ce principe.

¹⁸²⁴ Une distinction doit être opérée entre l'œuvre *terminée*, dont l'auteur a décidé qu'elle ne ferait plus de sa part l'objet d'un coup de pinceau, d'une note musicale, d'une phrase supplémentaires, décision qui lui appartient souverainement, et l'œuvre *achevée*. L'achèvement d'une œuvre reste une notion imprécise, remise en question par l'art contemporain ; à noter que le caractère non terminé d'une création ne lui enlève en rien sa qualification d'œuvre au sens de la LDA (Kamen TROLLER, *Précis du droit suisse des œuvres immatérielles*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2001, p. 232, § 40, 2^{ème} paragraphe).

structurantes – l'art. 3 al. 1 LDA précise que l'œuvre préexistante doit demeurer « reconnaissable dans son caractère individuel »¹⁸²⁵ ; d'autre part, elle constitue une œuvre à part entière, vu l'effort de création requis¹⁸²⁶. Cette distinction entre modèle et œuvre dérivée implique que le modèle doit rester clairement individualisable. L'œuvre commune, au contraire, reste cohérente après l'adjonction opérée par le contributeur, et forme une unité structurelle avec les contributions qui lui sont apportées : s'avère déterminant le fait que « les divers apports soient produits en vue de créer *une* œuvre collective, tous les auteurs subordonnant leur création à ce but commun »¹⁸²⁷. C'est très exactement ce qui se passe dans le cadre d'une collaboration propre au modèle libre. On retirera de tout ceci que la qualification d'œuvre dérivée, qui aurait pu, en France, permettre d'appréhender les logiciels libres sous un régime particulier, ne semble pas pertinente, les définitions suisse et françaises se ressemblant beaucoup.

L'approche du droit suisse favorise donc la reconnaissance du modèle défendu par les licences libres : en droit suisse, un logiciel développé par un auteur initial et amélioré par des Contributeurs constitue sans hésitation possible une œuvre commune au sens de l'art. 7 al. 1 LDA ; il est dès lors propriété commune de tous ceux qui l'ont développé¹⁸²⁸, à cette précision près que la distribution sous licence libre reste imposée aux contributeurs : ils doivent en accepter les termes avant de pouvoir modifier l'œuvre du premier auteur et des contributeurs qui les précèdent. L'EURL, en son article 6, présente de manière remarquablement synthétique la problématique liée à la « chaîne d'auteurs » qui, à travers la Licence, accordent de manière fédérée leurs droits d'auteur respectifs à tout futur Licencié¹⁸²⁹. Encore faut-il prévoir une disposition établissant clairement la volonté des contributeurs de voir l'auteur initial les représenter (art. 32 CO), en vertu de la possibilité qui leur est offerte de s'entendre contractuellement dans ce sens (art. 7 al. 2 LDA). Faute de le faire, les règles supplétives permettent à chaque coauteur de représenter la communauté pour ce qui concerne l'exercice des droits d'utilisation¹⁸³⁰. L'instauration de cette représentation permettrait également d'asseoir le mécanisme global de la GNU/GPL en resserrant par ce rapport ascendant les liens descendants existant entre l'auteur initial et les utilisateurs. L'octroi des pouvoirs des représentés en faveur du représentant est en outre un acte unilatéral qui n'est pas sujet au respect d'une forme spéciale et qui peut

¹⁸²⁵ Dans la mise en musique d'un poème, le lien entre les deux œuvres fait défaut, ou du moins reste trop subjectif pour permettre de parler d'une œuvre dérivée au sens de l'art. 3 LDA (*contra* : Denis BARRELET, Willi EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur*, op. cit., p. 24 n°7 ad art. 3 LDA).

¹⁸²⁶ Par exemple : rédaction de la suite d'une œuvre littéraire ou cinématographique, transcription d'une œuvre littéraire en scénario, transposition d'un mode d'expression à l'autre.

¹⁸²⁷ FF 1989 III 512 ; c'est moi qui souligne.

¹⁸²⁸ Cette propriété en main commune ne constitue pas une société simple, mais une propriété *sui generis* (ATF 121 III 120 ; Denis BARRELET, Willi EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur*, op. cit., p. 35 n°2 ad art. 7 LDA).

¹⁸²⁹ « Chaque fois que Vous, comme Licencié, recevez l'Œuvre, le Donneur de licence original et les Contributeurs successifs Vous concèdent une Licence sur toutes leurs contributions à l'Œuvre selon les termes de la présente Licence. » (art. 6 al. 3 EURL)

¹⁸³⁰ Denis BARRELET, Willi EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur*, op. cit., p. 38 n°8 ad art. 7 LDA.

par conséquent se faire par acte concluant, bien que la règle soit parfois contestée¹⁸³¹ ; il permettrait surtout d'asseoir la titularité des droits de l'auteur initial à poursuivre en justice les tiers qui ne respecteraient pas la licence GNU/GPL . Reste le problème délicat de la désignation de l'auteur initial en cas de mélange de deux codes : chacun, par définition, aura été développé par un auteur initial différent.

Nécessité d'un régime légal approprié

J'ai montré à quel point plusieurs dangers fort préoccupants viennent assombrir l'avenir des logiciels libres¹⁸³². Il suffisent à nous prouver qu'il n'est plus possible de nous contenter de simples aménagements, aussi ingénieux soient-ils, d'un système qui s'oppose toujours plus frontalement à l'exercice de notre liberté fondamentale d'échanger nos créations et de nous inspirer des œuvres de nos prédécesseurs.

Mélanie Clément-Fontaine propose dans son ouvrage *L'Œuvre libre*¹⁸³³ de créer un statut légal en faveur de ces œuvres assez particulières, le droit actuel n'étant pas développé pour les accueillir avec une sécurité juridique suffisante. Un statut particulier aux œuvres libres permettrait de rendre plus transparents aux yeux des tiers les choix des « auteurs initiaux » lorsqu'ils décident de mettre leur œuvre à disposition de la société civile – pas seulement dans le domaine logiciel – et rendrait sa défense plus aisée, en dépit des contournements techniques de toutes sortes développés par les tenants du modèle privatif – que Richard Stallman nomme « privateur de libertés ». Cela éviterait par ailleurs la prolifération des différentes licences libres qui complique parfois à outrance la compatibilité juridique des œuvres susceptibles de mélange. Il convient toutefois de compléter de telles propositions. La présente contribution, en particulier sa partie consacrée à la recherche de nouveaux équilibres juridiques¹⁸³⁴, va dans ce sens et entend porter le débat d'une refondation du droit d'auteur afin que les privilèges accordés dans l'esprit des Lumières ne s'opposent plus à cet idéal de partage respectueux de l'apport des auteurs. Il s'agit d'éviter de cristalliser une opposition entre partisans du modèle privatif et tenants du modèle libre qui ne peut se poursuivre très longtemps dans une société civile désireuse de survivre à elle-même.

Croire que le législateur puisse se mettre au service de la société civile et cesser ses complaisances parfois choquantes envers les majorats et l'industrie en général, c'est certes faire là preuve d'un optimisme que ne partagerait pas Richard Stallman, corédacteur avec Eben Moglen de la version initiale de la GNU/GPL : sa méfiance envers les Autorités de son pays est de notoriété publique, et n'est pas toujours infondée. Ses réticences sont partagées par Dan Gillmore¹⁸³⁵, spécialiste incontesté des

¹⁸³¹ Pierre TERCIER, *Les Contrats spéciaux*, op. cit., p. 87, n°381.

¹⁸³² Voir ci-dessus, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « Les logiciels libres et l'économie du partage – Autres menaces pesant sur les logiciels libres », pp. 254 ss.

¹⁸³³ Mélanie CLEMENT-FONTAINE, *L'Œuvre libre*, op. cit.

¹⁸³⁴ Voir ci-dessous, partie 07 (« Recherche de nouveaux équilibres juridiques »), pp. 819 ss.

¹⁸³⁵ Dan GILLMOR, *We The Media – Grassroots Journalism By the People, For the People*, O'Reilly Media, Sebastopol (USA) 2008.

« médias citoyens ». S'interrogeant sur les conséquences de ce nouveau moyen d'information, il étudie plusieurs scénarios, pour retenir celui d'une redoutable alliance entre l'industrie du divertissement, le « cartel du *copyright* », et les gouvernements¹⁸³⁶.

La manière pour le moins cavalière et fort irresponsable avec laquelle, en France, le Ministère de la culture – appuyé par la SACEM¹⁸³⁷ et par Vivendi¹⁸³⁸ – et le Parlement ont récemment adopté le DADVSI et la loi « Hadopi »¹⁸³⁹ sur un lit de mensonges et d'incompétences, ne fait que le confirmer. L'incompétence des députés français a du reste été admise par plusieurs d'entre eux, en particulier par Richard Cazenave à propos de ses collègues¹⁸⁴⁰. Laurent Wauquiez, député UMP et porteur de la partie civile de l'amendement Vivendi, ira même jusqu'à avouer sa propre incompétence, en sus de celle de la plupart de ses collègues, ce qui ne l'a par ailleurs absolument pas empêché de voter le texte à deux mains : « Nous devons reconnaître honnêtement les limites de nos compétences techniques – certains d'entre nous en ont apporté la preuve, moi le premier hier soir, – sur des sujets extrêmement techniques comme le MP4 ou les fichiers MP3 »¹⁸⁴¹. Le plus grave est que ces sujets n'ont rien de compliqué par rapport à d'autres aspects de l'informatique, et que les explications données sous la Coupole étaient simples, surtout pour un ancien major de l'ENA...¹⁸⁴² En regard, la qualité de rédaction de la licence libre rédigée sous l'égide de l'Union européenne, l'EURL, dont il faut bien admettre qu'elle est supérieure à celle de la licence GNU/GPL, permet de ne pas désespérer.

¹⁸³⁶ « Dans ce scénario, nous pourrions être témoins d'une alliance redoutable entre l'industrie du divertissement - ce que j'appelle « le cartel du *copyright* » – et le gouvernement. Les gouvernements sont très mal à l'aise face à la libre circulation de l'information, et ne la permettent que dans une certaine mesure. Les réformes législatives restrictives et les mesures techniques pour empêcher la violation de droit d'auteur pourraient mener un jour à devoir demander la permission pour publier, ou alors à ce que publier hors des sentiers battus semble trop risqué. » (Guillaume CHAMPEAU, *DADVSI : qui arrêtera Renaud Donnedieu de Vabres ?*, op. cit.).

¹⁸³⁷ Philippe AIGRAIN, *La SACEM vend la mèche sur un point et trompe son monde sur deux autres* [a], 18.06.2008, <http://paigrain.debatpublic.net/?p=156>.

¹⁸³⁸ Philippe AIGRAIN, *Préparation de la décision politique* [a], op. cit.

¹⁸³⁹ Philippe AIGRAIN et al., *La Bataille Hadopi*, op. cit.

¹⁸⁴⁰ « Les débats sur le DADVSI ayant mis en lumière les lacunes des parlementaires dans le domaine du logiciel... », discours prononcé à l'occasion des Rencontres Mondiales du Logiciel Libre 2006, le 6 juillet 2006 à Nancy ; <http://www.richardcazenave.com/?2006/07/08/173-rencontres-mondiales-du-logiciel-libre-2006>, consulté le 09.06.2009.

¹⁸⁴¹ Aveu fait à l'occasion de l'examen du texte de la loi DADVSI, séance du mercredi 15 mars 2006, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/cr/2005-2006/20060171.asp> ; passage mis en exergue par le site eucd.info, <http://eucd.info/index.php?2006/05/12/303-dadvisi-le-pire-du-pire-adopte-au-senat>, dernière consultation le 11.06.2009.

¹⁸⁴² Laurent Wauquiez est le major de la promotion Mandela (2001), WIKIPEDIA, L'ENCYCLOPEDIE LIBRE, *Laurent Wauquiez* [a], op. cit.

Conclusion intermédiaire

Quatre fronts en présence

L'histoire du droit d'auteur est une histoire de tensions et de mouvements de balancier. On y relève quatre fronts principaux :

- entre les intérêts des auteurs et ceux des investisseurs et des intermédiaires, tels que les éditeurs, les majorats des loisirs, les diffuseurs et les libraires ;
- entre les intérêts des auteurs et de leurs représentants, à savoir les entreprises de diffusion et de financement, et l'intérêt public, à travers notamment la durée de la protection et la protection du domaine public¹⁸⁴³ ;
- en raison de la mondialisation et de la dérégulation du marché, entre le droit d'auteur et le *copyright* ;
- quant au fondement du droit d'auteur, entre monopole, propriété et droit de la personne, monopole et propriété étant parfois opposés, parfois associés sous la forme d'un monopole fondé sur la propriété.

La lecture des événements qui jalonnent cette histoire est riche d'enseignements.

Une revendication naturelle

Le premier élément qui frappe celui qui étudie l'histoire du droit d'auteur est l'origine pour ainsi dire « naturelle », ou plutôt évidente de la notion elle-même et sa revendication dès l'antiquité pour bon nombre de ses aspects fondamentaux, si bien que sa traduction en droits positifs, bien que tardive, ne semble avoir étonné personne. C'est du reste la leçon principale que tire Marie-Claude Dock de cette histoire¹⁸⁴⁴. La chronologie des revendications qui ont été formulées au cours de l'Histoire à propos des œuvres étonne tout autant. La reconnaissance de la paternité s'affirme en premier, suivie accessoirement par la responsabilité de l'auteur envers ses productions, avant que n'apparaissent les revendications d'ordre strictement pécuniaire ; la loi prendra en considération ces aspects dans l'ordre inverse, sans doute en raison du fait que l'accession de ce droit à la positivité intervenait à un moment où les auteurs, s'affranchissant de leurs mécènes traditionnels, s'inquiétaient particulièrement de leurs moyens de subsistance, jointe à la difficulté à formuler les prérogatives morales des auteurs. La revendication par les pères de ce droit, tels que Pierre-Augustin Caron de Beaumarchais, concernant la paternité de leurs œuvres n'en est pas moins forte. La justification sociale du droit reconnu à l'auteur s'inscrit donc en conformité avec l'approche personnaliste, qui reste à ce jour la seule justification à même de rendre compte de l'étendue des privilèges accordés, pour peu que l'on admette que la notion de propriété n'a pour les Lumières pas le sens économique que les capitalistes lui

¹⁸⁴³ TEMPS REELS, *Les droits du travailleur intellectuel. Retour à Jean Zay ?* [a], entretien avec Anne Latournerie, <http://www.temps-reels.net/article645.html>.

¹⁸⁴⁴ Marie-Claude DOCK, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire* [a], op. cit., p. 205.

donnent, mais contribue à leur vision politique de l'auteur indépendant et libre penseur face au pouvoir des censures institutionnelles. C'est la raison pour laquelle il semble de prime abord déraisonnable de considérer cette théorie comme obsolète¹⁸⁴⁵. D'autres motifs, d'ordre éthique, comme nous le verrons par la suite, vont dans le même sens.

De nombreuses confusions

Le deuxième élément concerne la fréquence des confusions opérées entre droits subjectifs et droits positifs – autrement dit entre les revendications des assujettis et les normes applicables, ignorant le processus « d'accession à la positivité »¹⁸⁴⁶ et suggérant que la loi serait toujours en phase par rapport à la société qu'elle régleme. Cette confusion se double d'une seconde : celle existant entre droits positifs à disposition de l'auteur et droits spécifiques, autrement dit les droits d'auteur à proprement parler. Il semble ainsi erroné d'affirmer que les auteurs d'avant la Révolution française n'étaient pas titulaires de droits positifs, dans la mesure où ils bénéficiaient par exemple des droits propres à tout propriétaire mobilier sur leur exemplaire original. Ce dont les auteurs étaient privés, c'est de droits spécifiques de nature immatérielle, propres à l'activité créatrice qui était la leur. Encore faut-il tempérer cette remarque, si l'on songe que dans la Rome antique le droit de tirer copie et de vendre un texte appartenait au propriétaire du manuscrit original, et à personne d'autre. Ces confusions sont particulièrement troublantes lorsqu'on s'interroge sur l'émergence du droit d'auteur. Elles ne contribuent assurément pas à la clarté des débats. Lorsque Michel Thiollière affirme dans son rapport au Sénat français rendu dans le cadre de l'adoption du DADVSI que « L'idée que les auteurs détenaient un droit sur leurs œuvres est certes apparue dès le XVI^e siècle », il se réfère assurément aux revendications subjectives des auteurs de l'époque et non à un droit positif reconnu en leur faveur, d'autant qu'il nous rappelle quelques lignes plus loin qu'en 1660 encore, Guillaume de Luynes, éditeur, obtint pour cinq années le droit d'« imprimer, vendre et débiter » les *Précieuses ridicules* contre l'avis même de Molière¹⁸⁴⁷. Mais dès lors qu'il s'agit de droits subjectifs, pourquoi s'en tenir au XVI^e siècle et ne pas admettre que cette revendication remonte à l'Antiquité ? Ainsi, même un document pourtant hautement officiel comme celui-ci se trouve-t-il entaché d'approximations importantes.

Polysémie de la propriété

Le troisième point à souligner tient aux conséquences extrêmement lourdes que les inexactitudes terminologiques – je pense avant tout à la notion même de *propriété* appliquée à un domaine immatériel –, les ambiguïtés syntaxiques et l'absence

¹⁸⁴⁵ Contra : François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., n° 16, p. 10.

¹⁸⁴⁶ André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, vol. 1, op. cit., cité par Michel MIAILLE, *La Critique du droit*, op. cit., p. 80, note 17.

¹⁸⁴⁷ Michel THIOLLIÈRE, *Rapport du 12.04.2006 au Sénat français relatif au DADVSI* [r], op. cit., chap. I, 3 (« Âge des Lumières : émergence d'un droit des auteurs sur leur œuvre »), p. 19, note 3.

d'analyse critique des variations de sens qu'un terme peut subir dans le temps n'ont cessé d'entraîner dans ce débat et dans les droits reconnus à l'auteur. Cette confusion s'ajoute à celle fréquemment opérée entre les idéaux des Lumières, qui ont donné lieu au droit d'auteur, et les principes défendus par le *copyright* – plus exactement, comme nous l'avons vu plus haut¹⁸⁴⁸, par le capitalisme anglais dont John Locke fut l'un des premiers théoriciens. Pour ne prendre qu'un exemple vu précédemment, ce serait commettre une lourde erreur que de prêter le même sens au terme de *propriété* sous la plume d'un Denis Diderot et sous celle d'un John Locke, tout simplement parce que Denis Diderot, contrairement au philosophe anglais, ne vivait pas dans une société capitaliste. C'est ainsi que beaucoup de citations d'autorités des siècles passés sont utilisées fallacieusement par les tenants d'un durcissement du droit d'auteur actuel, dans la mesure où ils supposent d'une part une adéquation entre la propriété d'alors et la propriété actuelle, et d'autre part font mine d'oublier que la durée des droits, dont ces autorités revendiquaient parfois l'extension, portait sur un périmètre moindre que celui du droit actuel. D'un glissement à l'autre, on s'est engagé dans la situation de blocage social que nous subissons actuellement, qui est proprement inique alors que ses défenseurs prétendent qu'elle correspondrait aux vœux des auteurs du passé.

Une plus grande rigueur dans le traitement de ces points peut apporter beaucoup : Bernard Edelman, dans son célèbre *Sacre de l'auteur*, voit dans le droit d'auteur un droit dont la nature immatérielle et personnelle échappe et s'oppose à la sphère du pouvoir matériel et politique du prince ; ce droit serait alors de nature pour ainsi dire divine du fait de l'analogie établie entre le récit de la Genèse et l'activité créatrice des auteurs¹⁸⁴⁹. La comparaison, du reste, est expressément soutenue par Maître Marion lors de sa plaidoirie de 1586. Elle sera lourde de conséquences : la création *appartenant* à Dieu, puisqu'Il en est le créateur, l'œuvre est présentée comme *appartenant* à son auteur. L'ambiguïté de la notion d'*appartenance* fera le reste, et permet de comprendre comment les Lumières ont pu se laisser abuser par la thèse de John Locke fondée sur la *propriété* pour qualifier le lien de l'auteur à ses œuvres. Or l'appartenance peut aussi renvoyer à un lien ontologique ou de responsabilité, beaucoup plus compatible avec les idéaux universalistes des Lumières... et avec le rapport que Dieu peut entretenir avec sa création. Sans suivre nécessairement la thèse de Bernard Edelman jusqu'au bout et sans minimiser le pouvoir propre de l'argent, qui dans l'histoire qui nous occupe renforce toujours l'investisseur, cette profonde différence de nature entre le pouvoir du prince et celui de l'auteur permettrait de rendre en partie compte de la difficulté que les revendications des auteurs – tenants de ce pouvoir *divin* sinon *personnel* – ont rencontré sur le chemin de leur reconnaissance par le prince, en comparaison de ceux dont bénéficièrent les éditeurs.

¹⁸⁴⁸ Voir ci-dessus, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), pp. 145 ss.

¹⁸⁴⁹ Bernard EDELMAN, *Le Sacre de l'auteur*, op. cit., cité par Antoine GITTON, *La Protection de l'environnement intellectuel*, op. cit., p. 17.

Origine techniciste du droit d'auteur mise à mal

Les raisons exposées ci-dessus conduisent à leur tour à infirmer un des arguments favoris des majorats pour justifier à l'époque du « tout numérique » un durcissement du droit d'auteur. Elles montrent en effet que la reconnaissance des droits positifs reconnus aux auteurs a davantage dépendu de l'émergence de la figure de l'auteur, de nature sociologique et conséquente à son individualisation, que de facteurs techniques ; ces derniers, tels que l'imprimerie à caractères mobiles, créent en effet de toutes pièces un nouveau marché et ne suscitent en matière de droits positifs que des protections en faveur des nouveaux entrepreneurs contre la concurrence déloyale de leurs pairs, de nature fort différente du droit d'auteur. Alors que le public ne retient que deux traditions de transmission du savoir, l'orale et l'écrite, les spécialistes sont unanimes à en distinguer trois, chacune obéissant à un équilibre différent : les traditions orale, manuscrite et imprimée ; du reste l'usage du terme « manuscrit » remonte à 1594, soit postérieurement à l'usage courant de l'imprimerie, dans le but de distinguer cette tradition de la nouvelle¹⁸⁵⁰. Il semble ainsi pour le moins discutable de suivre l'approche de nature techniciste de Michel Thiollière lorsqu'il soutient qu'à l'époque médiévale « l'étroitesse du lectorat et la faiblesse des moyens de reproduction et de diffusion ne favorisaient pas l'émergence d'un droit des auteurs sur leurs œuvres »¹⁸⁵¹ ou ceux qui prétendent que ce sont les techniques de diffusion des œuvres qui ont permis le développement du droit d'auteur moderne¹⁸⁵². Cette lecture est celle des majorats des loisirs, qui se croient ainsi autorisés à revendiquer un renforcement des droits d'auteur à chaque progrès technique facilitant la duplication des œuvres ou leur diffusion. Il est vrai que l'influence de l'auteur grandit à mesure de l'élargissement de son public, que cet élargissement peut aussi être le fait de la technique, et que l'émergence d'un marché issu de sa création peut nourrir en lui l'envie de vivre de son art, à tout le moins de recevoir une part d'un marché que les intermédiaires se partagent à ses dépens. Certains économistes défendent cette approche sous un angle plus limité en posant que l'intérêt économique des auteurs passe par un soutien de la demande, ce qui plaide en faveur d'un abaissement des barrières à l'accès de l'œuvre, et donc d'une politique de prix étrangère à la maximisation du profit propre au capitalisme¹⁸⁵³. Il semble décidément que l'intérêt des auteurs n'aille pas l'amble avec celui du capital.

¹⁸⁵⁰ Geneviève HUMBERT (dir.), *La Tradition manuscrite en écriture arabe* [a], dans *Revue des mondes musulmans et de la Méditerranée* (REMM), n°99-100 (2002), Édisud, Aix-en-Provence 2002, p. 7.

¹⁸⁵¹ Michel THIOLLIÈRE, *Rapport du 12.04.2006 au Sénat français relatif au DADVSI* [r], op. cit., chap. I, 2 (« Renaissance et Âge classique : émergence de la propriété intellectuelle »), p. 18.

¹⁸⁵² Voir notamment Normand TAMARO, *Le Droit d'auteur : fondements et principes*, Les Presses de l'Université de Montréal, Montréal 1994, p. 12 ; Florence-Marie PIRIOU, *Légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle* [a], op. cit., p. 120 : « La naissance du droit d'auteur est, en effet, à mettre en parallèle avec les modes de reproduction et de diffusion des œuvres ».

¹⁸⁵³ Notamment Jules Dupuit et H. C. Carey (Dominique SAGOT-DUVAUROUX, *La Propriété, c'est le vol !* [a], op. cit., p. 16).

Le droit d'auteur, dans l'approche des Lumières, doit donc davantage à l'émergence de la figure de l'auteur qu'à des raisons techniques ; cela est d'autant plus vrai que l'apparition des techniques de reproduction a elle-même contribué à consacrer la figure de l'auteur et à justifier l'accession à la positivité de ses droits. Si l'apparition de l'imprimerie ne semble guère influencer la motivation créatrice ou même la revendication de paternité de l'auteur sur ses textes (« L'élan poussant à écrire n'existait pas moins au temps de Juvénal qu'à celui de Pétrarque »¹⁸⁵⁴), elle a modifié en profondeur la nature des rapports entre public et auteurs : grâce à elle, les textes s'individualisent, et c'est ainsi, « par la bande » si l'on veut, que la capacité de reproduction offerte par l'imprimerie contribuera à l'émergence de la figure de l'auteur au sein de la société civile. Il convient par ailleurs de réaffirmer avec force ce principe rappelé par Isabelle de Lamberterie : « le droit d'auteur reste une exception au principe de libre circulation des idées »¹⁸⁵⁵. Cela permet d'interpréter extensivement et non pas restrictivement comme on le fait trop souvent les soit-disant « exceptions » au droit d'auteur, qui devraient être lues comme des *enclaves du régime ordinaire*, autrement dit comme des droits. Ainsi le droit à la copie privée s'avère l'expression, au sein même du système du droit d'auteur, du principe de la libre circulation des idées. L'argument favori des majorats selon lequel ce droit n'aurait été octroyé dans le passé qu'en raison de la difficulté rencontrée par les copistes pour dupliquer les œuvres, à telle enseigne qu'il conviendrait de le supprimer à l'époque du « tout numérique », se retrouve à l'évidence contredit par l'Histoire, en plus de l'être par la logique.

Opposition forcée entre droit d'auteur et copyright

La cinquième remarque que suggère l'histoire de ce droit très particulier qui porte sur les œuvres de l'esprit a trait à la distinction existant entre le droit d'auteur et le *copyright* anglais. Elle réserve quelques surprises par rapport à ce qu'on en rapporte souvent.

Les deux modèles partent du même schéma de rapports de force : les éditeurs acquièrent des deux côtés de la Manche des monopoles pour se protéger de la concurrence déloyale de leurs pairs, tout en tentant d'affermir leur position en s'affichant – souvent assez hypocritement et en dernier recours – comme défenseurs des auteurs, plaidant certes en faveur d'un renforcement de leurs droits, mais avec ce calcul que toute augmentation de ceux-ci finira par leur profiter en tant que cessionnaires inéluctables de leurs aspects patrimoniaux. D'un côté de la Manche comme de l'autre, les droits des éditeurs prennent la forme de monopoles, et les droits patrimoniaux des auteurs se voient qualifier de « propriété ». À ce propos, la revendication de la théorie d'une propriété en faveur des auteurs émanant des éditeurs anglais du XVIII^e siècle infirme clairement l'idée pourtant classique d'un *copyright* traditionnellement orienté vers un système de monopole de droit là où le droit d'auteur

¹⁸⁵⁴ Elizabeth L. EISENSTEIN, *La révolution de l'imprimé à l'aube de l'Europe moderne*, op. cit., p. 109.

¹⁸⁵⁵ Isabelle de LAMBERTERIE, *De l'incitation à la création au droit à la culture*, op. cit., p. 81.

marquerait sa préférence pour un régime de propriété¹⁸⁵⁶. En France enfin, comme bien sûr en Angleterre, la propriété fonde les droits patrimoniaux des auteurs sous l'influence des théories de John Locke – bien que la France, qui, à l'époque des Lumières, n'est pas capitaliste, ne comprenne pas ce terme de la même manière que le philosophe anglais. C'est ainsi le fondement anglais du *copyright* a servi de référence au fondement de l'aspect patrimonial du droit d'auteur français, ce qui ne sera pas sans conséquences lorsque la France adoptera les contraintes du marché capitaliste. La comparaison se poursuit avec le *copyright* américain, qui, lui, pour des questions à la fois historiques et politiques, part sur l'idée d'un droit d'auteur avant de songer à défendre les éditeurs ; la Révolution des Lumières exerce ici pleinement son influence, les Pères fondateurs des États-Unis étant motivés par son idéal de partage, incompatible avec la recherche capitaliste de la maximisation du profit. Mais dans les trois traditions nous assistons à une *capture* du droit conféré à l'auteur au profit des investisseurs, qui renforce les droits qui lui sont déjà octroyés en propre.

Droit d'auteur ou droit des exploitants ?

Nous en venons ainsi à la sixième leçon que nous pouvons tirer de cette rétrospective, laquelle nous incite à nous interroger sérieusement sur la portée concrète des droits reconnus de nos jours aux auteurs, et sur le rôle que la notion de propriété a pu jouer dans ce débat. Sommes-nous si sûrs qu'ils soient à présent davantage défendus que sous l'Ancien Régime ? Et sommes-nous seulement certains que les droits positifs des auteurs aient été un jour pleinement reconnus dans leur caractère spécifique ? Pourquoi la lutte constante que menèrent les auteurs pour prolonger la durée de leurs droits ne leur profita guère, et résolut fort mal leurs revendications de base qui visaient avant tout à pouvoir vivre de leur activité et à se voir reconnaître son mérite ? C'est à toutes ces questions qu'il s'agit de répondre.

L'histoire de l'imprimerie nous offre à ce propos un exemple saisissant de ce qu'il convient d'appeler une *capture* du droit d'auteur en faveur des intermédiaires ou des investisseurs, sans doute à l'origine du problème exposé. Dès son apparition, l'imprimerie favorise davantage l'émergence de privilèges en faveur des éditeurs-libraires qu'au bénéfice des écrivains, même si, en travaillant à élargir le public de ces derniers, elle contribue à augmenter leur influence sociale. Toutefois, même lorsque l'imprimerie contribue indirectement au renforcement de la position de l'auteur, celui-ci finit par s'en voir dépouillé au profit des éditeurs à qui, soit en raison du monopole de publication détenu par leur corporation, soit en raison de son incompetence à traiter des affaires d'édition, il finit tôt ou tard par remettre son ouvrage. Les auteurs font ainsi figure de « serfs mal affranchis », pour reprendre le titre de l'étude publiée en 1929 dans le journal français *Le Temps* par Paul Grünebaum-Ballin¹⁸⁵⁷.

¹⁸⁵⁶ Anne LATOURNERIE, *Petite histoire des batailles du droit d'auteur* [a], op. cit., chap. « Du droit de paternité au droit de propriété ».

¹⁸⁵⁷ Paul GRÜNEBAUM-BALLIN, *Les Serfs mal affranchis*, op. cit.

Alors que dans l'Antiquité et au Moyen Âge la littérature est souvent motivée par « l'économie du don », la copie des textes servant la notoriété de leurs auteurs, l'irruption de l'imprimerie, par le nouveau marché qu'elle suscite, augmente singulièrement ses enjeux patrimoniaux. Bien qu'en rivalité pour le partage des bénéfices, les éditeurs, par les effets des circonstances et contre toute attente, en vinrent au XVIII^e siècle à défendre les droits reconnus aux auteurs dans le cadre du conflit qui opposa les éditeurs de province à ceux de Paris sur la question des privilèges. Les deux parties soutiennent en effet que leur droit d'imprimer leur vient de l'auteur plus que de leurs privilèges, celui-ci leur ayant cédé la totalité de ses droits. Là encore, l'auteur et son droit sont utilisés sous l'Ancien Régime par les éditeurs-libraires – de simples intermédiaires somme toute dès lors qu'il s'agit d'éditer des auteurs vivants – pour rendre en leur faveur imprescriptible un monopole de publication que leurs privilèges limitaient à cinq ans, et dont la nature en fait le précurseur du droit de la concurrence déloyale. C'est de nos jours très exactement hélas ce qui a justifié la reconnaissance en 1985 des droits moraux par les pays de *copyright*, qui y ont vu une manière fort efficace de renforcer – par le biais des cessions – les droits des investisseurs¹⁸⁵⁸.

Ainsi l'amélioration des techniques de diffusion n'a-t-elle d'abord et avant tout profité sur le plan économique qu'à ceux qui en avaient la maîtrise, à savoir les éditeurs-imprimeurs-libraires, avant de permettre bien plus tard aux auteurs peu à peu privés de toute autre forme de revenus de comprendre que, ce marché dépendant de leurs contributions, il n'y avait aucune raison pour qu'ils n'aient pas leur part de cette nouvelle manne qui leur permît d'envisager sérieusement de gagner leur vie par l'écriture. Si les auteurs purent dans un premier temps vendre leurs manuscrits aux éditeurs à des prix supérieurs à ceux qui se pratiquaient avant Gutenberg, leur position économique n'avait pas suivi l'évolution de leur reconnaissance sociale alors que le contrôle politique de la librairie à fin de censure mis en place au XVI^e siècle les obligeait à passer par un éditeur pour publier leurs textes ; ce déséquilibre appelait la reconnaissance de droits positifs en leur faveur, d'abord indirects par l'obligation faite à l'éditeur d'obtenir l'autorisation de l'auteur avant de publier un texte, puis directs au XVIII^e siècle, que ce soit dans les pays de droit civil dans la mouvance de la Révolution française, ou dans les pays de « *copyright* » pour permettre au pouvoir politique de contrebalancer le pouvoir acquis par les éditeurs. Mais ce déséquilibre semble n'avoir jamais été corrigé de manière satisfaisante, tout renforcement des droits propres à l'auteur finissant par renforcer le monde de l'édition et à servir des intérêts fort différents de ceux initialement visés. Il s'agit dès lors de se demander comment il eut été possible à l'époque déjà d'éviter cet effet pervers rencontré au cours de l'histoire du droit d'auteur.

Cette capture se fait toujours en raison de la nécessité où l'auteur se trouve de faire appel à cet acteur économique, l'investisseur, qui peut prendre les apparences de

1858 xxx

l'éditeur, du commanditaire, du diffuseur, du producteur, de l'employeur, et j'en passe. Cette nécessité peut être fondée par un monopole octroyé dans le cadre d'une politique de censure, ou pour des questions de métier et de moyens financiers, tout simplement. L'absence de toute protection spécifique de l'auteur face à cet acteur entraîne nécessairement la victoire de ce dernier, plus puissant sur le plan matériel, alors que le droit d'auteur est un droit censé protéger une partie faible, l'auteur, face à la capacité du public et du milieu économique à s'emparer de ses œuvres une fois celles-ci divulguées. Contrairement à ce que pensait Denis Diderot, ignorant alors la réalité du capitalisme, il ne suffit pas de fonder le droit de l'auteur sur la liberté qui lui est donnée de choisir son investisseur et de lui remettre les droits patrimoniaux qui sont les siens pour le protéger utilement : en réalité une telle protection ne sert, comme il vient d'être dit, que l'investisseur choisi. Et le rôle joué de nos jours par la concurrence monopoliste vient mettre à bas un système imparfaitement conçu dès le départ, retirant tout choix – donc toute protection véritable – à l'auteur.

Recherche d'un monopole et tentative de défendre le droit des auteurs par la propriété sont en fait intimement liés, et trahissent la volonté des acteurs de préserver leur position sur le marché culturel¹⁸⁵⁹. Ce qui varie, et explique que chacun des régimes ait opté – après quelques hésitations de part et d'autre – pour un fondement différent, c'est le choix du principal bénéficiaire visé par chacun des systèmes : l'auteur, pour les pays de droit civil, reconnu à travers le modèle de la « propriété naturelle » en tant que source d'une œuvre originale ; l'investisseur, reconnu à travers le modèle plus économiquement orienté du monopole, en tant qu'acteur désireux de garantir le remboursement de ses frais sur les ventes de l'œuvre grâce à l'avantage ainsi acquis sur ses concurrents. Ce choix s'est opéré sous la poussée du capitalisme et de la volonté des premières autorités étasuniennes de favoriser la contrefaçon des ouvrages édités en Angleterre.

Mais les révolutionnaires, qui entendaient favoriser les auteurs, en qui ils voyaient les ferments de la vie créative et de la culture, se sont trompés en oubliant de considérer que, sur le fond, il ne convenait pas de distinguer fondamentalement les régimes applicables aux droits moraux nouvellement reconnus et aux droits patrimoniaux des auteurs.

La lecture qui est ici faite de l'histoire du droit d'auteur nous invite donc à éviter la dichotomie souvent faite entre la figure de l'auteur et le droit exclusif qu'elle cautionne de nos jours en faveur des intermédiaires, faisant de cette figure l'ennemi du processus créatif. C'est pourtant ce que font de nombreux travaux rédigés en faveur d'un idéal de libre création, à l'instar de la thèse d'Antoine Moreau, l'un des initiateurs de la licence

¹⁸⁵⁹ Anne LATOURNERIE, *Petite histoire des batailles du droit d'auteur* [a], op. cit., chap. « Du droit de paternité au droit de propriété ».

Art Libre¹⁸⁶⁰. Son travail, défendant l'idée d'«une création infinie qui vise à la décréation»¹⁸⁶¹, semble chercher dans les interactions numériques l'infini d'une *sujétité* dont il ne fait pas vraiment cas. L'inanité qu'il a aurait à opposer les créateurs à la création – un comble si l'on y songe – devrait nous rendre très circonspects dans la critique du principe même d'un droit en faveur de l'auteur comme contraire à l'esprit de création, alors que ce droit, au-delà de l'hypocrisie de son libellé, n'a guère profité aux auteurs. L'histoire nous montre que ce n'est pas tant la figure de l'auteur qu'il convient de combattre pour défendre la possibilité d'une création par assimilation, mais bien plutôt la figure de l'intermédiaire visant la maximisation de son profit au risque de l'auteur, de l'œuvre et de leur public.

Monopole ou propriété ?

Monopole ou propriété ? La question divise encore aujourd'hui, sur un point où là encore l'Histoire peut nous aider. Si les romains n'ont pas octroyé à l'auteur de droits positifs autres que le fait de rattacher le droit de copie à la propriété mobilière du manuscrit original, et ce bien qu'ils aient parfaitement distingué dans leur principe les droits propres à l'auteur de ceux du possesseur d'un exemplaire de ses textes, c'est qu'une telle reconnaissance n'était pas nécessaire à l'époque. Cette nécessité n'a commencé à se faire sentir qu'à l'apparition de l'imprimerie, et n'a été au début revendiquée que par les auteurs littéraires. L'amélioration des techniques de duplication et de diffusion des œuvres ne fait donc que confirmer la nécessité du droit d'auteur – qui de toute façon semble acquise si l'on ne laisse pas les majorats dicter outrancièrement leurs « ukases » à la société civile, mais en aucun cas il n'est possible d'y voir une raison de supprimer la copie privée. Il est assez déconcertant de voir à quel point des juristes parfois éminents, mais sans doute trop focalisés sur les intérêts de leurs clients fortunés, aient pu oser affirmer de tels contresens.

De fait, la reconnaissance de la spécificité des droits en faveur des auteurs n'a semblé-t-il jamais été complète. En effet, dès la Rome antique, comme sous l'Ancien Régime, l'auteur disposait *déjà* de droits positifs. Sa position implicite de premier propriétaire du manuscrit original lui conférait les droits reconnus à tout propriétaire d'un objet mobilier. S'ajoutait à ce droit celui d'en reproduire le texte, de le modifier et d'en vendre des copies – droit qui n'était reconnu qu'au propriétaire dudit manuscrit, et dont il faut bien reconnaître le caractère spécifique par rapport au seul droit de propriété d'un bien mobilier ordinaire. Sous la Révolution française, la claire distinction des aspects moraux et patrimoniaux du droit d'auteur, qui se présente théoriquement comme un progrès en faveur des auteurs, ne produira jamais les effets escomptés : alors que les droits moraux furent reconnus incessibles, parce que rattachés à la personne même de l'auteur, il n'en fut pas de même pour les droits

¹⁸⁶⁰ Antoine MOREAU, *Le Copyleft appliqué à la création hors logiciel – Une reformulation des données culturelles ?* [r], thèse Nice Sophia Antipolis 2011 ; http://antoinemoreau.org/fichiers/These_copyleft_Antoine_Moreau.pdf.

¹⁸⁶¹ *Ibid.*, p. 769.

patrimoniaux, trop tributaires sans doute du modèle offert par la remise du manuscrit original. Cette disparité de traitement entre droits patrimoniaux et droits moraux constitue la principale caractéristique de la théorie *dualiste* suivie par la France et la Suisse, là où l'Allemagne devait adopter la théorie *moniste* qui lui est opposée, laquelle interdit la cession des droits d'auteur dans leur ensemble au profit de la concession d'un droit exclusif d'exploitation¹⁸⁶². La terminologie plus que malencontreuse de « *propriété intellectuelle* », quelles qu'aient pu être les précautions sémantiques prises lors de son adoption, fit à coup sûr le reste. L'effort intellectuel fourni pour dissocier les droits moraux des autres droits cédés, autrement dit comme survivant à la cession des droits patrimoniaux à l'éditeur et à celle de la propriété du support lors de la vente d'un exemplaire, trouvait ici ses limites. Plus étonnant encore, personne ne semble alors s'être rendu compte du manque de cohérence dans la démarche, ni, bien entendu, des conséquences néfastes que les auteurs auraient à en subir. Ces derniers étaient sans doute trop empressés de revendiquer leur maîtrise sur leurs textes face aux libraires et à la censure politique pour s'en apercevoir, et tous semblaient partir du principe que seule la cession des droits patrimoniaux pouvait permettre la commercialisation de l'œuvre. Mais il y a surtout que la France, *qui n'était pas encore capitaliste*, n'entendait pas le terme de propriété comme le concevaient déjà les Anglais, cette institution ne défendant pas alors les mêmes objectifs sociaux de part et d'autre de la Manche : Denis Diderot, on l'a vu, comme Isaac Le Chapelier, la conçoit avant tout comme le meilleur bastion de l'individu qu'est l'auteur contre le pouvoir de censure du politique et non comme l'instrument privilégié de la poursuite de l'efficacité et de la productivité. Pierre Emmanuel Moyse confirme de son côté que « jusqu'au début du XIX^e siècle, l'idée d'une propriété incorporelle était difficilement soutenable », bien que les députés de la toute nouvelle Assemblée Nationale eussent remarqué, à l'instar des juristes qui composèrent le code de Justinien en 529, que « les choses incorporelles, parce qu'elles se prêtent mal à l'appropriation, ne peuvent pas faire l'objet d'une propriété ordinaire »¹⁸⁶³. On saurait difficilement leur en faire grief, puisque les députés de notre siècle se trouvent encore dans la même incapacité de concevoir des droits patrimoniaux incessibles, et restent de fait dans la représentation – assez grossière en vérité – d'un manuscrit original que l'auteur cèderait à l'éditeur.

L'histoire du droit d'auteur est ainsi parsemée de remarques qui à la fois cautionnent, soit-disant faute de mieux, le choix du terme *propriété*, tout en émettant les plus claires réserves à son propos : propriété d'un genre « tout à fait différent » de la propriété

¹⁸⁶² François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 138, n°188.

¹⁸⁶³ Pierre-Emmanuel MOYSE, *La Nature du droit d'auteur* [a], op. cit., p. 2 ; Pierre Emmanuel Moyse, lorsqu'il écrit : « ces principes formèrent le socle rigide des biens subjectifs de nature patrimoniale » semble toutefois partir du principe que le fait de ne pas concevoir la notion de propriété comme applicable à un objet immatériel relève du préjugé. Le parallèle établi ces dernières années entre les qualités des biens immatériels et celles des biens communs lui donne pourtant manifestement tort, et ne permettent pas de concevoir la propriété pour autre chose qu'elle est : un droit exclusif, perpétuel et cessible sur une chose meuble ou immeuble susceptible d'appropriation, entendue dans le sens de possession.

foncière ou mobilière, propriété intellectuelle « difficilement soutenable », portant sur un objet dont tous ont remarqué qu'il « se prête mal à l'appropriation », les acteurs de ce débat n'ont cessé de jouer d'ambiguïté à propos d'un droit qui se définit historiquement par son caractère perpétuel et cessible, exercé sur un objet susceptible d'appropriation, et, depuis que le capitalisme a imposé ses vues, de nature exclusive. À force de se jouer de mots, ce qui devait arriver advient : le Conseil constitutionnel français, par souci d'adaptation plus que par réflexion théorique, en arrive à rendre ce concept de propriété malléable au point de lui permettre de couvrir toutes ses acceptions actuelles¹⁸⁶⁴, ce qui permet aux majorats des loisirs, dans leur finesse d'analyse coutumière, de revenir vers le législateur et de lui demander avec une ingénuité à peine feinte pourquoi le droit d'auteur n'est toujours pas perpétuel, puisqu'il s'agit après tout d'une propriété et non d'un monopole ? Il eut été beaucoup plus cohérent et plus simple d'admettre une fois pour toutes le caractère *sui generis* de ce droit : une définition n'a pas pour but de rendre encore plus *plastique* ce qu'elle tente d'éclairer¹⁸⁶⁵.

Mais ne s'agit-il pas avant tout d'une vision différente de la création que les deux régimes du droit d'auteur et du *copyright* nous proposent ? Le terme de *création*, ainsi que nous le verrons¹⁸⁶⁶, peut en effet s'entendre de deux manières fort différentes, et pourtant souvent confondues : il renvoie à la fois au *processus créatif*, autrement dit à l'acte même de créer, comme il peut signifier le résultat figé de ce processus, *l'œuvre finie*, apparente, divulgable et commercialisable.

En assimilant le processus créatif à un simple travail, John Locke opère une réduction sévère qui souligne certes la relative autonomie de l'œuvre face à son auteur une fois le processus achevé, mais trahit surtout son intérêt exclusif pour l'œuvre-produit, objet de propriété économique, aux dépens du processus créatif pris comme tel. Comme le statut d'auteur peut seul justifier sa condition de propriétaire originel de l'œuvre, qui à son tour lui permet de céder ses droits patrimoniaux à l'éditeur, John Locke ne peut pourtant pas faire l'économie du rapport de l'auteur à son œuvre. Là encore, il le réduit à la caricature : le statut d'auteur, en sus d'être fondé sur un rapport très prosaïque et critiquable de « propriété sur son propre corps », ne serait en définitive que le résultat d'une activité comme une autre, et n'aurait d'autre valeur que le temps requis par sa *fabrication*. Ce faisant, en réduisant la *création* à un simple *travail*, John Locke ignore le rapport *personnel* unissant l'auteur à son œuvre, son caractère d'*expression* de soi-même, et du coup ne peut plus rendre compte de la dimension *immatérielle* de ce droit. Il n'est dès lors pas étonnant que le *copyright* ait occulté les droits moraux de l'auteur, dont l'essence avait pourtant bien davantage marqué les Romains que les aspects

¹⁸⁶⁴ Conseil constitutionnel, décision du 27 juillet 2006

¹⁸⁶⁵ Le terme de *plastique* fait référence à « l'extrême plasticité » de cette définition évoquée par Cyril Rojinsky (Cyril ROJINSKY, *Le projet Jean Zay de 1936* [a], op. cit., p. 161).

¹⁸⁶⁶ Voir ci-dessous, partie 06 (« Les motivations de la création »), chap. « Ambiguïté de la notion de "création" », pp. 636 ss.

patrimoniaux de l'activité créatrice... Finalement, en exagérant à peine, si Locke utilise le terme de *propriété* pour désigner le droit de l'auteur sur son œuvre, c'est avant tout parce que la notion de *création* recouvre pour lui avant tout un objet *matériel*, achevé et aisément attribuable, et non le processus créatif à l'origine de l'œuvre.

Opposition factice entre droits moraux et droits patrimoniaux

Là où John Locke réduit la *création* à un simple *produit*, Denis Diderot, lorsqu'il s'écrie qu'une œuvre est « la substance même de l'homme qui écrit », entend la création dans un sens beaucoup plus complet et y intègre la dynamique créatrice ; il prend en compte la relation de l'auteur à son œuvre. Renforçant ce point de vue, la compréhension que les Lumières ont de la propriété – une garantie concrète d'indépendance de chaque citoyen face aux tentations de tyrannie et de censure des pouvoirs politiques en place – inscrit bien le patrimoine dans le domaine de l'*être* autant que de l'*avoir* ; *a fortiori* en est-il des œuvres de l'esprit, qui se retrouvent aux antipodes des marchandises. C'est ce qui permet à Isaac Le Chapelier d'affirmer qu'elles constituent « la plus sacrée [et] la plus personnelle des propriétés »¹⁸⁶⁷ et à Antoine Gitton de constater que « ce qui fait l'œuvre, c'est d'être le fruit d'un esprit libre, entier, hors la recherche d'un profit »¹⁸⁶⁸. L'Assemblée Nationale révolutionnaire omettra cependant d'inscrire les deux dimensions de la création – processus personnel et résultat commercialisable – au sein même des droits patrimoniaux. En caricaturant à peine, lorsqu'en 1957 les droits moraux s'ajouteront aux droits patrimoniaux, ils s'inscriront comme un emplâtre, ou du moins une « sur couche », fourvoyant le droit d'auteur dans le dualisme d'un John Locke, alors que la doctrine du XIX^e siècle, en développant le droit moral, pensait pouvoir s'opposer à une approche exclusivement marchande par l'ajout d'une dimension d'inspiration personnaliste. Certes, la reconnaissance du droit moral s'est faite en France au prix de l'adoption d'une théorie dualiste d'origine allemande, dite du « droit double », laquelle lui serait venue à travers l'essai d'André-Paul Morillot publié en 1878¹⁸⁶⁹. Mais ce dualisme est néanmoins porté par une tradition juridique qui ne s'est longtemps intéressée qu'à une seule des deux facettes du droit d'auteur, s'inspirant d'un modèle anglais idéalisé par les Lumières et leurs émules révolutionnaires.

Pour penser la condition matérielle de l'auteur en harmonie avec la dimension personnelle du processus créatif, il fallait surtout distinguer clairement « propriété » intellectuelle – aspects patrimoniaux et moraux confondus – et propriété du support de l'œuvre, permettant à l'artiste de vendre sa production ou ses reproductions à des tiers sans leur céder pour autant ses droits sur celle-ci. Or – aussi stupéfiant que cela semble

¹⁸⁶⁷ Isaac-René-Guy LE CHAPELIER, *Rapport du 17 janvier 1791 à l'Assemblée nationale*, op. cit., p. 16.

¹⁸⁶⁸ Antoine GITTON, *La Protection de l'environnement intellectuel*, op. cit., Notions, p. 3.

¹⁸⁶⁹ André-Paul MORILLOT, *De la protection accordée aux œuvres d'artaux photographies, aux dessins et modèles industriels, et aux brevets d'invention dans l'Empire d'Allemagne*, Cotillon, Paris 1878, mentionné par Laurent PFISTER, *L'Auteur, propriétaire de son œuvre ?* [r], op. cit., et repris par Hélène MAUREL-INDART, *Plagiats, les coulisses de l'écriture*, op. cit., p. 23.

– le droit français ne formalisera ce principe qu'avec la loi du 9 avril 1910¹⁸⁷⁰. Hélas ! Cette réflexion, qui n'implique pas en elle-même séparation entre droits moraux et patrimoniaux mais entre ces derniers et le support, s'est développée en parallèle de la réflexion sur les droits moraux : les droits patrimoniaux sont expressément reconnus dès la première loi positive révolutionnaire de 1791, alors qu'il faudra attendre la loi française de 1957 pour voir explicitement figurer la notion de droit moral dans un texte légal, avalisant ainsi les développements jurisprudentiels et doctrinaux du XIX^e siècle sur la question¹⁸⁷¹, déjà entamés par les... Romains.

Or cette dualité entre droits moraux et droits patrimoniaux – marquée dans la loi par une profonde différence de régimes – occulte le fait que les droits patrimoniaux sont eux aussi intrinsèquement liés à la relation personnelle que l'auteur entretient avec son œuvre : ne sont-ils pas eux aussi accordés à l'auteur en raison même de son statut d'auteur, qui fait de lui son *propriétaire* originel ? Le monopole d'exploitation et de représentation de l'œuvre conféré à l'auteur ne va-t-il pas de pair avec le droit de première divulgation qui lui sera reconnu formellement comme composante de son droit moral ? Par ailleurs, si l'on y regarde bien, toute cession patrimoniale d'un texte, dans la mesure où le sens et la valeur de ce dernier sont portés par l'autorité de son auteur, entraîne également pour une part le transfert du droit moral : « contrairement à la chose, la matière intellectuelle n'a de valeur qu'en rapport à son ou ses auteurs. C'est cette valeur qui est cédée au libraire »¹⁸⁷².

Les droits patrimoniaux ne devraient donc pas être traités dans leur seule dimension commerciale et leur opposition au droit moral de l'auteur s'avère assez factice. La profonde différence de régime entre les deux pans de la protection ne s'explique que par une pensée superficielle de la relation de l'auteur à son œuvre et des implications personnalistes qu'elle entraîne sur la protection à accorder¹⁸⁷³. C'est ce qui explique qu'en bonne logique les droits patrimoniaux devraient eux aussi être reconnus incessibles, à titre de droits *sui generis*. Cela n'empêcherait ni la commercialisation de l'œuvre, ni la distinction entre droits moraux et droits patrimoniaux, mais à un chef différent : les droits moraux deviennent des droits que personne ne peut exercer au nom de l'auteur, alors que les droits patrimoniaux peuvent l'être par des tiers en son nom, au titre de ses représentants – et non en leur propre nom, comme ce serait le cas à la suite d'une cession pure et simple ou d'une cession fiduciaire. La seconde différence entre les deux régimes tiendrait à leur durée. Même ce point, au demeurant, est ouvert à la discussion, puisqu'il se justifie pour certains de limiter l'exercice effectif des

¹⁸⁷⁰ Frédéric FOUILLAND, *Le Droit moral de l'auteur en droit français* [r], 2003, mémoire de DEA en droit des affaires, Université Jean Moulin, Lyon III ; <http://www.glose.org/mem016-htm.htm>, introduction, § 2.

¹⁸⁷¹ A.R.P.E.J. (ASSOCIATION REGIONS PRESSE ENSEIGNEMENT JEUNESSE), *Respecter le droit d'auteur* [a], <http://www.pressealecole.fr/wp-content/uploads/2010/03/Respecter-le-droit-dauteur1.pdf>, chap. « Un peu d'histoire ».

¹⁸⁷² Antoine GITTON, *La Protection de l'environnement intellectuel*, op. cit.

¹⁸⁷³ Voir ci-dessous, partie 06 (« Les motivations de la création »), pp. 529 ss.

droits moraux à la vie de l'auteur, comme il convient pour d'autres de limiter celui des droits patrimoniaux.

Comme nous le verrons par la suite¹⁸⁷⁴, reconnaître l'incessibilité (ou l'inaliénabilité) des droits patrimoniaux eût permis de reconnaître pleinement la spécificité et la nature immatérielle de ce droit par rapport à la propriété mobilière et eût assuré la position incontournable de l'auteur sans empêcher la commercialisation de ses œuvres. Immanuel Kant présumait même dans ses réflexions que les intermédiaires du livre *ne pouvaient pas être propriétaires* du contenu de l'œuvre. Il distingue en effet soigneusement le peintre et le sculpteur d'une part – dont l'œuvre, unique, est étroitement associée à la matérialité de son support, et dont la paternité ne laisse pas de doute –, de l'écrivain, d'autre part. Il conclut que ce dernier a besoin d'une plus grande protection, courant un risque accru d'être spolié par des mandataires qui « ne sont en aucun cas propriétaires du contenu de l'œuvre »¹⁸⁷⁵.

Enfin, l'incessibilité des droits patrimoniaux eût simplifié le traitement juridique du droit d'auteur français, qui reste dualiste et qui double le droit « naturel » de propriété sur l'œuvre portant sur ses aspects patrimoniaux d'un droit de la personne qui fonde ses aspects moraux¹⁸⁷⁶. Il serait dès lors possible de ne plus reconnaître au droit d'auteur qu'un seul fondement, de nature personnelle et reposant sur le lien de l'auteur à son œuvre. Les aspects patrimoniaux se trouveraient donc incessibles, sans que cela s'oppose à ce qu'ils voient leur caractère exclusif limité dans le temps. La loi allemande sur le droit d'auteur est ainsi dite « personnaliste moniste », dans la mesure où elle ne distingue pas les droits moraux des droits patrimoniaux tout en fondant l'ensemble sur le lien personnel unissant l'auteur à son œuvre¹⁸⁷⁷. Dans la mesure où c'est leur cessibilité plus que leur caractère prescriptible qui rend les droits patrimoniaux incompatibles avec la notion de droits personnels, il n'y a pas d'obstacle théorique à admettre des droits patrimoniaux ne puissent être revendiqués *erga omnes* que de façon temporaire, quoique rattachés à la personnalité de l'auteur et donc incessibles.

Ainsi, la possibilité de céder ses droits patrimoniaux, si elle fut présentée en son temps – et l'est encore trop souvent – comme un avantage reconnu à l'auteur, le dessert totalement dans les faits, et ignore de surcroît la nature intellectuelle du droit d'auteur. Ce point, pourtant tout à fait capital, n'a semble-t-il jamais été sérieusement avancé par les sociétés de gestion collective qui prétendent pourtant défendre les intérêts des

¹⁸⁷⁴ Voir ci-dessous, partie 07 (« Recherche de nouveaux équilibres juridiques »), chap. « Incessibilité de l'ensemble des droits », pp. 822 ss.

¹⁸⁷⁵ Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit., p. 55.

¹⁸⁷⁶ Ibid., pp. 52-53.

¹⁸⁷⁷ Ironie du sort, la loi allemande actuelle est moniste, alors que la théorie dualiste du droit français lui vient d'Allemagne, à travers l'ouvrage que Paul-André Morillot publia en 1878 (André-Paul MORILLOT, *De la protection accordée aux œuvres d'arts photographiques, aux dessins et modèles industriels, et aux brevets d'invention dans l'Empire d'Allemagne*, op. cit.)

auteurs en prônant un renforcement tous azimuts du système actuel. L'Histoire nous enseigne que la *capture* de ce droit par les intermédiaires tient avant tout au caractère cessible des droits patrimoniaux, alors même que cette cession, même pour un type d'œuvre hautement reproductible comme le texte littéraire, n'est pas nécessaire pour garantir la sécurité des rapports entre auteurs et éditeurs. Au demeurant, les auteurs littéraires du XIX^e siècle, Victor Hugo en tête, proposaient une solution diamétralement opposée à celle qui fut finalement adoptée par le législateur français de 1957 : un droit moral dont la portée aurait été limitée à la durée de vie de l'auteur – donc non transmissible à ses héritiers –, assorti de droits patrimoniaux perpétuels en leur faveur¹⁸⁷⁸, le programme en somme qu'avait défendu Jean Zay en 1936 avec l'infortune que l'on sait.

Droit d'auteur ou concurrence déloyale ?

J'ai parlé dans les lignes qui précèdent de la « position incontournable de l'auteur », alors que nous traversons une époque où le critère d'originalité a été fortement abaissé pour complaire à l'industrie, au point que l'auteur se retrouve presque marginalisé dans un domaine qui devrait pourtant être le sien. L'histoire du droit d'auteur nous apprend qu'une partie des revendications patrimoniales des acteurs du « marché culturel », en particulier celles des investisseurs, tendent à abaisser de manière significative l'exigence d'originalité et donc à affaiblir les liens unissant l'œuvre à son auteur. Je montrerai en quoi ces revendications ne relèvent pas tant du droit d'auteur que de la concurrence déloyale¹⁸⁷⁹. Cette approche nous offrira par la suite quelques pistes pour résoudre les questions qui se posent à l'heure actuelle du fait de l'apparition des industries du loisir et du rapport d'employeur à employé qui encadre la réalisation d'œuvres collectives nécessitant des moyens matériels et financiers qui dépassent ceux d'une personne physique isolée ; je pense à l'industrie du cinéma par exemple, à celle des logiciels ou au développement de jeux vidéo. Ces efforts déployés autour de l'œuvre peuvent alors être protégés en tant que *travail*, et non comme *création*. Nous pourrions également comprendre en quoi le droit d'auteur, récemment intronisé en tant que droit fondamental, ne répond pas à cette qualification pour l'ensemble de sa couverture actuelle dès lors que la plupart des dimensions patrimoniales du droit d'auteur constituent des « greffons » issus des privilèges d'éditeurs accordés à une époque où le droit de la concurrence n'était pas encore pensé avec la transversalité que nous lui connaissons actuellement.

Ces réflexions nous amènent aux tensions reliant les quatre acteurs de la création que sont l'auteur, l'investisseur, le public et l'œuvre, et dont l'histoire du droit littéraire et artistique nous a dévoilé les aléas. Cette histoire nous permet de constater que les droits accordés à l'auteur l'ont été pour l'essentiel en vue de le protéger des éditeurs –

¹⁸⁷⁸ Hélène MAUREL-INDART, *Plagiats, les coulisses de l'écriture*, op. cit., pp. 22-23.

¹⁸⁷⁹ Voir ci-dessous, partie 06 (« Les motivations de la création »), chap. « Le droit d'auteur face aux arts appliqués » et chap. « Le droit d'auteur face aux logiciels », pp. 765 ss. Voir également ci-dessous, partie 07 (« Recherche de nouveaux équilibres juridiques »), chap. « Restriction de l'objet du droit d'auteur », pp. 825 ss.

les concurrents contrefacteurs de son propre éditeur, mais aussi ce dernier, et non du public. Or les majorats – qui, comme l'éditeur, sont considérés comme des investisseurs – tâchent actuellement de nous faire accroire que la tension principale réside entre l'auteur et son public. C'est oublier un point fondamental, qui veut que l'auteur n'existe pleinement comme tel que par rapport à un public¹⁸⁸⁰, et que l'œuvre constitue le nœud de cette relation. C'est ce qui explique que la plupart des auteurs – Eike von Repgow, Martin Luther, Denis Diderot, Pierre-Augustin Caron de Beaumarchais, Emmanuel Kant, Victor Hugo et tant d'autres – s'attaquent à la contrefaçon davantage en raison de leur souci d'assurer l'intégrité de leur œuvre que du manque à gagner qu'elle engendre pour eux. À les lire, l'*économie de l'œuvre* est avant tout le problème de l'éditeur¹⁸⁸¹.

Il en est autrement aux États-Unis. Au contraire de l'Angleterre et des pays de droit civil, en l'absence d'une puissante corporation d'éditeurs et vu la dépendance culturelle envers l'Europe dont il s'agissait de se libérer, les conflits entre intérêt privé et intérêt public se situent dès l'origine au cœur du système américain de *copyright* et privilégient la libre circulation des idées par la gestion d'un nombre important d'exceptions au *copyright* accordé aux auteurs¹⁸⁸². Dans la mesure où la législation américaine autorise l'entreprise promotrice de l'œuvre à devenir sujet originaire du *copyright*, enlevant à l'auteur physique toute possibilité d'interférer au titre de son droit moral, la pesée des intérêts aux États-Unis oppose de manière de plus en plus tendue les usagers des œuvres et les entreprises titulaires des droits, notamment les industries des loisirs, là où l'auteur en France participe encore – en théorie – à la pesée des intérêts, la garantie des investissements du promoteur contre la contrefaçon étant assurée par le biais d'un droit voisin¹⁸⁸³.

Un débat d'une brûlante actualité

Le débat de l'Histoire à propos de l'imprimerie est d'une brûlante actualité à l'heure où l'on voit percer une quatrième tradition de transmission du savoir, celle de l'Internet, qui donne à certains l'occasion de remettre en question le patient équilibre trouvé en matière de droits d'auteur, négligeant là aussi de voir que l'Internet, plutôt que d'améliorer les moyens de reproduction du passé, suscite à son tour un nouveau marché. Une réaction inadaptée du législateur à cette nouvelle donne pourrait avoir des conséquences incalculables. En effet, si la figure de l'auteur a pu émerger en grande partie grâce à l'imprimerie, qui établit une relation irréductible entre un texte figé et son auteur individuel, une inhibition de la pratique de l'assimilation créatrice par une évolution outrancièrement individualiste des droits d'auteur, jointe aux coups de

¹⁸⁸⁰ Antoine GITTON, *Proposition*, op. cit.

¹⁸⁸¹ Florence-Marie PIRIOU, *Légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle* [a], op. cit., p. 122.

¹⁸⁸² Anne LATOURNERIE, *Droits d'auteur, droits du public : une approche historique* [a], op. cit., chap. « A la fin du XVIIIe siècle et durant la Révolution française »

¹⁸⁸³ Florence-Marie PIRIOU, *Légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle* [a], op. cit., p. 139.

boutoir assénés par l'économie de services contre le jeu social lui-même¹⁸⁸⁴, pourraient non seulement entraîner un déficit de la culture de l'auteur individuel, mais aussi nous conduire à une perte de l'individuation similaire à celle qui semble s'être produite pour d'autres raisons bien sûr entre le III^e siècle et le XI^e siècle de notre ère.

L'examen des tâtonnements auxquels donnent lieu l'évolution du droit d'auteur et du *copyright* dans le temps trahit le passage d'un extrême à l'autre dans la lecture des rapports de l'individu face au groupe, entre l'appartenance fusionnelle à une tradition au nom d'une représentation unifiante du cosmos et la vision romantique du héros dont l'œuvre absolument novatrice ne devrait rien à personne. De même, la question de la « mort de l'auteur » passe, en sens inverse, de la vision d'une œuvre qui serait le pur reflet de la personnalité et de la biographie de son auteur, à un discours impersonnel qui échapperait définitivement à son créateur et se limiterait exclusivement aux lectures possibles qu'en feraient ses lecteurs. Ce mouvement de balancier n'appelle-t-il pas à l'équilibre, passant par une lecture plus profonde et plus complète de la nature humaine ? Ce peut-il que l'œuvre ne soit ni le pur reflet de la personnalité de tous les jours de son auteur, ni ce discours qui lui échappe définitivement au point de perdre tout sens humain ? L'homme, quant à lui, pourrait-il être appelé à s'inscrire dans un monde unifié, tout en y trouvant sa place en tant que personne unique et irréductible ? Pourrait-il se révéler à la fois *influencé* et *unique* ?

Tenter de comprendre comment aborder la question des droits littéraires et artistiques nécessite de se poser des questions situées très en amont des problématiques juridiques, telles que : qu'est-ce que créer ? quelles sont les motivations de l'acte de créer ? qu'est-ce que l'art ? qu'est-ce qu'un auteur ? comment comprendre l'expression « devenir soi-même » et quelles sont les conditions de ce chemin ? Il s'agit aussi de définir les valeurs que nous entendons défendre, autrement dit d'exprimer celles que nous voulons vivre. L'éthique de l'autonomie du sujet et la relation amoureuse exposée par les andalous peuvent nous servir de guide dans cette entreprise.

¹⁸⁸⁴ Bernard STIEGLER, ARS INDUSTRIALIS, *Réenchanger le monde*, op. cit., p. 48.

Partie 6

Les motivations de la création (mise en perspective artistique)

Présentation

Il semble impossible de parler du droit d'auteur et du lien particulier entre l'auteur et l'œuvre sur lequel il repose sans s'interroger sur la notion même de « création » et sans prendre en compte la perspective propre à l'auteur, dans sa démarche et sa motivation profondes, au-delà des buts marchands poursuivis par les exploitants de l'œuvre. C'est également vrai dans le contexte du *copyright*, où le législateur prétend « inciter à la création ». Après que la partie dévolue à l'éthique a tenté d'établir cette dernière à la place qui lui revient¹⁸⁸⁵, la présente partie laissera entrevoir la place que la création artistique tient dans le développement de la personnalité et dans l'équilibre social, qui est le véritable enjeu du droit d'auteur.

Le champ classique de protection du droit d'auteur s'est longtemps borné aux *œuvres littéraires et artistiques*, avant de connaître les extensions que l'on sait. On ne peut que donner raison à Michel Vivant lorsqu'il affirme que « Le droit d'auteur comme le *copyright* ne sont pas (plus ?) un "droit de l'art" »¹⁸⁸⁶. Cependant, si le droit d'auteur n'a sans doute pas à s'y limiter, les œuvres littéraires et artistiques restent emblématiques de la protection accordée, et c'est pourquoi il est toujours essentiel d'y revenir pour bien saisir la justification sociologique, voire l'ancrage ontologique de cette propriété particulière. Il sera toujours temps, dans un second mouvement, de considérer jusqu'où peut aller ce périmètre des œuvres protégées sans renier les principes qui le cautionnent.

Enfin, se pose ici plus qu'ailleurs la question du choix fondamental qu'il y a lieu d'adopter face aux extensions toujours plus importantes du périmètre protégé, qui entraînent leur lot de déviations par rapport aux principes rabâchés *ad nauseam* pour le justifier auprès du public : faut-il partir du droit actuel et de la jurisprudence qui l'applique et s'y résigner par « réalisme », ou faut-il prendre au mot le législateur et les principes « humanistes » dont il se réclame pour lui en demander raison ? Faut-il continuer d'espérer que le droit puisse avoir une autre fonction que celui d'instrument du profit économique et de l'objectification de la société civile orchestrée par les majorats des loisirs et de l'informatique ? Le « réalisme » des uns n'est-il pas souvent la manipulation des autres ? Peut-on échapper en droit à la question du *sens* ? Michel Vivant se demande le sens qu'il peut y avoir à se référer de nos jours au « schéma kantien » lorsque les juges ont décidé de faire droit aux revendications de l'industrie, en d'autres termes hier à celles des éditeurs d'annuaires, aujourd'hui à celles des

¹⁸⁸⁵ Voir ci-dessus, partie 03 (« Recherche d'une fondation éthique »), pp. 99 ss.

¹⁸⁸⁶ VIVANT Michel, *L'Art, le vrai et le droit*, exposé introductif général du Colloque du 20^{ème} anniversaire de l'Association des juristes franco-britanniques, Paris 17.09.2010, dans *Propriétés intellectuelles*, n°38 (janvier 2011), pp. 8-16, p. 12, note 31 ; voir aussi VIVANT Michel, *Les Métamorphoses de l'œuvre – Des Mythologies aux mythes informatiques*, reprise actualisée d'une communication présentée en 2008 au Sénat français lors du colloque de l'AFPIDA, dans *Recueil Dalloz* 2010, pp. 776 ss, n°17.

éditeurs de jeux vidéo¹⁸⁸⁷. Doit-on se contenter d'être « affligé » lorsqu'un haut magistrat français affirme avec « réalisme » : « S'il n'y a pas personnalité [dans l'œuvre], l'auteur *crée* quand même et on protège », éprouvant encore le besoin (hypocrite ?) de voir dans un artefact sans personnalité une « création » là où il n'y a guère qu'une *fabrication* et pas d'auteur ?¹⁸⁸⁸

Cette partie s'interrogera donc sur (1) la *nature* et le *statut* de l'art. La question du *sens* nous permettra de voir ce que l'art peut nous apprendre du monde et de nous-mêmes, et à quelles conditions ; en d'autres termes, nous nous pencherons sur les motivations de l'artiste dans sa démarche créatrice – auxquelles il est trop rarement fait référence – et sur celles du public dans son rapport aux œuvres. Il s'agira d'explicitier la nécessité de l'art pour le développement de la personnalité, tout en abordant la question des conditions nécessaires à son épanouissement. Ce n'est pas là faire œuvre idéaliste, comme pourraient le prétendre certains économistes : les motivations intimes de l'auteur et l'importance de son apport au public nous apprennent au contraire le prix que paie la société civile lorsqu'une politique mal orientée prend le risque d'entraver la création véritable pour protéger les intérêts pécuniaires de quelques uns. (2) Les conditions de la création, elles, attireront notre attention sur ce que les lois de propriété intellectuelle, si elles désiraient devenir cohérentes avec le but qu'elles se proposent officiellement de poursuivre, devraient s'inquiéter d'assurer. Car si le droit n'est pas tenu de s'aligner sur les définitions données par le milieu de l'art, il serait dangereux de le laisser décider seul des moyens d'inciter à la création, tout en laissant libre cours à ses inquiétudes de preuve et d'objectivation des critères là où il conviendrait plus que partout ailleurs d'être à l'écoute de la *sujété*.

Afin de clarifier le débat, (3) il sera ensuite fait état des plus importantes ambiguïtés sémantiques qui le jalonnent. La notion de *créativité*, si souvent invoquée de nos jours, nous amènera à considérer le processus de création – en particulier la notion de *réappropriation* et celle d'*horizon d'attente* du public cible – en les confrontant à la figure de l'artiste solitaire héritée des Romantiques.

Après que notre réflexion sur le processus créatif nous aura permis de mettre en évidence la spécificité absolue de l'art – le terme n'est pas trop fort –, (4) nous pourrions aborder les conditions de la protection traditionnellement requises par le droit et leur discussion actuelle. La notion de *création* nous conduira au critère d'*originalité*, qui constitue actuellement la clef du système, puis à la seconde des deux conditions juridiques de la protection, l'exigence d'une *forme*. Leur examen nous permettra de dégager le périmètre souhaitable des œuvres à protéger. Partant des œuvres de fiction littéraires et artistiques, qui représentent les plus typiques, nous chercherons jusqu'où

¹⁸⁸⁷ Michel VIVANT, *Les Métamorphoses de l'œuvre* [a], op. cit., n°19 ; les jeux vidéo, par leur aspect graphique ou leurs thèmes musicaux, ont toutefois plus de chances de revendiquer le statut d'œuvres que les annuaires...

¹⁸⁸⁸ *Ibid.*, n°18 ; c'est moi qui souligne.

il est possible d'étendre la protection sans dénaturer le droit d'auteur comme il l'est actuellement. L'examen des deux conditions de protection permettra de formuler quelques propositions en matière de preuve.

(5) La mise en perspective artistique s'achèvera sur une mise à l'épreuve des critères de protection dégagés par quatre phénomènes de la modernité : « l'art industriel » (ou « *design* »), auquel la théorie de l'unité de l'art, en vigueur en France depuis 1902, a fait la part belle, permettant aux entreprises de s'arroger le droit des auteurs ; l'AC – plus exactement les tendances inspirées des *ready-mades* de Marcel Duchamp, telles que l'art conceptuel et l'art minimaliste et, enfin, la photographie. Ces trois confrontations nous permettront de débusquer quelques mythes qu'entretient savamment notre époque.

Réflexions liminaires

En guise d'introduction, un texte d'Albert Camus, d'une rare actualité, permet de nous placer d'emblée dans le vif du sujet et de comprendre la nécessaire articulation entre la création, objet de cette partie, et l'activité marchande, d'une part ; entre la création et l'éthique du sujet, d'autre part. Ce passage tiré de *L'Homme révolté* permet de saisir l'exigence propre à une véritable démarche artistique :

« En art, la révolte s'achève et se perpétue dans la vraie création, non dans la critique ou le commentaire. La révolution, de son côté, ne peut s'affirmer que dans une civilisation, non dans la terreur ou la tyrannie. Les deux questions que pose désormais notre temps à une société dans l'impasse : la création est-elle possible, la révolution est-elle possible, n'en font qu'une, qui concerne la renaissance d'une civilisation.

La révolution et l'art du XX^e siècle [...] nient ce qu'ils affirment pourtant dans leur mouvement même et cherchent tous deux une issue impossible. [...] La société de la production est seulement productrice, non créatrice. [...]

L'art et la société, la création et la révolution doivent [...] *retrouver la source de la révolte où refus et consentement, singularité et universel, individu et histoire s'équilibrent dans la tension la plus dure*. La révolte n'est pas en elle-même un élément de civilisation. Mais elle est préalable à toute civilisation. Elle seule, dans l'impasse où nous vivons, permet d'espérer l'avenir dont rêvait Nietzsche : "Au lieu du juge et du répressur, le créateur." Formule qui ne peut pas autoriser l'illusion dérisoire d'une cité dirigée par des artistes. Elle éclaire seulement le drame de notre époque où *le travail, soumis entièrement à la production, a cessé d'être créateur*. La société industrielle n'ouvrira les chemins d'une civilisation qu'en redonnant au travailleur la dignité du créateur, c'est-à-dire en appliquant son intérêt et sa réflexion autant au travail lui-même qu'à son produit. [...]

La beauté, sans doute, ne fait pas les révolutions. Mais un jour vient où les révolutions ont besoin d'elle. Sa règle qui conteste le réel en même temps qu'elle lui donne son unité est aussi celle de la révolte. [...] En maintenant la beauté, nous préparons ce jour de renaissance où la civilisation mettra au centre de sa réflexion, loin des principes formels et des valeurs dégradées de l'histoire, cette *vertu vivante qui fonde la commune dignité du monde et de l'homme*, et que nous avons maintenant à définir en face d'un monde qui l'insulte. »¹⁸⁸⁹

¹⁸⁸⁹ Albert CAMUS, *L'Homme révolté*, Gallimard, coll. NRF, Paris 1951, pp. 336-342, chap. IV (« Révolte en art – Création et révolution »), pp. 336-342 ; c'est moi qui souligne.

Nous sommes ici très loin du *Portrait de l'artiste en travailleur* vanté par Pierre-Michel Menger dans une vision faisant la part belle aux vues capitalistes¹⁸⁹⁰, lesquelles ne voient dans le processus créatif qu'un simple *travail*, objet de rémunération, dont on se demande dès lors en quoi il justifie une protection juridique plus spécifique et surtout plus étendue que celle accordée par le droit de la concurrence déloyale. La plupart des spécialistes reconnaissent en effet que l'émergence du droit d'auteur, et donc sa raison d'être, sont étroitement associés à l'apparition de la notion de personne ; Michel Foucault voit par exemple dans la naissance de ce droit « le moment fort de l'individualisation dans l'histoire des idées, des connaissances, des littératures, dans l'histoire de la philosophie aussi, et celle des sciences... »¹⁸⁹¹. Il s'agira dans ce chapitre de ne pas s'arrêter aux simples constatations des mutations de notre société, en spectateurs hypnotisés par la réalité marchande que nous nous sommes « donnée », mais de tenter de mieux comprendre l'essentiel humain que cache la création afin de saisir les vraies conditions et la nature profonde de cette dernière. Pour ce faire, plutôt que de tenter une périlleuse et assez inutile définition de l'art, il peut s'avérer préférable de s'interroger sur ce que l'art apporte à l'humanité. Peut-être alors pourrions-nous mieux comprendre en quoi notre société marchande élude avec notre complicité cette dimension essentielle de notre condition humaine que nous avons apparemment si peur d'appréhender.

Pourquoi créer ?

La création prend une connotation bien différente selon les auteurs : marque de la part la plus « élevée » de la personnalité, elle devient recherche d'un sublime jamais atteint chez les Romantiques ; effet des aspects les plus obscurs de l'humain, elle se révèle exutoire thérapeutique chez Sigmund Freud. Il serait toutefois dommageable de limiter l'activité artistique aux malades psychiques de toutes sortes, à tout le moins aux inconsolables de la vie, ou, au contraire, aux personnes les plus accomplies et les plus équilibrées. Tout être humain, en tant que tel, est concerné, et même « convoqué » dans son humanité par l'activité créatrice. Il ne s'agit donc pas d'affirmer que seuls les êtres libres sont créatifs, mais de mieux situer les rapports entre la personnalité et la créativité d'une part, les divers buts que le développement de la créativité peut poursuivre, d'autre part : que ce but soit d'ordre thérapeutique ou spirituel, il s'agit toujours d'une expression de soi, le *soi* pouvant être appréhendé à des niveaux de profondeurs différents. En fait, comme dans de nombreuses activités humaines, l'acte créateur étant sans doute le plus symbolique et le plus spécifique d'entre eux, la

¹⁸⁹⁰ Pierre-Michel MENER, *Portrait de l'artiste en travailleur*, op. cit. ; voir ci-dessus, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), chap. « Le Fondement de la protection – Le travail », pp. 487 ss.

¹⁸⁹¹ Michel FOUCAULT, *Qu'est-ce qu'un auteur ?* [a], dans *Bulletin de la Société française de philosophie*, juillet-septembre 1969 ; repris dans *Dits et écrits (1954-1969)*, vol. 1, Gallimard, coll. Bibliothèque des sciences humaines, Paris 1969, p. 77, cité par Hélène MAUREL-INDART, *Du Plagiat*, op. cit., p. 115.

principale question qu'il convient de se poser est de savoir « qui », quel niveau de personnalité, s'exprime, autrement dit : d'où part le geste.

La question « pourquoi créer ? » peut s'entendre de deux manières différentes : la première interroge les motifs de l'acte créateur chez l'homme, la seconde se penche sur l'intérêt de la création pour l'amateur. La question couvre deux points de vue, celui de l'auteur et celui de son public, mais qui s'avèrent intrinsèquement complémentaires : à la suite de Friedrich Schleiermacher, les romantiques allemands, ceux du Cercle d'Iéna en particulier, ont bien saisi l'ambiguïté du statut de l'auteur, à la fois producteur et spectateur de son œuvre, qui a pour corollaire la constatation d'un rôle plus actif du public dans la réception et l'interprétation de l'œuvre qu'on ne l'imaginait. Le statut de l'artiste se déplace ; l'art n'est plus l'affaire d'un jugement esthétique focalisé sur une œuvre perçue comme objet « donné » et fini, mais relève d'un « faire » artistique auquel collabore en un sens l'amateur par la relation qu'il établit avec l'œuvre¹⁸⁹². Ce déplacement de l'objet vers le « faire » contribue à la reconnaissance de l'autonomie de l'art¹⁸⁹³. La perspective de l'artiste et celle du spectateur se complètent d'une troisième, celle de la présence de l'œuvre au monde, qui lui confère une influence très particulière sur ceux qui l'observent, expliquant le besoin de certains de se ressourcer auprès d'elle des heures durant, en une forme d'entretien silencieux.

La création, un phénomène très étudié

Nombreuses sont les disciplines qui se sont intéressées au processus créatif, afin de tenter d'en expliquer les mécanismes. Les principales sont sans doute la psychologie, la psychanalyse, la philosophie par le biais de la théorie de la connaissance, et, comprise dans un sens fort extensif, l'histoire de l'art. Hormis la phénoménologie, elles abordent toutes ce processus par la voie de la généralisation du savoir et des explications causales, et cherchent la plupart du temps à le banaliser.

Les modèles développés décrivent souvent la création comme une série d'étapes se déroulant toujours dans le même ordre. Le plus connu d'entre eux est sans doute celui de Graham Wallas. Il articule la création autour de quatre étapes que sont la préparation, l'incubation, l'illumination et la vérification¹⁸⁹⁴. Toutefois, elle semble calquée sur les phases d'une donnée d'ordres (instruction, délégation / exécution, vérification), et elle n'explique pour ainsi dire rien. L'incubation, qui se définit comme une phase de décantation au cours de laquelle les informations éparses préalablement collectées reposent « dans un univers vague », inconscient et irrationnel, avant de

¹⁸⁹² Friedrich Daniel Ernst SCHLEIERMACHER, *Esthétique – Tous les hommes sont des artistes*, Cerf, coll. Passages, Paris 2004.

¹⁸⁹³ Voir ci-dessous, chap. « L'autonomie de l'art », pp. 593 ss.

¹⁸⁹⁴ Graham WALLAS, *The Art of Thought*, Hartcourt Brace, New York 1926, cité par Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit., pp. 13-14.

trouver un nouvel ordre, ne nous en dit pas plus sur cette métamorphose que le cocon ne nous laisse deviner ce qui se passe entre la chenille et le papillon. Quant à l'illumination, elle se définit avant tout comme le résultat de l'état précédent, comme l'émergence du nouvel ordre mystérieusement réorganisé. Ces étapes sont avant tout descriptives, elles restent extérieures et figées face à un phénomène qu'il s'agit d'aborder dans sa dynamique propre.

La psychanalyse, focalisée qu'elle est sur les troubles mentaux, rattache pour sa part systématiquement la créativité à un état pathologique ou anormal : Sigmund Freud associe ainsi la créativité à la névrose et lui assigne le but de sublimer les pulsions sexuelles, là où Adler y voit le ressort de la compensation, ce qui revient à dire que « l'individu crée sous l'impulsion d'un mécanisme psychique inconscient pour suppléer voire soulager les infériorités physiques ou psychiques dont il souffre ». Quant aux théories dites de la personnalité créatrice, elles se contentent de rattacher la création à certains traits de personnalité, les rapprochant parfois de la pathologie¹⁸⁹⁵.

Ce foisonnement d'approches invite à une véritable mise à plat sous l'angle phénoménologique, afin de mieux comprendre les enjeux de la création au sein de la société civile.

Un besoin fondamental

La question de l'art nécessite avant tout un désenclavement des limites que certains discours lui imposent. Alors que les romantiques avaient cantonné l'art à la recherche du Beau, détaché de toute référence au Bon et au Vrai, notre époque a tendance à en faire un objet de culture, voire de loisirs. Elle oublie ainsi qu'il est avant tout, pour ceux qui le pratiquent, une *expérience* et une *aventure* qui les soumet à une *épreuve* tout à fait particulière de la réalité. Cette épreuve, qui les transforme en profondeur, fait de l'art un mode de connaissance spécifique, pour le moins complémentaire des sciences. La nécessité de l'art ne se réduit donc pas à combler un déficit de beauté dans sa vie quotidienne, pas plus qu'il n'est destiné à fournir le marché de l'art ou à remplir les musées. L'art n'est pas là non plus pour servir d'exutoire ou de thérapie à tous les souffrants psychiques de nos sociétés, pas plus qu'il n'est pur produit d'une culture. Sa nature ne s'y oppose toutefois pas non plus, et permet sans doute d'obtenir chez certains des résultats significatifs. Mais l'activité artistique répond à un besoin plus fondamental et plus complet que l'esthétique, la culture, la réflexion philosophique ou la thérapie, et c'est ce besoin là qu'il nous va falloir interroger ici. Il va sans dire que le discours économique classique voulant faire croire aux détracteurs du droit d'auteur que ce dernier n'emporte pas le retrait d'un bien existant à la jouissance commune, dès lors que sans sa protection il n'y aurait rien à partager, est vivement contestable¹⁸⁹⁶. Si

¹⁸⁹⁵ Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit., p. 5.

¹⁸⁹⁶ Se font notamment l'écho de cette opinion : Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, op. cit, pp. 6-7, n°4 ; les deux auteurs précisent toutefois leur pensée un peu plus loin : « Il est des œuvres qui

la motivation des majorats est essentiellement – pour ne pas dire exclusivement – financière, tel est loin d'être le cas des plus puissants auteurs ; c'est du reste ce qui explique en partie l'exploitation des uns par les autres, dans les domaines artistiques – notamment musicaux – et littéraires. Le fait est que le « besoin irrépessible de créer » qu'évoquent Michel Vivant et Jean-Michel Bruguère concerne à première vue des pans entiers de la création, à savoir les activités artistiques dans leur ensemble, y compris musicales, ainsi que littéraires ; il peut en être de même pour les *arts appliqués à l'artisanat*. Les œuvres scientifiques telles que les articles de communication visent eux aussi d'autres buts qu'immédiatement financiers.

L'art a souvent été présenté comme une manière de juguler ses peurs, de repousser ses limites. Inspirés par l'image d'une œuvre qui prendrait la place d'un enfant dans la vie de l'artiste, plusieurs ont avancé que l'art serait issu de la volonté de laisser une trace de soi qui survive à sa propre mort. Cette notion, sans doute vraie pour une part, doit toutefois être dépassée à deux titres au moins : l'œuvre tout d'abord n'est pas qu'une trace de l'auteur en ce qu'elle le *dépasse*, le *traverse* au sens fort, dans le processus même de son exécution, et cette sensation semble très vive chez les artistes les plus « puissants ». Ainsi Pierre Soulages insiste-il sur l'universalité à laquelle l'art nous pousse :

« Un art doit être compris, aimé, partagé par n'importe qui, n'importe où dans le monde. Que nous soyons marqués par la culture dans laquelle nous avons grandi et vécu, cela fait partie de nous, bien évidemment. Mais je crois qu'en art, il n'y a, fondamentalement, que des aventures qui dépassent l'individu et même sa culture. »¹⁸⁹⁷

L'œuvre surtout n'est pas qu'une trace en ce sens qu'il n'est pas *nécessaire* qu'elle nous survive en tant que matière ou témoin : il suffit pour certains qu'elle ait cristallisé ne fût-ce qu'un instant ce qui l'habite – témoin qu'elle est d'une expérience. L'œuvre d'art, comme « trace », n'est donc qu'un aspect de l'art, et limiter notre examen à ce seul témoin du mystère ne peut que l'appauvrir ; il s'avère nécessaire de se pencher sur le processus créatif lui-même. De même que le droit ne se limite pas au droit positif, mais intègre les normes *en production*¹⁸⁹⁸, l'art ne se limite pas aux seules œuvres, mais inclut nécessairement le processus créatif.

S'il est vrai que « Créer un objet qui corresponde dans le monde du dehors avec quelque chose à l'intérieur de vous, c'est le rêve du travail »¹⁸⁹⁹, comme nous le

naissent parce que l'auteur sent le besoin irrépessible de créer. Le cadre juridique ne fait rien à l'affaire. Mais dans le cas du jeu vidéo [...] qui suppose 20 millions d'investissement, on conçoit bien que l'existence ou l'inexistence d'une protection offerte à celui-ci est un élément fort, sinon majeur, de la prise de décision. » (*Ibid.*, p. 8, n°5).

¹⁸⁹⁷ Pierre SOULAGES, *Outrenoir – Entretiens avec Françoise Jaunin*, La Bibliothèque des Arts, Lausanne 2012, p. 31.

¹⁸⁹⁸ Voir ci-dessus, partie 02 (« De l'épistémologie du droit à la méthodologie transdisciplinaire »), chap. « La notion de droit », pp. 70 ss.

¹⁸⁹⁹ Alain de BOTTON, *Splendeur et misères du travail*, Mercure de France, Paris 2010.

rappelle Alain de Botton dans *Splendeur et misères du travail*, c'est l'acte créateur qui semble réaliser le mieux la promesse inscrite en filigrane au sein de tout travail humain. Il semble donc particulièrement instructif de se pencher sur le sens et le rôle de l'art et de la littérature, (1) tant pour ceux qui les pratiquent (2) qu'à travers les visions du monde qu'ils rendent possible (3) pour le public à qui ils s'adressent.

L'art comme catalyseur de l'auteur

Janis Ian, la célèbre chanteuse de jazz américaine, connue pour son opposition aux majorats de la musique, commence son article *From The Majors to The Minors* en se demandant ce qui pousse tout artiste à faire des disques, et, plus généralement, à créer. Citant Stella Adler, elle invoque alors l'idée que c'est « ce quelque chose en vous qui est trop grand pour sortir d'une autre manière »¹⁹⁰⁰. Il s'agit, quoiqu'il semble, d'un point de vue plus éclairant que celui de « l'expression de la personnalité », parce qu'il réintroduit le caractère d'urgence et la notion d'une force qui à la fois dépasse et traverse l'auteur, parfois de manière douloureuse, parfois en le transportant, mais toujours intense, au point qu'elle doit sortir sous forme d'empreinte dans la matière. Une force transformante : de la matière par l'artiste, mais aussi de l'artiste par l'œuvre, dans un premier temps à travers le processus d'élaboration, par la « résistance » que sa matérialité – mieux : son altérité – lui oppose, puis une fois l'œuvre devenue autonome, par le recul qu'elle lui permet de prendre.

Les quatre degrés de l'urgence de créer

On peut de fait déceler plusieurs paliers de l'urgence et de l'implication créative de l'auteur, de la plus faible à la plus forte. Elles sont toutes importantes, mais n'interrogent pas la même profondeur chez l'auteur :

- la création peut tout d'abord être recherchée en tant que relation à l'autre et viser le regard social : c'est la sphère de l'art, focalisée sur l'œuvre qui se donne à partager ;
- de manière plus intérieure, la création est abordée dans une perspective de développement de la personnalité, de découverte et de déploiement de l'espace intime ; il s'agit alors d'une démarche autocentrée, vécue en tant que *processus* intérieur ; elle s'assimile à la recherche du *sens* de l'existence ;
- la création peut s'imposer à l'auteur comme vitale pour son propre équilibre ; éprouvée comme venant en amont de soi, la création peut s'inscrire au cœur de l'existence de l'artiste, qui en fait alors sa raison d'être, sa « mission de vie ». La démarche artistique devient alors le sens même de son existence ;
- enfin, dans un autre registre, la création peut s'imposer comme une force traversant l'artiste et acquérir une dimension *thérapeutique*, que reflète l'art

¹⁹⁰⁰ « There is something inside you that is too big to get out any other way. » (Janis IAN, *From the Majors to the Minors* [a], dans *Performing Songwriter Magazine*, n°46 (avril 2000)).

brut. Elle se vit dans ce cas comme *décharge* davantage que comme œuvre à construire et à partager.

Il reste à voir en quoi même les processus créatifs les plus forts ne font pas de l'homme un jouet de forces extérieures, comme on le croyait sous l'Antiquité, mais impliquent son être le plus profond.

La plupart des auteurs qui ont un contact direct avec les artistes admettent leur profonde implication dans le processus créatif. Pour Dana Hilliot, fondateur du label « Another Record », les musiciens vivent *pour* leur art bien plus qu'ils ne vivent *de* leur art, ce qui ne les empêche aucunement de continuer d'écrire des chansons¹⁹⁰¹, tant cet engagement semble vital. Rainer Maria Rilke interroge en ce sens le jeune poète venu lui demander conseil :

« Entrez en vous-même, cherchez le besoin qui vous fait écrire : examinez s'il pousse ses racines au plus profond de votre cœur. Confessez-vous à vous-même : mourriez-vous s'il vous était défendu d'écrire ? Ceci surtout : demandez-vous à l'heure la plus silencieuse de votre nuit : "Suis-je vraiment contraint d'écrire ?" Creusez en vous-même vers la plus profonde réponse. Si cette réponse est affirmative, si vous pouvez faire front à une aussi grave question par un fort et simple : "Je dois", alors construisez votre vie sur cette nécessité. Votre vie, jusque dans son heure la plus indifférente, la plus vide, doit devenir signe et témoin d'une telle poussée. »¹⁹⁰²

John Howe, le célèbre illustrateur des œuvres de John Ronald Reuel Tolkien, indique plus simplement à ses lecteurs que le besoin de dessiner, s'il les travaille, loin d'être une « lubie », s'avère « un élément de [leur] équilibre d'être humain »¹⁹⁰³. Thierry Delcourt montre bien de son côté le caractère irrépressible de la démarche artistique et l'implication globale de l'artiste, laquelle ne relève ni de la contrainte au sens propre, ni d'une quelconque pathologie, mais plutôt d'une volonté de faire trouver à travers leurs représentations individuelles le « point de résonance » avec la dimension d'universalité culturelle »¹⁹⁰⁴

Une expérience qui transforme et révèle

□ La « résistance » de l'œuvre

Pour atteindre ce « point de résonance », l'artiste – mais aussi, toute proportion gardée, l'auteur au sens large – doivent accepter d'être transformés par le processus créatif. Il s'agit d'une véritable expérience de confrontation avec la matière qui « résiste » au projet initial et littéralement le transforme. Georges Braque écrivait dans son *Cahier* :

¹⁹⁰¹ Dana HILLIOT, *De la Dissémination de la musique* [a], op. cit.

¹⁹⁰² Rainer Maria RILKE, *Lettres à un jeune poète*, 1929, dans *Œuvres* (vol. 1 : *Prose*), Seuil, Paris 1966, pp. 315-355, lettre du 17 février 1903, p. 317.

¹⁹⁰³ « Si l'illustration ne permet pas toujours de payer ses traites en temps voulu, vous créez quelque chose d'unique, que vous seul pouvez faire. C'est un point important. Si elle ne peut pas occuper le rôle principal dans votre vie, trouvez-lui une autre place. Ne faites pas l'impasse dessus, ne l'oubliez pas. Le besoin de dessiner n'est pas juste une lubie, c'est un élément de votre équilibre d'être humain » (John Howe, *Univers de légende*, p. 106).

¹⁹⁰⁴ Thierry DELCOURT, *Au risque de l'Art, L'Âge d'Homme*, Lausanne (Suisse) 2007, p. 141.

« Je ne fais pas comme je veux, je fais comme je peux »¹⁹⁰⁵ ; il devait surtout noter par la suite : « Le tableau est fini quand il a effacé l'idée »¹⁹⁰⁶. Sans cette résistance, il n'est point d'art possible, comme il n'est pas de science sans confrontation à la « résistance » de la réalité, que ce soit à travers le verdict des faits ou les exigences propres à la logique mathématique. Quel serait le mathématicien qui, placé devant une équation à résoudre, refuserait de se soumettre aux rigueurs de la logique mathématique ? Mais la comparaison s'arrête assez vite – l'art n'est pas la science – car ces deux domaines sont travaillés par des résistances différentes, comme nous le verrons par la suite en étudiant les forces qui furent à l'œuvre pour permettre à l'art de faire son apparition chez les premiers humains.

Florence Begel évoque à propos de l'art une « lutte entre l'intention et sa réalisation »¹⁹⁰⁷. L'artiste doit apprendre à « composer » entre son intention d'une part, la réalité des matériaux et sa manière d'habiter son corps d'autre part. Dans la grande forge de la création, le moment vient souvent par exemple où l'œuvre se prête moins facilement aux retouches, se « durcit » et se révèle plus difficile à travailler. Gustave Flaubert en donne une illustration remarquable dans sa lettre à Louise Colet du 29 janvier 1853 à propos de *Madame Bovary*, alors en cours d'écriture :

« Chaque paragraphe est bon en soi, et il y a des pages, j'en suis sûr, parfaites. Mais précisément à cause de cela, ça ne marche pas. C'est une série de paragraphes tournés, arrêtés, et qui ne dévalent pas les uns sur les autres. Il va falloir les dévisser, lâcher les joints, comme on fait aux mâts de navire quand on veut que les voiles prennent plus de vent. »¹⁹⁰⁸

Jean-François Malherbe associe ce phénomène de « résistance » à la distance séparant tout projet humain de son résultat :

« l'action est le lieu d'un perpétuel écart entre la logique des *projets* et l'effectivité des *résultats*. Cet écart – que j'ai appelé ailleurs l'écart entre les valeurs affichées et les valeurs pratiquées – consacre le caractère *tragique* de l'action.

L'humain agit librement dans un monde d'incertitude et la portée de ses décisions excède toujours de beaucoup la portée de son savoir. De plus, les conséquences de ses décisions, en se déroulant selon les lois de la nature et de la société, croisent les conséquences des décisions prises par d'autres acteurs sociaux. Et du croisement de ces chaînes de conséquences surgissent des effets inattendus et totalement imprévisibles. »¹⁹⁰⁹

Mais la « résistance » opposée au projet initial de l'artiste au cours du processus créatif ne se confond pas avec la complexité. La « résistance » propre au processus créatif semble plus profonde encore que le tragique éthique qui imprègne chacune de nos

¹⁹⁰⁵ Georges BRAQUE, *Le Cahier de Georges Braque*, Maeght, Paris 1994, p. 15.

¹⁹⁰⁶ *Ibid.*, p. 88.

¹⁹⁰⁷ Florence BEGEL, *La Philosophie de l'art*, Seuil, coll. Mémo, Paris 1998, p. 56.

¹⁹⁰⁸ Gustave Flaubert à Louise Colet, 29 janvier 1853 ; <http://jb.guinot.pagesperso-orange.fr/pages/oeuvres5.html>.

¹⁹⁰⁹ Jean-François MALHERBE, *Qu'est-ce qu'une œuvre d'art ?* [a], dans BEDARD Jean, MALHERBE Jean-François, *Telle une « œuvre d'art », la vie...*, G.G.C., Sherbrooke (Canada) 2003, pp. 127-149, pp. 128-129 ; c'est l'auteur qui souligne.

actions ; elle tient aussi aux inconnues de son monde intérieur, ainsi qu'à l'inconnu d'un monde qu'il ne peut se contenter de dévoiler, comme s'il préexistait à son intervention, mais qu'il s'agit d'appeler à l'être pour parfaire l'existant. Antoine Moreau, l'un des initiateurs de la licence Art Libre, va jusqu'à évoquer la disposition légale applicable à la découverte de trésors archéologiques pour fonder sa thèse du partage de la création¹⁹¹⁰. Ce faisant, il se laisse porter par le symbole de la *découverte* propre à toute création et source d'un mystère qui n'a pas plus de fond que la *sujétité* des humains. Mais il ne faudrait pas pousser l'analogie jusqu'à confondre l'*inconnu* objet de la découverte artistique et le *hasard* à l'origine de la découverte d'un trésor : la création nourrit un lien profond avec son auteur, si bien que personne n'était en mesure de peindre la Montagne Sainte Victoire comme l'a fait Cézanne. La résistance de la matière, au contraire, révèle l'auteur – dont la personnalité singulière est appelée à « sortir du bois » – en même temps que ce qui nous est commun à lui. Écoutons Jean Bazaine à propos de ce processus créatif dont le peintre français dit qu'il est *aveugle* et tâtonnant : « Cette réalité-là, elle ne nous est pas donnée toute faite ; sa forme, nous ne la connaissons pas à l'avance ; et c'est cet effort aveugle de la création qui, nous ramenant aux plus pures de nos sources, me paraît si important. »¹⁹¹¹

Marc Le Bot, s'exprimant sur le *Credo du créateur* de Paul Klee, dit à peu près la même chose :

« La croyance qui anime l'artiste, quand il peint, est qu'il s'en va à l'aventure. [...] Quand il suit le tracé du crayon que la main déplace, il ignore à l'avance par où il va passer. Il est en cela comparable à un homme qui part pour la promenade. L'homme ne s'est pas fixé de but. D'ailleurs il part en terrain inconnu. Il marche dans un paysage qu'il découvre en marchant. »¹⁹¹²

Cela est si vrai que l'auteur est incapable de planifier son activité, et peut rester de longs mois en période de « gestation » avant que l'œuvre ne se révèle à lui d'un seul coup, sans crier gare. C'est ainsi que Rainer Maria Rilke espéra pendant des années que « surgisse l'émergence créatrice dont il ressentait douloureusement l'inhibition » avant qu'il ne puisse écrire en février 1922 ses *Élégies* en quelques jours à peine¹⁹¹³. Cette incertitude du résultat qu'est l'œuvre est consubstantielle au processus créateur. Ainsi, pour Henri Bergson, « il est impossible de comprendre l'œuvre d'art comme la simple exécution d'un projet déjà tout fait en pensée avant d'être mis en œuvre, ce qui serait confondre fabrication et création »¹⁹¹⁴. Cette remarque rejoint toute la réflexion du philosophe dans son livre *La Pensée et le mouvant* sur les rapports existant entre le réel et le possible ; elle s'inscrit dans l'idée que l'avenir n'est pas déjà contenu dans le

¹⁹¹⁰ Art. 716 du CC français : « Le trésor est toute chose cachée ou enfouie sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété, et qui est découverte par le pur effet du hasard. » (Antoine MOREAU, *Le Copyleft appliqué à la création hors logiciel* [r], op. cit., p. 3).

¹⁹¹¹ Jean BAZAINE, *Le peintre et le monde d'aujourd'hui* [a], dans *Esprit*, janvier 1962, pp. 17-28, p. 25.

¹⁹¹² Marc LE BOT, *Paul Klee*, Maeght, coll. Chroniques anachroniques, Paris 1992, p. 79.

¹⁹¹³ Jean BROUSTRA, Guy LAFARGUE, *L'expression créatrice*, Morisset, coll. Essentialis, Paris 1995, p. 57.

¹⁹¹⁴ Jeanine HORTONEDA, *Bergson : Atelier de lecture « La Pensée et le Mouvant » – La notion de possible* [a], compte-rendu de la séance du 25 octobre 2000, <http://pedagogie.ac-toulouse.fr/philosophie/hortoneda.htm>.

passé, mais que « c'est le réel qui éclaire le possible, et non l'inverse. Ce qui advient participe à une redéfinition du passé ». Ce renversement vertigineux de nos habitudes mentales, en ce qu'il « accorde une prééminence au présent sur le passé dans le devenir »¹⁹¹⁵, autorise l'idée d'une véritable *création* – artistique notamment – qui soit bien davantage qu'un simple *dévoilement*, sans entraîner pour autant une coupure avec le passé.

Durant les dernières années de sa vie, soit à partir de 1980, Michel Foucault s'attacha à l'étude d'un domaine irréductible à ceux du pouvoir et du savoir et qu'il nommera « régime de vérité ». Il s'agissait par là d'étudier « les actes que le sujet peut et doit exercer librement sur lui-même pour accéder à la vérité »¹⁹¹⁶. Dans le cadre d'une entrevue qu'il accorda à Toronto, il montra à quel point la transformation de l'auteur par son œuvre relevait pour lui de ce « régime de vérité » :

« Croyez-vous que j'ai travaillé autant, pendant toutes ces années, pour dire la même chose et ne pas *être transformé* ? [...] Cette transformation de soi par son propre savoir est, je crois, quelque chose d'assez proche de l'expérience esthétique. Pourquoi un peintre travaillerait-il, s'il n'est pas *transformé* par sa peinture ? »¹⁹¹⁷

De la même manière que Gustave Flaubert éprouvait la nécessité de donner du jeu à son texte, l'artiste est appelé à prendre du recul par rapport à ses certitudes sur le monde, à secouer la rigidité de ses constructions mentales qui se posent en *système* pour éprouver de nouvelles combinaisons. Il est appelé à interroger la réalité comme s'il n'en savait rien, à la découvrir comme « étrange » et vivant sa propre vie ; cette expérience présente de profondes similitudes avec l'approche chamaniste de la réalité. Ainsi le peintre André Marchand confiait-il à Maurice Merleau-Ponty :

« Dans une forêt, j'ai senti à plusieurs reprises que ce n'était pas moi qui regardais la forêt. J'ai senti certains jours que c'étaient les arbres qui me regardaient, qui me parlaient. Moi j'étais là, écoutant... Je crois que le peintre doit être transpercé par l'univers et non vouloir le transpercer. »¹⁹¹⁸

Comme dans les contes, l'aventure véritable commence à l'instant où le héros se perd. Cette mise entre parenthèses – ou, mieux : en perspective – du carcan de l'organisation rationnelle de nos pensées et des habitudes de notre vie quotidienne, située aux antipodes d'une attitude de contrôle, permet la découverte d'une dimension qui nous ouvre sur l'ensemble des possibles :

¹⁹¹⁵ Florence RUDOLF, *La Dimension collective et individuelle de la société du risque* [a], dans *Alliage*, n°48-49 (2001), *Pour une nouvelle culture du risque*, pp. 39-55 ; <http://revel.unice.fr/alliage/index.html?id=3776>, p. 41.

¹⁹¹⁶ WIKIPEDIA, L'ENCYCLOPEDIE LIBRE, *Michel Foucault* [a], http://fr.wikipedia.org/wiki/Michel_Foucault, consulté le 23.09.2011.

¹⁹¹⁷ Bruno DESHAIES, *Michel Foucault, Dits et écrits Volumes III et IV (1976 à 1988)* [a], compte-rendu de lecture, dans *Nuit Blanche* n°63 (1996), pp. 19-21 ; <http://www.erudit.org/culture/nb1073421/nb1114660/21210ac.pdf>, pp. 19-20 ; c'est moi qui souligne.

¹⁹¹⁸ Maurice MERLEAU-PONTI, *Le Visible et l'invisible*, Gallimard, Paris 1979, p. 31.

« Contrairement à la pensée pratique, elle [la pensée poétique] n'est pas créatrice de vérités mais révélatrice. Elle s'avance en révélant des réalités qui étaient hors conscience et fait ainsi reculer le mirage quotidien dans lequel nous baignons. »¹⁹¹⁹

Un jeu s'instaure, plein de surprises, qui dévoile peu à peu un monde que l'on croyait connu et qui se révèle riche d'autres réalités. L'auteur qui décide d'entrer dans cette expérience est appelé à renoncer au projet initial qui l'avait porté jusque là, ce qui fait dire à Georges Brunon : « Peindre est un acte sans projet. C'est en peignant que se dessine le projet, comme si en marchant on faisait naître le projet »¹⁹²⁰.

¹⁹¹⁹ Georges BRUNON, *L'Art sans l'Histoire de l'art*, L'Harmattan, coll. Métaphysique au quotidien, Paris 2011, p. 120.

¹⁹²⁰ *Ibid.*, p. 123.

□ *Dévoilement du monde, dévoilement de soi*

Notons tout d'abord que la pensée de la création comme *dévoilement* du monde la rapproche de l'invention scientifique. On a souvent opposé – à tort semble-t-il – le processus de création et celui d'invention scientifique, alors que les inventions sont, sous l'angle du dévoilement, des formes de création¹⁹²¹. Création et invention se rapprochent également par la notion d'idée, bien que certains doctrinaires aient opposé processus créatif et idée. Ainsi que nous le verrons, le processus créatif porte au contraire sur la transformation des idées internes de l'auteur, à l'occasion de sa confrontation à la matière. Il n'y a donc pas lieu de réserver le monde des *idées* aux scientifiques et de cantonner les artistes à celui de la *forme*, ou de refuser à l'idée la possibilité de s'avérer originale¹⁹²², pour autant que l'on admette que l'auteur, au contraire du scientifique, est souvent appelé au cours du processus créatif à perdre pied d'une manière radicale¹⁹²³, ce qui ne manque pas de remettre profondément en cause l'idée qu'il portait en lui à l'origine du processus. La création artistique, plus libre semble-t-il dans sa forme, exempte de toute *méthode* et peu soucieuse de reproductibilité, permet dès lors d'aller plus loin dans la découverte et du monde et de soi. S'il n'y a pas lieu de voir une opposition entre invention et création, il ne faudrait donc pas aller jusqu'à les confondre. Abordons donc le propre de la création artistique.

Le dévoilement du monde est, dans le même mouvement, dévoilement du *soi*, autrement dit du principe qui nous fait uniques et *sujets*. Si l'on accepte l'idée selon laquelle s'approcher de *soi* revient à s'éloigner de son *ego*, autrement dit d'une conscience immédiate obsédée par sa propre survie, le passage suivant d'Albert Camus atteste de la convergence existant entre le rapprochement de *soi* et du monde : « Jamais je n'ai senti, si avant, à la fois mon détachement de moi-même et ma présence au monde. »¹⁹²⁴

Comme dans toute confrontation avec la réalité, il y a transformation, maturation, apprentissage de soi-même à travers les aspects de la personnalité « convoqués », mis à l'épreuve par l'*expérience*. Toute expérience vécue librement nous révèle à nous-même, réveille des aspects de nous qui n'avaient pas été interpellés auparavant, et n'avaient donc pas eu l'occasion de se dévoiler – aux autres, mais aussi à nous-mêmes. Le phénomène est ici particulièrement puissant, puisque le processus de création trouve l'artiste comme *identifié* à son entreprise ; Chantal Deschamps parle d'une « expérience vécue où le créateur n'est en aucun cas dissocié de son processus et de son œuvre »¹⁹²⁵. Par sa résistance au projet de l'auteur, l'œuvre lui permet d'*assimiler* le représenté, de *se l'approprier* – mais d'une manière qu'il est impératif de

¹⁹²¹ Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 38, note 72.

¹⁹²² *Ibid.*, pp. 59-60.

¹⁹²³ Voir ci-dessous, chap. « Le "Chaos créateur" : se perdre pour mieux se trouver », pp. 555 ss.

¹⁹²⁴ Albert CAMUS, *Noces*, Gallimard, coll. Nrf, Paris 1938, chap. « La Djémila ».

¹⁹²⁵ Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit., p. 7.

soigneusement distinguer de la possession ou de la propriété ; l'appropriation, ici, est du domaine de l'être bien plus que de l'avoir, et ressemble davantage à un apprentissage de soi qu'à la conquête du monde. Un poème de Fernando Pessoa l'exprime à merveille :

« Posséder c'est perdre.

Sentir sans posséder, c'est conserver, parce que c'est extraire de chaque chose son essence. »¹⁹²⁶

Mise en forme de la relation à soi et au monde, une œuvre d'art est donc avant tout le résultat de la transformation d'un être humain, et la transposition qu'elle opère entre le ressenti de l'auteur et son expression marque le chemin de cette transformation. Michel Nedjar, un artiste obsédé au début de sa carrière par la Shoah, s'est mis à construire d'étranges poupées de tissu ressemblant à des têtes entourées de bandelettes : « Mes poupées m'ont créé », confiera-t-il à Thierry Delcourt¹⁹²⁷. Cette véritable « transmutation », qu'André Gorz a pressentie lorsqu'il affirmait que toute création au sens large est littéralement « production de soi », s'applique plus spécialement aux œuvres littéraires et artistiques qu'aux autres activités humaines :

« La principale force productive n'est ni le capital machines ni le capital argent, mais la passion vivante avec laquelle ils imaginent, inventent et accroissent leurs propres capacités cognitives en même temps que leur production de connaissance et de richesse. La production de soi est ici production de richesse et inversement ; la base de la production de richesse est la production de soi. »¹⁹²⁸

Jean-Paul Jouary, dans sa réflexion sur l'apparition de l'art à la préhistoire, nous ramène à l'expérience radicale de notre propre intimité d'hommes modernes et confirme à sa manière les travaux de Chantal Deschamps et de Frances Gaezer Grossman¹⁹²⁹. Ce qui est dit ici de l'art paléolithique s'applique aussi à nous : « l'universalité de l'art paléolithique [...] renvoie à une part essentielle de notre propre intériorité »¹⁹³⁰. Entre l'accession de l'*homo sapiens sapiens* à sa propre humanité et cet espace de l'intimité dont la fréquentation reste au XXI^e siècle la condition incontournable de notre humanité – Michel Terestchenko ne parle-t-il pas de « présence à soi » pour définir ce qui distingue l'homme libre des bourreaux ?¹⁹³¹ –, seul le chemin pour y parvenir diffère : là où l'*homo sapiens sapiens* vit l'art comme une école de distinction progressive à partir du « senti-cru-pensé » qui l'habite originellement, nous devons y retourner par renonciation des distinctions apprises. L'histoire de chaque individu semble en effet débiter par un apprentissage accéléré de ces différenciations expérimentées sur des dizaines de milliers d'années par les

¹⁹²⁶ Fernando PESSOA, *L'incertitude du poète : Chirico*, 1913.

¹⁹²⁷ Thierry DELCOURT, *Au risque de l'Art*, op. cit., p. 130.

¹⁹²⁸ André GORZ, *Ecologica*, Galilée, Paris 2008, p. 21.

¹⁹²⁹ Frances Gaezer GROSSMAN, *Creativity as a Means of Coping with Anxiety*, dans *The Art in Psychotherapy*, vol. 8 (1981), pp. 185-192, p. 191, cité par Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit., p.88.

¹⁹³⁰ Jean-Paul JOUARY, *Préhistoire de la beauté – Et l'art créa l'homme*, op. cit., p. 48.

¹⁹³¹ Michel TERESTCHENKO, *Un si fragile vernis d'humanité*, op. cit.

premiers hommes ; cela implique que, contrairement à ce qu'Immanuel Kant a pu affirmer, espace et temps ne sont pas des « formes *a priori* de la sensibilité »¹⁹³². En tant qu'il est la seule activité humaine qui permette – de nos jours encore – de réunir de manière indissociable sensations et raison¹⁹³³, *l'art se nourrit toujours de cet indifférencié originel dont nous avons été progressivement tirés grâce à lui. Il nous permet ainsi de nous réapproprier par l'expérience l'état premier auquel l'apprentissage culturel nous a arraché violemment, nous permettant de construire notre ancrage intérieur en nous ouvrant les portes de notre intime le plus profond*. La vision de l'art développée par le philosophe Michel Henry voit elle aussi en l'art une porte d'accès à l'indifférencié de nos origines et aux « potentialités fondamentales » et libératrices dont il est riche :

« L'art définirait en somme une région originale qui n'a pas sa source dans un existant tout fait, dans une sorte de monde substantiel, réel, mais qui nous renverrait probablement à des potentialités fondamentales, [...] qui seraient comme un horizon dans lequel ce monde est possible. »¹⁹³⁴

L'art s'avère ainsi pour nous une école de l'abandon des velléités de contrôle, essentiellement mentales. En cela, la dynamique de l'art s'avère opposée à la plupart des démarches scientifiques, lesquelles restent encadrées par une méthode qui vise précisément à s'assurer la maîtrise des conditions de l'expérience. On peut aussi dire que l'art se distingue de la science par sa manière de composer avec la « résistance » de la réalité, qui, pour l'un comme pour l'autre, agit comme un crible. C'est ainsi que sciences et art se complètent dans notre projet de dévoilement du monde, et que la recherche intègre du sens à travers la forme conduit à la découverte d'une forme du Vrai.

Le *sujet* en l'homme ne peut se découvrir qu'à travers l'Autre, à travers ce qui échappe à ses projets, à travers la réalité qui lui « résiste » et lui permet de mieux s'approprier par la distanciation ce qu'il vit dans l'intime : sensations, émotions, pensées. Cette résistance, loin de s'opposer à sa liberté, lui donne forme et emprise sur la réalité ; elle révèle la liberté à elle-même et s'avère véritable condition des *choix* du sujet. Le geste n'est *choix* que s'il entraîne des *conséquences*, qui à leur tour appellent de nouveaux choix destinés à le confirmer ou à le corriger, au sein d'une dynamique ouverte. De même, dans le processus créatif, la matière joue le rôle d'un *révéléateur*, au cours d'une prospection qui éprouve un être démuní, dans un champ d'expérience où la technique ne suffit pas – voire se révèle castratrice – et où la copie servile d'un modèle enlève tout sens à la démarche intérieure entreprise. Ainsi, contrairement à ce que croient les tenants de l'AC, la technique n'est pas le fondement de l'art traditionnel mais son

¹⁹³² Jean-Paul JOUARY, *Préhistoire de la beauté – Et l'art créa l'homme*, op. cit., p. 121.

¹⁹³³ *Ibid.*, p. 214.

¹⁹³⁴ Michel HENRY, *Art et phénoménologie de la vie*, entretien avec Michel Henry à propos de son œuvre éponyme, <http://www.philagora.net/philo-fac/henryart.htm>.

épreuve. Il reste possible pour un artiste de la refuser en se servant de son savoir-faire et de ce qu'il sait du monde pour se protéger de l'*expérience de soi* proposée par toute démarche authentique de création : nombreux sont les tâcherons et les plagiaires pour nous le rappeler. Cela ne justifie pourtant pas que l'on rejette la technique ou l'exécution matérielle de l'œuvre au point de prétendre que le processus artistique doive radicalement s'en libérer pour devenir pleinement créatif. Cette libération-là procèderait sans doute d'une notion assez infantile de la liberté, l'assimilant à une absence de tout ancrage et de tout cadre.

□ *Même « traversé », l'auteur demeure actif*

Lorsque le « quelque chose de trop grand pour sortir d'une autre manière » se fait plus impérieux, le projet de l'artiste se limite bien souvent à se laisser « traverser » par la force transformante qui cherche coûte que coûte à se dire à travers lui et à « s'accoucher » dans le monde matériel. Le créateur se sent alors habité par une force qu'il serait vain de prétendre maîtriser. Platon, dans *La République*, y voit le signe que l'aède, dans son délire, n'est plus maître de lui et se trouve à ses yeux relégué au rang de simple porte-parole des dieux ; il lui préfère le philosophe, en raison de sa maîtrise sur son art et du caractère rationnel de ce dernier. Nous savons à présent que le délire du poète peut révéler un aspect plus caché de sa personnalité. Et quand bien même la source d'inspiration de l'aède lui serait par moments « étrangère », il demeure que c'est par lui que le message imprévisible des dieux transite – par lui et personne d'autre –, et que son don reflète sa capacité personnelle à accueillir le message qui le traverse. Qui le traverse : l'expression ne semble pas trop forte pour certains auteurs. Christiane Singer raconte qu'à la fin de l'écriture de son roman sur Héloïse et Abélard¹⁹³⁵, après trois années d'un travail régulier et à quelques pages de la fin, s'étant mise à son bureau et initiant le rituel quotidien de création qu'elle avait mis en place, l'inspiration s'est brusquement tarie sans crier gare :

« Et ce jour-là, j'ai lu la dernière page, j'ai pris mon stylo, et puis : rien. Je me suis dit que c'était une bonne plaisanterie, et puis les heures ont passé et je relisais la dernière page, la dernière page et encore la dernière page. Mais je me disais : et la suite ? Aucune idée, et les jours passent. Cinq jours. Mais le matin du sixième jour, je relis la dernière page. Je me rassois comme si de rien n'était, et puis soudainement, à ce moment là, mes yeux se noient de larmes et j'entends une voix en moi très claire qui me dit : tu croyais que c'était toi qui écrivais ? J'ai toujours su en écrivant, toute ma vie, que quelque chose passait à travers moi, que la seule chose à laquelle je pouvais prétendre, c'était de nettoyer mon instrument, de faire que cet instrument soit aussi bien accordé que possible, de travailler au perfectionnement de cet instrument que je suis. »¹⁹³⁶

La tradition a trop souvent voulu voir dans le phénomène de l'*inspiration sacrée* un passage de relais purement mécanique, où l'artiste s'effacerait totalement derrière le message véhiculé, alors que toute l'humanité de l'artiste est impliquée dans son rôle de

¹⁹³⁵ Christiane Singer, *Une Passion – Entre ciel et chair*, roman, Albin Michel, coll. Espaces libres, Paris 2000 [1992].

¹⁹³⁶ *Le sacré dans l'amour*, conférence prononcée lors du deuxième forum Terre du Ciel à la Pentecôte 1993 à Annonay (France), dans Christiane SINGER, *Du bon usage des crises*, Albin Michel, Paris 1996, pp. 77-98, pp. 78-79.

passer. Il est vrai que cette implication personnelle a pu placer l'artiste dans la délicate position d'un rival des dieux partageant avec eux le don de création, faisant de lui soit le blasphémateur suprême, soit au contraire un demi-dieu craint de la communauté humaine. La figure de l'artiste a très longtemps oscillé entre ces deux extrêmes ; le courant de la « mort de l'auteur » n'avait-il pas du reste pour but de faire déchoir le créateur du piédestal sur lequel la tradition romantique l'avait élevé ? Voir dans l'artiste un simple relais mécanique, c'est alors lui éviter l'anathème ou conjurer ce pouvoir qui échappe à la maîtrise du prince. C'est aussi hélas abdiquer la condition humaine, en renonçant à « tenir » coûte que coûte les deux inconnaissables orientant toute quête de soi : le regard de l'autre, dont le rôle est aussi tenu par la réalité qui « résiste », et le mystère de notre source (à laquelle notre « puits » intérieur nous relie), qui peut prendre dans le domaine de la création la forme de l'inspiration ou des intuitions qui ancrent notre imaginaire. L'art peut en effet assurer le constant relais entre ces deux ancrages qui nous fondent et nous guident : « Atteindre le non-perceptible par ce que perçoivent les sens est la préoccupation pérenne de tous les peintres. »¹⁹³⁷

Pour peu que l'on accepte de reconnaître la double origine de la conscience de *soi* – le regard de l'autre et notre propre source –, l'opposition entre l'échappée de l'intuition créatrice et la part consciente assumée par l'auteur s'efface ; le caractère personnel du style collabore alors au message dont l'artiste est porteur plus qu'il n'y fait obstacle. En se laissant guider par le besoin impérieux d'expression qui le traverse, l'artiste ne marque pas son désengagement profond du processus créatif, bien au contraire. L'art, en tant qu'il « relie l'inconnu au quotidien »¹⁹³⁸, autrement dit en tant qu'il « témoigne [...] de notre désir contradictoire et angoissé d'exister à la fois hors du moment éphémère et dans la matière terrestre »¹⁹³⁹, jette un pont entre les deux pôles qui nous permettent de devenir Qui nous sommes. Cette polarité entre notre soif de pérennité et notre désir d'incarnation nous ramène à la pensée de Friedrich von Schiller et au jeu des deux dynamiques sensible et formelle¹⁹⁴⁰. L'art, en nous permettant d'unir ces deux dynamiques, nous met en prise avec l'évidence du caractère universel de la singularité humaine lorsqu'elle se rejoint au plus profond d'elle-même. C'est ainsi que « l'art paléolithique nous offre [...] le spectacle unique à la fois de notre intimité la plus profonde et de ce que nous ne serons plus jamais »¹⁹⁴¹. L'art, comme la méditation, nous révèlent que le plus intime de notre être s'ouvre, lorsqu'il est habité, sur un universel qui accueille notre singularité. L'art le fait cependant à l'aide de formes singulières dont l'effet étonne d'autant plus.

¹⁹³⁷ Georges BRUNON, *L'Art sans l'Histoire de l'art*, op. cit., p. 40.

¹⁹³⁸ *Ibid.*, p. 31.

¹⁹³⁹ *Ibid.*, p. 56.

¹⁹⁴⁰ Voir ci-dessus, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « L'art déborde la technique », pp. 377 ss.

¹⁹⁴¹ Jean-Paul JOUARY, *Préhistoire de la beauté – Et l'art créa l'homme*, op. cit., p. 217.

Toute œuvre artistique et littéraire est nécessairement *métaphore*¹⁹⁴², rejoignant notamment par là l'universel, mais la transformation de la réalité que suppose cette dimension métaphorique exige un puissant travail d'intériorisation de la part de l'auteur. Questionnant dans *La Place* la nature du roman et ses rapports avec la réalité, Annie Ernaux finit par admettre que le portrait qu'elle y brosse de son père défunt sera nécessairement différent du rappel à la vie qu'elle tentait secrètement à travers son travail d'écriture. Si toutefois son roman ne peut pas nous livrer la présence de son père comme l'aurait fait un rendez-vous, il nous transmet ce qu'aucune rencontre physique avec ce dernier n'aurait pu nous permettre d'éprouver : le regard d'Annie Ernaux sur celui qu'elle évoque, éclairé autant que transformé par son travail d'écriture, susceptible en retour de nous inspirer un début de travail personnel sur la relation que nous entretenons avec notre propre père. Car toute écriture de cette nature est un *travail* sur soi, d'investissement de son espace intérieur, de *maturation* et d'*intensification* de sa présence au monde ; un travail d'intégrité et d'authenticité face à ses émotions. Comme le confie Aude de Kerros, l'art est le domaine réservé de ceux qui ont fait le choix d'avoir une vie intérieure¹⁹⁴³. Cette constatation n'a en soi rien d'élitaire, puisque rien ni personne, jamais, ne peut nous empêcher de devenir pleinement *sujets* de notre existence. Mais cette expérience ouverte à tous exclut d'elle-même ceux qui craignent de se confronter à leur propre solitude, l'art consistant avant tout en une question sans réponse toute faite, une question posée inlassablement pour l'espace que sa résonance creuse en nous : « Je mets rouge, j'affirme "rouge". Je mets bleu, j'affirme "bleu". J'affirme chaque fois une question sans réponse. C'est ça la création. »¹⁹⁴⁴

Complémentaire de la pensée « utile », qui traite des causes et des effets, la pensée poétique, qui, faut-il le rappeler, est celle qui dirige l'entreprise artistique, s'en distingue de manière essentielle en ce qu'elle *dévoile par affirmations*¹⁹⁴⁵ ; cette pensée/conscience se vérifie par l'*expérience* et non par la *preuve* ; plus exactement, sa preuve n'est pas apportée par le jeu de la logique mais par la vie elle-même, à l'instar d'un costume que l'on nous propose et que nous adoptons pour l'avoir essayé. Il n'y a dès lors rien d'étonnant à ce que la pensée poétique interroge et engage la personne tout entière de l'auteur. Pour Georges Brunon, elle seule permet de traverser « la menace du non-sens existentiel »¹⁹⁴⁶. Sa réflexion rejoint celle d'Edward Hopper, le célèbre peintre américain :

¹⁹⁴² Voir ci-dessous, chap. « La *mimèsis*: imitation, transcription de la réalité ou "faire semblant" ? », pp. 572 ss.

¹⁹⁴³ Aude DE KERROS, *L'Art caché*, op. cit., p. 65.

¹⁹⁴⁴ Georges BRUNON, *L'Art sans l'Histoire de l'art*, op. cit., p. 87.

¹⁹⁴⁵ *Ibid.*, p. 125, se référant à Friedrich HÖLDERLIN, *Le Devenir dans le périssable*, dans *Œuvres*, Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, Paris 1967 [1789], pp. 651-655.

¹⁹⁴⁶ Georges BRUNON, *L'Art sans l'Histoire de l'art*, op. cit., p. 87.

« Pour trouver la beauté nous devons être honnêtes et ignorer la crainte. Nous devons avant tout être des hommes ; l'artiste peut venir ensuite. »¹⁹⁴⁷

Le temps nécessaire à toute création, sur lequel insiste Jonah Lehrer lorsqu'il affirme que la créativité n'est pas qu'affaire de *don* mais aussi de *persévérance*¹⁹⁴⁸, peut ainsi être vu davantage comme l'indice de la *maturation* de soi-même nécessaire au processus que dans le sens d'un *travail* au sens courant et laborieux du terme.

□ *Devenir homme avant d'être auteur*

Chantal Deschamps note l'échec des tentatives rationalistes à disséquer le processus créatif¹⁹⁴⁹. La plupart d'entre eux le voient en trois étapes : l'idée initiale, la phase d'incubation – la plus mystérieuse – et la réalisation, qui peut être fulgurante. Ces tentatives d'explications font de la phase d'incubation un « tampon » presque « prétexte » entre l'impulsion du processus et son résultat, sans convaincre et surtout sans expliquer en quoi que ce soit le nœud du phénomène. Nous retrouverons cette approche rationnelle autant qu'inadéquate en droit, engendrant ainsi la remise en cause – tant par les tenants de l'AC que par les défenseurs des intérêts de l'industrie – de la distinction des formes – protégées par le droit d'auteur – et des idées – lesquelles relèvent du domaine public¹⁹⁵⁰.

« *Nous devons avant tout être des hommes* » : Edward Hopper nous donne la clef de la réponse. C'est que les approches rationalistes procèdent nécessairement d'un canevas explicatif causal ou *a priori*, et se retrouvent ainsi fort embarrassées pour rendre compte d'un processus qui transforme celui qui le traverse, focalisés qu'elles sont sur l'œuvre plutôt que sur l'auteur. Ainsi *la phase d'incubation ne se limite-t-elle pas à la transformation du projet initial ; elle semble tout autant transformer l'auteur lui-même*, le mûrir pour lui permettre de s'ouvrir à de nouvelles perspectives. C'est enrichi – ou appauvri, selon les vues – qu'il parvient soit à formuler les questions capables d'appeler les réponses adéquates, soit à entendre les réponses dépassant les contradictions apparentes du lieu d'où il était parti. Il découvre que les réponses pressenties étaient là, mais qu'il était alors incapable de les éprouver. Ce n'est ainsi qu'une fois transformés que nous pouvons remonter vers les formes avec *notre* réponse, alors souvent appréhendée en un éclair. La période d'incubation permet donc à l'auteur de changer, d'où l'importance du facteur temps pour cette étape, et de son caractère aléatoire ; c'est aussi pour cela qu'elle semble si mystérieuse, y compris pour l'auteur. Le « chaos créateur » que décrit Chantal Deschamps en représente la modalité la plus intense¹⁹⁵¹, mais tout auteur se retrouve peu ou prou transformé. Et si la

¹⁹⁴⁷ Philippe LANÇON, *L'Art à part d'Edward Hopper* [a], 05.10.2012, http://www.liberation.fr/culture/2012/10/05/l-art-a-part-d-edward-hopper_851257.

¹⁹⁴⁸ Jonah LEHRER, *Imagine – How Creativity Works*, Houghton Mifflin Harcourt, Boston 2012.

¹⁹⁴⁹ Notamment Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit., p. 57.

¹⁹⁵⁰ Voir ci-dessous, chap. « Une abstraction considérée à contresens », pp. 741 ss.

¹⁹⁵¹ voir ci-dessous, chap. « Le "chaos créateur" : se perdre pour mieux se trouver », pp. 555 ss.

capacité de l'auteur de revenir vers les tiers avec ses réponses tient au courage, comme semble le suggérer Edward Hopper, c'est un courage très spécial, celui-là même dont parle Cynthia Fleury dans son essai *La Fin du courage*¹⁹⁵² ; un courage qui s'apparente à une forme d'ancrage intérieur. Cette maturation de l'auteur n'a pas seulement lieu à propos de l'élaboration des œuvres de fiction. Bien que les spécialistes ne rangent pas la poésie parmi ces dernières, il semble évident qu'elle transforme aussi le poète, appelé à rejoindre une vue où les contradictions apparentes se rejoignent pour lui ouvrir un regard neuf sur le monde. Elle change également, toutes proportions gardées, l'auteur d'un texte scientifique, appelé qu'il est à prendre du recul sur sa pratique et à la présenter d'une manière linéaire, compréhensible pour les tiers. Mais elle ne semble assurément pas concerner le rédacteur d'un mode d'emploi.

□ *Implication physique de l'auteur : la « toile-peau »*

L'engagement psychique de l'auteur dans l'élaboration de son œuvre s'enracine aussi dans une implication physique, qui en constitue un élément essentiel trop négligé par les théoriciens de l'art, autrement dit par ceux qui ne le font pas. Il concerne pourtant notre propos en profondeur. L'insistance des psychologues et des psychanalystes sur la nécessaire implication du corps dans le processus créatif n'est en effet pas anodine ; elle révèle toute l'importance de ce processus dans la construction de la personne, que ce soit à titre de renforcement ou de suppléance – autrement dit que la formation du Moi ait ou non été entravée au cours de la croissance. La meilleure illustration qu'on en puisse trouver est donnée par les travaux de Didier Anzieu et l'analogie qui en a été faite dans le domaine de la création par Alexia Jacques et Alex Lefebvre.

On doit à Didier Anzieu d'avoir formalisé et approfondi les divers travaux de ses prédécesseurs concernant l'importance du rôle joué par la peau dans l'élaboration de la personnalité. Pour ce psychanalyste,

« être soi-même, c'est en premier lieu avoir une peau à soi et en second lieu s'en servir comme d'un espace où mettre en place les sensations. [...] C'est sur fond de ce Moi-peau corporel limité à la sensorialité primaire qu'un Moi psychique peut émerger comme sujet disant "je" et mettant en œuvre des fonctions mentales : il faut qu'il habite ce corps et sa continuité pour qu'il puisse se trouver, se reconnaître une identité. »¹⁹⁵³

Didier Anzieu part d'une constatation simple : l'identité des rôles de la peau et de ceux du Moi, tous deux fonctionnant comme enveloppe contenant, barrière protectrice, interface ou filtre des échanges et d'inscription des premières traces, ou comme miroir de la réalité. Il en déduit une complémentarité de ces deux principes – *noyau* pour le Moi, *écorce* pour la peau –, laquelle fonde à son tour le sentiment de la *continuité* du *soi* et, partant, l'unification de la conscience¹⁹⁵⁴. On retrouve ce rôle cognitif de la peau dans les travaux d'Yvonne Duplessis sur la dermo-sensibilité. Ses expériences

¹⁹⁵² Cynthia FLEURY, *La Fin du courage*, op. cit.

¹⁹⁵³ Didier ANZIEU, *Le Moi-peau*, Dunod, coll. Psychismes, Paris 1995 [1985], p. 73 ; pp. 234-235.

¹⁹⁵⁴ *Ibid.*, pp. 121 ss ; p. 125.

avec des aveugles de naissance ont illustré la capacité de la peau à recevoir des informations sur l'extérieur, notamment sur les couleurs, sans faire appel au toucher¹⁹⁵⁵ ; elles ont poussé Georges Brunon à présenter des huiles à des non voyants. Les résultats obtenus poussent à admettre que la peau est capable de reconnaître la structure d'un tableau, ses angles de construction, ainsi que les zones vides et celles plus chargées, et même de le « reconnaître »¹⁹⁵⁶.

Pour Didier Anzieu, la fonction d'enveloppe contenant – des sensations comme des états psychiques – prime les autres fonctions du Moi-peau¹⁹⁵⁷. Cette complémentarité du Moi et de la peau recèle trois dimensions ou « dérivations » :

« Didier Anzieu a précisé qu'entre le Moi et la peau fonctionne une triple dérivation : métaphorique (le Moi est une métaphore de la peau), métonymique (le Moi et la peau se contiennent mutuellement comme tout et partie), et en ellipse : le trait d'union entre Moi et peau marque une ellipse (figure englobante à double foyer : la mère et l'enfant).

Le Moi-peau est d'abord une métaphore et c'est là qu'il puise sa force créative ; il est aussi une métonymie et c'est là qu'il trouve son assurance et sa rigueur conceptuelle ; sa figuration en ellipse le fait sortir du solipsisme et l'engage dans la relation à l'autre. »¹⁹⁵⁸

Ces trois dimensions de la relation entre l'*intérieur* et l'*extérieur* au sein de la conscience du sujet sont d'autant plus significatives qu'elles préfigurent les trois principes de la personne que je développerai dans la partie consacrée à l'éthique : le fond de soi/la « *source* » (aspect métaphorique), le Moi (aspect métonymique) et l'au-delà de soi ou le regard de l'autre (aspect elliptique).

S'appuyant sur les travaux de Didier Anzieu et sur des entretiens effectués avec sept peintres professionnels, Alexia Jacques et Alex Lefebvre montrent que le rapport de l'artiste à son œuvre reflète le rapport kinesthésique du Moi-peau au monde ; pour l'établir, ils soulignent l'analogie existant entre la figure de la peau et la toile du peintre¹⁹⁵⁹ en mettant en évidence l'identité des fonctions du Moi-peau et celle de la toile blanche, notamment en matière de maintenance et de contenance, qui prévalent dans la création artistique¹⁹⁶⁰. Les rapports du Moi à la peau s'enrichissent ainsi d'un rapport de la peau à la toile. L'œuvre joue le rôle d'*interface* entre l'artiste et ses sensations tout en offrant la coupure nécessaire (l'aspect *représentation*) à une telle relation¹⁹⁶¹. La création prend le tour d'une « mise en sens de la sensation », où le

¹⁹⁵⁵ Yvonne DUPLESSIS, *Une Science nouvelle : la dermo-optique*, Le Rocher, Monaco 1996.

¹⁹⁵⁶ Georges BRUNON, *L'Art sans l'Histoire de l'art*, op. cit., pp. 109-110.

¹⁹⁵⁷ Didier ANZIEU, *Le Moi-peau*, Dunod, op. cit., p. 244.

¹⁹⁵⁸ Évelyne Séchaud, dans Didier ANZIEU, *Le Moi-peau*, Dunod, op. cit., préface, p. 5, s'appuyant sur Didier ANZIEU, *L'Épiderme nomade et la peau psychique*, Aspygée, Paris 1990, p. 40.

¹⁹⁵⁹ Alexia JACQUES, Alex LEFEBVRE, *La Création artistique... Un en-deçà du désir* [a], dans *Cahiers de psychologie clinique*, n°24 (2005/1), pp. 199-225, p. 205.

¹⁹⁶⁰ *Ibid.*, pp. 207-210 ; p. 217.

¹⁹⁶¹ *Ibid.*, p. 200.

« modelage de la brutalité du matériau [...] vise à représenter [...] le monde des sensations »¹⁹⁶². L'analogie ne s'arrête pas là ; en plus de ses fonctions de maintenance et de contenance, l'œuvre exerce une fonction plus dynamique d'individuation. En tant que concrétisation de la représentation, elle amène l'artiste à opérer une mise à distance de ses propres sensations et cette coupure permet à la fois une sorte d'appropriation du représenté et un apprentissage de soi proprement structurant :

« le noyau de l'œuvre, son secret, son individualité, son caractère central et vertical, se développe à l'image du noyau psychique du créateur »¹⁹⁶³.

La création devient alors « recherche identitaire [...] du noyau de l'être » et demande à l'artiste d'« aller puiser au fond de soi »¹⁹⁶⁴. Wassily Kandinsky parle quant à lui de « représentation de l'Essentiel Intérieur »¹⁹⁶⁵. Cette recherche identitaire se fait non seulement à travers la distanciation rendue possible par l'œuvre, mais aussi par la profondeur à laquelle l'artiste doit puiser en lui-même pour satisfaire à l'exigence de l'œuvre en cours d'élaboration : poussé par le processus créatif à « puiser au fond de lui », il prend ainsi conscience de la profondeur et du mystère de sa source à travers la forme émergente de l'œuvre, qui agit comme un miroir, ou, mieux encore, comme un filtre. Cette prise de conscience se fait dans un mouvement en boucle qui évoque la multiplicité des illuminations jalonnant le processus créateur tel que l'a observé William Edgar Vinacke¹⁹⁶⁶.

L'aspect physique du travail artistique permet la remontée de notre être profond par l'intégration nécessaire des aléas de parcours dans l'œuvre. Cette intégration demande à l'artiste une véritable capacité d'adaptation qui n'est pas sans rappeler la souplesse réclamée par la résilience. Christine Sefolosha, parlant de son activité de peintre, la décrit en ces termes :

« Plus il y a d'accidents, plus c'est intéressant. J'aime que le hasard entre dans mon travail, que la matière prenne le dessus. »¹⁹⁶⁷

Cette invitation faite à l'artiste, par les « accidents » rencontrés, à « entrer en matière », influence le processus et bouscule son plan initial – si tant est qu'il y en ait un. On rejoint ici la notion de *créativité* comme capacité de rebondir, de « faire avec ». Le travail artistique n'est pas hasard, mais il consiste pour une part à faire *entrer* le hasard dans l'œuvre en développement. Cet inconnu de la création, Pierre Soulages l'exprime lorsqu'il décrit ses tâtonnements dans l'élaboration de son œuvre gravée, dont le plaisir

¹⁹⁶² *Ibid.*, p. 199.

¹⁹⁶³ *Ibid.*, p. 221.

¹⁹⁶⁴ *Ibid.*, p. 211.

¹⁹⁶⁵ Wassily KANDINSKY, *Du spirituel dans l'art et dans la peinture en particulier*, Gallimard, coll. Folio Essais, Paris 1989 [1919].

¹⁹⁶⁶ Voir ci-dessous, p. 600.

¹⁹⁶⁷ Patricia BRAMBILLA, *L'Art sommambule – Le monde de Christine Sefolosha* [a], dans *Migros Magazine*, n°25 (18 juin 2012), pp. 102-103, p. 102.

qu'il en tire justifie qu'il ne laisse pas de collaborateurs intervenir alors que c'est traditionnellement la règle dans ce domaine :

« Mon souci est de toujours être ouvert à ce que je ne sais pas, attentif à ce qui peut se produire fortuitement dès qu'on s'aventure hors des techniques habituelles. Celles-ci, tout compte fait, mènent à l'académisme... Ce qu'on appelle mes innovations a souvent été des coups de chance. Chaque fois, un accident, un "je-ne-sais-quoi" m'a ouvert une autre voie. »¹⁹⁶⁸

□ *Une découverte de ce que l'on sait déjà ?*

Le processus créateur, de manière plus profonde, peut aller au-delà d'une simple invitation à saisir l'imprévu. Il révèle alors à l'auteur une part de lui dont le projet initial qui le porte ne représente que la clef d'accès. En un sens, l'artiste découvre au fur et à mesure du processus de création ce qu'il portait en lui sans le savoir précisément. Le témoignage de Mark Rothko, écrit en 1947, est à ce propos très éclairant :

« On ne peut anticiper ou décrire à l'avance ni l'action ni les acteurs. Ils sont au début comme une aventure inconnue dans un espace inconnu. C'est au moment de la réalisation que, dans un éclair de reconnaissance, on les voit acquérir la substance et la fonction qui leur était destinée. Les idées et les plans qui existaient dans la tête au début étaient simplement l'accès qui nous a permis de quitter le monde où ils existent. »¹⁹⁶⁹

Pablo Picasso confirmait en 1935 découvrir la forme de l'œuvre au cours de son exécution. Mais il ajoute aussitôt s'être aperçu qu'il portait déjà en lui, de manière inconsciente, le territoire intérieur « découvert » à travers le processus créatif :

« Un tableau ne sort pas tout pensé et établi d'avance... Une idée est un point de départ et rien de plus... Ce à quoi je pense beaucoup, je m'aperçois que je l'avais toujours eu intégralement dans mon esprit. »¹⁹⁷⁰

Pablo Picasso devait confier à André Malraux le moteur très profond que fut pour lui la découverte des masques africains, qui ne l'influença pas seulement comme une simple référence formelle, ainsi que beaucoup l'ont cru, mais comme une révélation de son attitude face au « tout » menaçant qui l'entourait :

« On parle toujours de l'influence des Nègres sur moi, dit Picasso [...]. Leurs formes n'ont pas eu plus d'influence sur moi que sur Matisse ou Derain. Mais pour eux, les masques étaient des sculptures comme les autres [...]. Les masques, ils n'étaient pas des sculptures comme les autres. Pas du tout. [...] Les Nègres, ils étaient des intercesseurs... contre "tout" : contre des esprits inconnus, menaçants... J'ai compris : moi aussi, j'étais contre le "tout". Moi aussi, je pense que le "tout" c'est inconnu, c'est ennemi. [...] Tous les fétiches, ils servaient à la même chose. Ils étaient des armes pour aider les gens à ne plus obéir aux esprits, à devenir indépendants... J'ai compris

¹⁹⁶⁸ Article paru dans Le Nouvel Observateur, n°2014, 12-18 juin 2003, cité par Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit., p. 143.

¹⁹⁶⁹ Mark ROTHKO, *Écrits sur l'art (1934-1969)*, Flammarion, coll. Champs, Paris 2007, cité par Arthur I. MILLER, *Intuitions de génie : images et créativité dans les sciences et les arts*, Flammarion, Paris 2000, p. 417.

¹⁹⁷⁰ Cité par Arthur I. MILLER, *Intuitions de génie*, op. cit., p. 417.

pourquoi j'étais peintre. [...] Les Demoiselles d'Avignon ont dû arriver ce jour-là, mais pas du tout à cause des formes : parce que c'était ma première toile d'exorcisme... »¹⁹⁷¹

Et Georges Brunon de conclure que ce ne sont pas les formes ou la culture qui sont à l'origine de l'art, mais les esprits informes, que l'art nous aide à combattre : « Une forme est là pour désamorcer la menace du sans-forme »¹⁹⁷². Cette découverte de l'inconnu de soi, faite en suivant l'invitation d'un projet que l'on croyait maîtrisé mais qui s'avère le point de départ d'une aventure plus vaste, débouche sur une étape permettant à l'artiste d'habiter consciemment l'espace personnel dévoilé. Juan Mirò confiait ainsi son expérience :

« Je commence à peindre et au fur et à mesure, le tableau commence à s'affirmer lui-même, ou à se suggérer, sous mon pinceau... La première étape est libre, inconsciente... la deuxième est soigneusement calculée. »¹⁹⁷³

L'art se révèle traversée paradoxale d'un intime inconnu entre deux moments plus lucides, dans une découverte qui ressemble à un mouvement de retour plus habité sur soi. C'est à la révélation de notre propre inconnu que l'art, comme toute expérience spirituelle, nous invite. Thomas Stearns Eliot décrit de manière particulièrement saisissante ce processus créatif, qui ressemble à s'y méprendre à celui d'une quête mystique : « Nous reviendrons de notre quête en ce lieu d'où nous sommes partis, pour le redécouvrir comme si nous ne le connaissions pas. »¹⁹⁷⁴

Entre ces deux étapes, celle de la poursuite d'un projet et l'habitation progressive d'un espace intime découvert à cette occasion, l'artiste peut vivre une sorte de traversée intérieure du désert, où toute inspiration est absente pour un temps. C'est l'aridité de cette traversée que Chantal Deschamps se propose de nous décrire, à travers ce qu'elle appelle le « chaos créateur », qui présente la forme la plus intense de ce défrichage de notre humanité à travers le processus créatif.

Le « chaos créateur » : se perdre pour mieux se trouver

Véritable lien entre l'intérieur et extérieur, l'œuvre ainsi comprise par Didier Anzieu, Alexia Jacques et Alex Lefebvre évoque le tiers lieu de Donald Woods Winnicott, ainsi que le phénomène de la *catharsis*, trop souvent mésusé. Armand Cuvillier, dans son dictionnaire philosophique, distingue deux aspects, somme toute complémentaires, de la *catharsis* : celui, philosophique, qui nous vient d'Aristote, et le sens que lui a donné la psychanalyse¹⁹⁷⁵. Pour Aristote, l'art, en tant qu'il agit par des fictions, permet au comédien comme à son public de purger leurs passions grâce à l'espace particulier dans lequel il s'inscrit, qui permet de les épancher sur des objets de

¹⁹⁷¹ André MALRAUX, *La Corde et la souris (Le Miroir des limbes, t. 2)*, Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, Paris 1986 [1952], chap. 5, cité par Georges BRUNON, *L'Art sans l'Histoire de l'art*, op. cit., pp. 85-86.

¹⁹⁷² Georges BRUNON, *L'Art sans l'Histoire de l'art*, op. cit., p. 87.

¹⁹⁷³ Cité par Arthur I. MILLER, *Intuitions de génie*, op. cit., p. 417.

¹⁹⁷⁴ Cité en exergue de *Être soi-même*, de Dorothy Corkille BRIGGS, Éditions de l'homme, Québec 1979.

¹⁹⁷⁵ Armand CUVILLIER, *Nouveau vocabulaire philosophique*, Armand Colin, Paris 1956, entrée « catharsis ».

procuration. Telle est l'une des fonctions des rites dionysiaques ; l'usage du masque lors des dionysies n'a-t-il du reste pas donné naissance au théâtre ? Dans le même sens, l'art peut libérer la psyché par un travail d'objectivation de l'émotion dans la matière, par une forme de mise à distance. Johann Wolfgang von Goethe, habité par le thème de l'artiste torturé et solitaire, affirmait que l'art est « objectivation de la souffrance ». Pour la psychanalyse, le processus créatif peut rappeler à la conscience l'idée dont le refoulement a causé les passions ; ce faisant, il permet au sujet d'en guérir. L'art, toutefois, ne saurait se réduire à un simple outil thérapeutique, et le ressort de la créativité ne se limite pas à une activité compensatoire comme le prétend Adler¹⁹⁷⁶. Si l'art a bien pour finalité la découverte de l'*inconnu* du monde et de l'irréductible de l'autre comme de celui qui nous habite, l'*inconscient* peut certes trouver sa place dans ce monde inconnu qu'il s'agit de dévoiler, mais ce dernier ne saurait se réduire à l'inconscient. Ainsi que l'exprime Guy Goffette :

« La poésie va plus loin que soi-même, elle va à l'inconnaissable, pas à l'inconscient. Le poème écrit ce que nous ne savons pas, ce qui nous meut et que nous ignorons, ce qui nous rend fragiles. La poésie est la force de la fragilité. »¹⁹⁷⁷

Carl Gustav Jung, qui s'est lui aussi intéressé à la création artistique, en a distingué deux modes dans *Problèmes de l'âme moderne*¹⁹⁷⁸ : le *mode psychologique* et le *mode visionnaire*. Le *mode psychologique* procède des thèmes familiers « se situant aux frontières de la connaissance humaine ». La réalisation artistique demeure alors du domaine du connu et de l'entendement. Le *mode visionnaire*, lui, transcende la psychologie moderne, autrement dit lui demeure un mystère. Il relève de l'intuition et « échappe aux explications de la vie courante », exprimant « la vision d'une expérience profonde qui frappe de saisissement et d'incompréhension la nature humaine ». Carl Gustav Jung qualifie d'« originelle » et d'« authentique » cette vision qui dépasse « les limites de la causalité personnelle » et dont le « motif fondamental est de constituer le bien commun de l'humanité que sont les archétypes »¹⁹⁷⁹ :

« Le processus créateur [...] est, en quelque sorte, une traduction [de l'image primitive] dans la langue du temps présent, traduction par laquelle chacun devient capable de retrouver l'accès aux sources les plus profondes de la vie, qui lui seraient interdites autrement. »¹⁹⁸⁰

L'expérience de l'inconnu a toutefois son prix. Georges Braque disait qu'« Il faut descendre jusqu'au chaos primordial et s'y sentir chez soi »¹⁹⁸¹. Le processus de création peut ainsi, dans les cas les plus extrêmes, faire passer l'artiste par ce que Chantal Deschamps décrit comme « le chaos créateur », sorte de passage à vide qui

¹⁹⁷⁶ Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit., p. 5.

¹⁹⁷⁷ Thierry DELCOURT, *Au risque de l'Art*, op. cit., p. 34.

¹⁹⁷⁸ Carl Gustav JUNG, *Problèmes de l'âme moderne*, Buchet / Castel, Paris 1976.

¹⁹⁷⁹ Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit., pp. 81-82.

¹⁹⁸⁰ Carl Gustav JUNG, *Problèmes de l'âme moderne*, op. cit., p. 328, cité par Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit., p. 82.

¹⁹⁸¹ Cité en exergue de *L'Enfant bleu*, de Henri BAUCHAU, Actes Sud, Arles (France) 2004.

retourne littéralement l'artiste sur le plan intérieur et le met en porte-à-faux par rapport à ses acquis ou ses certitudes du moment. S'il peut induire dans un second temps un changement intérieur salubre, cet apport n'a rien de *mécanique* ou de *procédural* et dépend des capacités de l'artiste à en tirer parti¹⁹⁸². La démarche entamée par Chantal Deschamps est en effet d'ordre phénoménologique, si bien qu'elle saisit le sens des expériences des artistes interrogés sans l'intermédiaire de la pensée réflexive, autrement dit en partant des phénomènes eux-mêmes, les interrogeant pour ce qu'ils sont, en refusant tout canevas explicatif causal ou *a priori*¹⁹⁸³.

En rassemblant les expériences décrites par les artistes avec qui elle a collaboré et en analysant les passages de leur journal intime où ils décrivaient leur ressenti face à la création, Chantal Deschamps a observé chez chacun d'eux quatre moments caractéristiques au cours de la traversée de cette épreuve très particulière qui n'affecte pas tous les artistes mais semble étroitement liée à la « résistance » de l'œuvre au projet initial :

« ils font l'expérience : 1) de se fermer, 2) de se rendre vulnérable, 3) de se désintégrer et 4) de s'aliéner au monde extérieur, à leur vie créatrice et à eux-mêmes. »¹⁹⁸⁴

La fermeture observée chez les artistes serait la conséquence d'une remise en question de leurs perceptions du monde extérieur, alors que la vulnérabilité serait le fruit d'une ambiguïté intérieure qui les désempare. Leur volonté « défaille au point qu'ils mettent en doute leurs capacités de créer et perdent totalement confiance en la valeur même de leur être » et que « leur santé physique et morale montre des signes de délabrement ». Ils se sentent alors indécis et impuissants, et des sentiments négatifs à l'encontre de leur perception du monde et de ce qui fait leur vie les entraîne dans une forme de désintégration¹⁹⁸⁵. Ces expériences de chaos ne se limitent pas aux seuls moments de travail en atelier et envahissent sporadiquement toute leur vie et leurs rapports avec le monde et les autres. Elles ne sont toutefois que l'envers de « leur sensibilité aigüe vis-à-vis des êtres et des choses de la vie » et de « la conscience éveillée qu'ils ont de leur monde intérieur et de leur puissante habileté à puiser parmi les matériaux riches et complexes de leur imaginaire »¹⁹⁸⁶.

De fait, si l'expérience du chaos n'est pas le passage obligé de tout processus créatif, elle reste en elle-même rattachée à l'élaboration d'une expérience nouvelle et à sa tentative de formulation, caractéristique des expériences les plus profondes et les plus *authentiques*. Ainsi, pour Donnel Stern, le caractère obscur et indifférencié de l'« expérience non formulée » – comme il préfère appeler la confrontation au chaos –

¹⁹⁸² Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit., p. 52.

¹⁹⁸³ *Ibid.*, p. 57.

¹⁹⁸⁴ *Ibid.*, p. 36.

¹⁹⁸⁵ *Ibid.*, pp. 36-38.

¹⁹⁸⁶ *Ibid.*, p. 40.

n'a rien à voir avec un mécanisme de défense immature face à des éléments perturbateurs, comme le voudrait la théorie psychanalytique classique, mais relève de la mise en forme de matériaux que la conscience n'a encore jamais saisis¹⁹⁸⁷ ; cet exercice de formulation ne relève pas d'une absence de communion avec la réalité extérieure, mais bien plutôt, une fois encore, d'une confrontation à l'inconnu¹⁹⁸⁸. C'est même cet effort de formulation de matériaux inconnus et imprévisibles qui fonde la *valeur sans limite* de l'authenticité. Il parachève le changement intérieur opéré à l'issue d'une expérience du chaos arrivée à maturité, que Chantal Deschamps nomme « la transformation du chaos » : si l'artiste s'est laissé guidé par sa *curiosité* pour ce qui lui était inconnu¹⁹⁸⁹, le doute, le désordre et la remise en question peuvent se transmuter en une nouvelle approche non préméditée, souvent à la suite d'une inspiration soudaine et imprévisible¹⁹⁹⁰. Les artistes qui le vivent se révèlent véritables « artisans de l'œuvre au noir », triomphant de leur plongée dans « la zone ténébreuse de leur expérience créatrice » grâce à la création¹⁹⁹¹. L'artiste dénote ainsi une grande capacité à transformer le vide, faisant d'une source potentielle d'angoisse « le lieu de ressourcement de l'œuvre », comme l'exprime si bien Henri Maldiney :

« Celui qui ne s'abîme pas au rien n'est pas créateur. Un soi qui se sait d'avance, c'est un personnage, ce n'est pas une personne. Le vide est le lieu du ressourcement de l'œuvre. »¹⁹⁹²

Cette capacité non seulement à plonger dans l'indifférencié, dans les « replis ténébreux de l'inconscient », mais à en ressortir pour formuler ce qu'il y a vécu est, pour Frances Gaezer Grossman, le trait principal qui distingue l'artiste créatif du psychotique :

« La différence entre l'artiste créatif et le psychotique réside dans le fait que ce dernier plonge dans l'abîme mais n'en revient pas. »¹⁹⁹³

Chantal Deschamps nous rapporte que cet élément distinctif est capital pour Frances Gaezer Grossman. Il renforce l'idée d'un art qui, s'il contient en lui de puissantes capacités thérapeutiques, n'est par définition pas l'apanage de psychotiques et nécessite au contraire une personnalité particulièrement bien ancrée. Si le processus créatif nécessite, pour les démarches les plus authentiques, une plongée dans l'*indissocié*, l'art, en tant que forme ou en tant que *corpus* d'œuvres, est

¹⁹⁸⁷ Donnel B. STERN, *Unformulated Experience* [a], dans *Contemporary Psychoanalysis*, 1, vol. 9 (1983), pp. 71-97, p. 73, cité par Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit., p. 75.

¹⁹⁸⁸ Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit., p. 76.

¹⁹⁸⁹ Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit., p. 76, s'appuyant sur Donnel B. STERN, *Unformulated Experience* [a], op. cit., p. 93.

¹⁹⁹⁰ Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit., pp. 46-47.

¹⁹⁹¹ *Ibid.*, p. 41.

¹⁹⁹² Henri MALDINEY, *Le Vide comme ressourcement de l'être* [a], dans *Art et thérapie*, n°50-51 (1994), pp. 38-45, p. 45, cité par Alexia JACQUES, Alex LEFEBVRE, *La Création artistique... Un en-deçà du désir* [a], op. cit., p. 223.

¹⁹⁹³ Frances Gaezer GROSSMAN, *Creativity as a Means of Coping with Anxiety* [a], dans *The Art in Psychotherapy*, vol. 8 (1981), pp. 185-192, p. 191, cité par Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit., p. 88.

essentiellement langage. En d'autres termes, si l'aventure de la plongée intérieure, comme nous allons le voir, est par nature solitaire – puisque incommunicable et impossible à déléguer –, l'art nécessite aussi une distanciation d'avec cette expérience immédiate, laquelle passe par une *mise en forme*, une *mise en langage* et même une *mise en matière*, rendant possible à la fois son assimilation et son partage avec les autres. C'est à ce titre que l'artiste peut sortir « victorieux » de sa plongée dans l'indissocié, et que cette qualité semble primordiale sur le plan artistique. La forme de l'œuvre, son caractère concret, est le gage du retour de l'artiste parmi les siens à l'issue de sa plongée dans l'informe. L'œuvre en cours devient à la fois sa bouée et sa boussole sur le chemin du retour. C'est qu'elle s'inscrit dans cet espace intermédiaire que Donald Woods Winnicott décrit comme celui du *jeu* où s'expérimentent les possibles et dont l'exercice permet de prendre le recul à la fois solitaire et salutaire vis-à-vis des automatismes auxquels nous nous identifions mais qui nous demeurent néanmoins étrangers. L'œuvre rend possible le voyage dans l'informe, dans l'inexploré de soi et du monde, et joue le rôle « d'une zone tampon entre nous et le vertige du Néant »¹⁹⁹⁴. Elle permet de tester sur elle ce que l'artiste n'ose pas tenter directement sur lui. Elle lui sert alors de repère à la fois intérieur – dans un espace où les balises habituelles et convenues ne jouent plus leur office – et extérieur par une matérialité qui lui offre « résistance » et permanence dans la cristallisation de ses états mouvants.

Appelé à puiser sans cesse au fond de lui, et pour reprendre l'analogie du Moi-peau, l'artiste à la fois se *vide*, s'*épuise* et, en même temps, se *recueille* sur la toile, qui fait alors office de contenant. L'artiste éprouve la sensation de « se vider de sa propre substance par transfert de celle-ci dans l'œuvre »¹⁹⁹⁵. On peut y voir le sens le plus profond de la notion d'« expression de soi ». Miroir, filtre, contenant : les fonctions de l'œuvre recouvrent bien celles du Moi-peau décrites par Didier Anzieu et sont attachées de manière très étroite à l'implication physique de l'artiste au cours du processus créatif. Par l'appel à la notion de « fond de soi », le processus nous ramène enfin au sens le plus fort de la notion d'*authenticité* et origine l'œuvre au plus intime de l'auteur, ce qui explique le rapport d'identification et de rejet à la fois qu'il peut développer face à celle-ci lorsqu'il la considère achevée, autrement dit lorsqu'il accepte qu'elle lui échappe pour devenir source possible d'une relation à l'autre :

« Créer une œuvre et donc accepter qu'elle ne reste pas pour toujours "processus", mais qu'elle soit objet réel, concret, extérieur, c'est prendre le risque de la mise en relation à l'Autre, et donc faire face au manque, à l'absence et au vide. C'est se positionner activement et intimement en tant que sujet ! »¹⁹⁹⁶

L'enjeu de cette plongée dans l'indissocié est capital : l'expérience du chaos, lorsqu'elle nourrit une démarche créatrice, peut permettre une véritable découverte de soi, source d'autonomie. Mais cette liberté fait peur : elle décape les illusions de nos

¹⁹⁹⁴ Georges BRUNON, *L'Art sans l'Histoire de l'art*, op. cit., p. 87.

¹⁹⁹⁵ Alexia JACQUES, Alex LEFEBVRE, *La Création artistique... Un en-deçà du désir* [a], op. cit., p. 218.

¹⁹⁹⁶ *Ibid.*, p. 223.

conforts et nous dévoile différents de l'image que nous nous faisons de nous, découvrant un *sujet* beaucoup plus *responsable* de sa vie qu'il aurait pu le croire. Georges Brunon décrit bien cette lutte au cœur du nécessaire et incessant mouvement de balancier qui s'instaure entre découverte de l'inconnu et appropriation des aspects dévoilés, comme une respiration que bloque toute tentative de contrôle :

« La non-réponse nous fait peur ; nous sommes partagés entre le désir de la vivre et de l'éviter à tout prix car nous voyons poindre en elle la solitude. Certains préféreront un long sommeil dans les lieux communs démontrés partagés avec le voisin, les idées cuisinées en société. [...] Le grand repos dans le petit rien est rassurant pour qui n'a pas la force d'affronter l'angoisse surgissant devant l'invisible innommable qui évoque la mort, le néant. »¹⁹⁹⁷

Ce mouvement de balancier a été particulièrement bien observé par Friedrich Hölderlin, dans son essai intitulé *Le Devenir dans le périssable*¹⁹⁹⁸, sous la forme d'un « passage incessant de la plénitude d'une énergie vitale à une forme particulière et structurée »¹⁹⁹⁹. Pour Hölderlin, le langage est double : il décrit le fini, et, tout à la fois, sous la plume du poète, porté au-delà de sa dimension conceptuelle, il abolit le fini en rendant sensible l'infini qui lui donne sens²⁰⁰⁰. Dans cette perspective, Manfred Franck lit chez Friedrich Hölderlin une invitation faite au sujet « de briser la borne de son intériorité et de s'objectiver en s'extériorisant librement dans une réalité »²⁰⁰¹ ; ce dépassement des limites individuelles pour se mettre en présence de l'infini représente l'enjeu le plus puissant de l'œuvre.

L'enjeu est à la mesure des obstacles qui s'opposent à cet état de la nature où tout redevient possible. La peur d'affronter l'inconnu se retrouve à tous niveaux. On l'observe chez le public lorsqu'il tente, par son inquiétude de culture et à grand renfort de dates ou d'histoire des styles, d'éluder l'invitation de l'art à vivre la rencontre avec la présence étrange de l'œuvre et, à travers elle, avec soi-même :

« Quand je regarde les visiteurs des musées qui, armés de leurs audio-guides, croient que la rencontre passe par une éducation à partir d'une histoire qu'il convient d'apprendre, je vois des gens qui ont peur de vivre. Triste vie que celle vécue par des ignorants en art d'un côté et des connaisseurs qui vous l'enseignent. Le spectateur est ainsi préservé de toute expérience artistique authentique, le public se retrouve dans le grand sommeil organisé. »²⁰⁰²

¹⁹⁹⁷ Georges BRUNON, *L'Art sans l'Histoire de l'art*, op. cit., pp. 82-83.

¹⁹⁹⁸ Friedrich HÖLDERLIN, *Le Devenir dans le périssable*, op. cit., évoqué par Georges BRUNON, *L'Art sans l'Histoire de l'art*, op. cit., p. 124.

¹⁹⁹⁹ Bernhard BÖSCHENSTEIN, *Les Études sur Hölderlin de Peter Szondi : un trajet exemplaire* [a], dans Cahiers de Philologie, L'Acte critique sur l'œuvre de Peter Szondi, actes du colloque des 21-23 juin 1979, Paris, Presses universitaires Septentrion, Lille 1985, pp. 193-218, p. 195.

²⁰⁰⁰ Georges BRUNON, *L'Art sans l'Histoire de l'art*, op. cit., p. 124.

²⁰⁰¹ Bernhard BÖSCHENSTEIN, *Les Études sur Hölderlin de Peter Szondi : un trajet exemplaire* [a], op. cit., p. 121, intervention de Manfred Franck.

²⁰⁰² Georges BRUNON, *L'Art sans l'Histoire de l'art*, op. cit., pp. 84-85.

Par le retour aux origines qu'elle propose, l'épreuve créatrice restaure ainsi le *sens* de l'existence qui questionne chacun d'entre nous et s'inscrit dans notre rapport à nous-mêmes, à travers notre rapport à l'autre.

Les dilemmes de l'auteur

Sophie Barluet, dans le rapport où elle fait état en juin 2007 à la Ministre française de la Culture de l'époque, Christine Albanel, de l'avancement des travaux de la mission « Livre 2010 », a résumé de manière remarquable les dilemmes très concrets dans lesquels leur vocation place les écrivains, partagés qu'ils sont entre la disponibilité et l'indépendance qu'elle exige d'eux et qui les place en porte-à-faux par rapport à la logique socio-économique :

« La professionnalisation sera un processus d'autant plus complexe qu'à mesure du développement du marché du livre, l'écrivain de *vocation* essaiera de définir sa place face à deux figures qu'il rejette simultanément, celle de l'*amateur* et celle du *mercenaire*. Il veut être à la fois considéré juridiquement et professionnellement quand il tire des revenus de sa plume, mais il ne veut pas être en même temps soumis à la loi du marché et demande qu'on lui reconnaisse une autonomie fondée sur une éthique du désintéressement »²⁰⁰³.

Les notions d'efficacité et de rentabilité, nous l'avons vu, s'opposent frontalement à la dynamique du processus créatif. Or tout auteur de vocation est appelé à se poser la question de la professionnalisation, dès lors qu'elle lui permet de consacrer le plus clair de ses journées à son art. Mais cette voie le mettra très souvent – et sur de nombreux plans – en délicatesse avec l'exigence qui le travaille, tirant de lui des concessions si grandes qu'elles peuvent menacer le sens même de son choix. Nathalie Heinich, dans son essai *Être écrivain : création et identité*, montre bien l'étendue des dilemmes auxquels sont confrontés les auteurs : l'argent au risque de la qualité de l'œuvre, le temps consacré à « gagner sa vie » au risque du temps consacré à son art, l'intégration socio-professionnelle au risque de l'indépendance, la compromission au risque de la pureté²⁰⁰⁴.

C'est en tenant compte de ces choix qui s'imposent à l'auteur qu'il faut penser le droit capable de lui permettre de vivre de son art sans compromettre le sens de son engagement. Le droit d'auteur devrait s'efforcer d'accorder à l'auteur l'assise matérielle et financière nécessaire pour assurer son indépendance, sans l'éloigner pour autant des exigences propre à son art.

²⁰⁰³ Sophie BARLUET, *Rapport Livre 2010 – Pour que vive la politique du livre* [r], juin 2007, rapport de la mission « Livre 2010 » au Ministère de la Culture ; http://www.culturecommunication.gouv.fr/content/download/30386/249310/file/Livre_2010_Barluet-Pour-que-vive-la-politique-du-livre.pdf, p. 20.

²⁰⁰⁴ Nathalie HEINICH, *Être écrivain : création et identité*, La Découverte, coll. Armillaire, Paris 2000.

Vérification de l'approche personnaliste

Le droit d'auteur est fondé, nous l'avons vu²⁰⁰⁵, sur une approche personnaliste, qui justifie la conception *subjective* de l'originalité, autrement dit sa distinction d'avec la nouveauté. Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière commentent ainsi l'affirmation d'Henri Desbois selon laquelle l'originalité, comprise dans sa dimension subjective, n'a pas à être nécessairement nouvelle :

« Le droit d'auteur, à la différence du *copyright*, est tout entier construit sur une conception personnaliste. [...] l'œuvre, dans cette vision des choses, est la projection même de l'auteur. Dès lors, si l'œuvre est protégée, c'est parce que l'auteur y est présent [...]. L'œuvre, c'est l'auteur. »²⁰⁰⁶

Cette approche personnaliste n'est pas seulement fondée par convention, pour les besoins d'une cause juridique. L'engagement de ce « fond de soi » révélé par la psychanalyse et la phénoménologie, bien malheureusement ignoré des théoriciens de la « mort de l'auteur », montre à quel point l'auteur participe à l'élaboration de l'œuvre – surtout dans les domaines littéraire et artistique –, même si le chemin emprunté l'est à tâtons, sans véritable stratégie préalable possible. Cette profonde implication de l'auteur confirme plusieurs points essentiels en matière de droit d'auteur : elle montre tout d'abord à quel point l'approche personnaliste défendue par le droit d'auteur classique est fondée et n'a pas à céder le pas devant le « pragmatisme » économique du *copyright* ou du droit d'auteur actuels, d'autant plus, comme le présent travail tend à le montrer, que l'*incitation à la création*, but même du *copyright*, devrait elle aussi pousser à protéger l'auteur plutôt que les intermédiaires, du moins pour la catégorie d'œuvres nécessitant à mes yeux la protection la plus forte.

Ce fondement phénoménologique est confirmé par l'enseignement de l'Histoire, qui nous montre que « le droit d'auteur ne pouvait émerger qu'avec l'affirmation de la notion de personne »²⁰⁰⁷, avec cette précision que la *figure* de l'auteur ne doit pas éclipser son rôle de *facteur* d'œuvres, combien plus essentiel²⁰⁰⁸ ; ce rôle factuel de créateur préexiste de beaucoup à l'apparition de l'individualisation et engage néanmoins la personne tout entière de l'auteur dès les premières activités artistiques remontant au Paléolithique supérieur²⁰⁰⁹. L'œuvre artistique et littéraire est bien le fruit de l'engagement existentiel d'un auteur, quelle que soit l'importance de sa dette envers la tradition, en conséquence de quoi le vœu d'« incitation à la création » formulé par le législateur, s'il est sincère, devrait s'attacher à la protection de l'auteur et non des

²⁰⁰⁵ Voir ci-dessus, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), chap. « Le fondement de la protection – La personnalité », pp. 492 ss.

²⁰⁰⁶ Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, op. cit., pp. 162-163, n°200 ; ce sont les auteurs qui soulignent.

²⁰⁰⁷ Hélène MAUREL-INDART, *Du Plagiat*, op. cit., p. 115.

²⁰⁰⁸ Voir ci-dessous, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), chap. « Fondements de la protection – La nature de la création humaine », pp. 496 ss.

²⁰⁰⁹ Jean-Paul JOUARY, *Préhistoire de la beauté – Et l'art créa l'homme*, op. cit.

intermédiaires, du moins dans tous les domaines où le travail de conception l'emporte sur le travail de production, et où l'activité productrice n'est pas essentiellement motivée par l'argent ; certes, ce discours d'incitation n'apparaît ni dans le CPI français, ni dans la LDA suisse, mais il figure souvent dans les documents officiels émanant des autorités européennes²⁰¹⁰ et est souvent brandi lors des débats parlementaires. Cette incitation à la création peut assurément s'entendre autrement qu'à la lumière de l'utilitarisme de la constitution étasunienne²⁰¹¹, dont les néolibéraux ont du reste biaisé la lecture en une apologie du marché qu'il n'a jamais été chez Jeremy Bentham²⁰¹².

Il convient toutefois de préciser l'approche, et de la mettre en perspective. Ce qui fait l'auteur, c'est davantage l'élaboration de l'œuvre que l'*individualisation* de sa personne. On n'est pas auteur parce qu'on est *sujet* de manière accomplie, on l'est parce que, dans sa dynamique de sujet, on entre dans le *jeu* transformant que le processus créatif nous propose dans – et *par* – l'incertitude. Si l'individualisation, nous l'avons vu, est bien le ferment du prestige dont l'auteur a pu jouir depuis la Renaissance, de sa *figure*, elle n'est pas la *condition* de la création²⁰¹³. Tout au plus apparaîtra-t-elle comme condition de la *conscience* de la portée de l'acte créateur et de son caractère transformant, ce qui est bien autre chose. Autrement dit, ceux qui critiquent le lien personnel de l'auteur à son œuvre – que ce soit au nom de la « mort de l'auteur » ou d'une relation plus forte qui relierait l'œuvre à celui qui la finance – affirment que cette relation ne serait que superficielle parce qu'ils confondent presque toujours *figure de l'auteur* dans la société et *action de créer*. L'action de l'auteur n'en est pas moins réelle et intime, soit personnelle : les revendications récurrentes des auteurs au long de l'Histoire²⁰¹⁴ aussi bien que l'approche clinique du processus créatif²⁰¹⁵ le montrent bien. Le but de l'art – est-il nécessaire de le rappeler – n'est pas de produire toujours plus d'objets pour remplir salons, musées et bibliothèques ; il est de devenir toujours plus soi-même, et de permettre à l'autre, par sa confrontation à l'œuvre, de devenir davantage lui-même à son tour par l'évocation implicite de sa propre sujéité.

²⁰¹⁰ Voir notamment les considérants de la Directive « Société de l'information » (Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001, op. cit.).

²⁰¹¹ Art. 1, sect. 8, cl. 8 Cst USA ; pour une définition de l'utilitarisme, voir ci-dessus, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), chap. « Les fondements de la protection – La propriété pour l'utilitarisme », pp. 477 ss.

²⁰¹² Voir ci-dessus, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), chap. « La propriété pour l'utilitarisme – Jeremy Bentham », pp. 477 ss.

²⁰¹³ Voir ci-dessus, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), chap. « Les conditions d'émergence de la figure de l'auteur », en particulier le sous-chap. « L'individuation, un phénomène irréversible ? », pp. 474 ss, *in fine*.

²⁰¹⁴ Voir ci-dessus, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), pp. 381 ss.

²⁰¹⁵ Voir ci-dessus, chap. « Implication physique de l'auteur : la "toile-peau" », pp. 551 ss.

Jean-Paul Jouary, en s'interrogeant sur la problématique radicale de la « création de la création » chez les premiers hommes, confirme ce qui vient d'être dit²⁰¹⁶. Ses réflexions l'amènent à conclure que « ce n'est pas parce que l'homme est devenu homme qu'il a inventé l'art ; c'est parce qu'il a inventé l'art qu'il est devenu pleinement homme »²⁰¹⁷. Ce que Jean-Paul Jouary dit de l'humanité peut s'appliquer à chaque individu, ce qui fait affirmer de nos jours à Michel Nedjar : « Mes poupées m'ont créé »²⁰¹⁸. En d'autres termes, la création contribue à l'individualisation de l'auteur plus qu'elle n'en est l'effet.

Mais la création n'échappe pas seulement à la société, qui se retrouve de ce fait débitrice de l'auteur : elle échappe jusqu'à l'auteur lui-même, ce qui est plus rarement relevé et qui explique que l'auteur garde toujours un lien avec l'œuvre bien que celle-ci, dans le même temps, lui échappe toujours en partie. La création la plus fondamentale, qui correspond au *mode visionnaire* décrit par Carl Gustav Jung, n'a rien d'une stratégie planifiée ou d'un « *business plan* » ; se déroulant en-dehors du cadre de la vie ordinaire, elle a pour fonction principale de proposer une lecture actualisée des archétypes, assurant ainsi la vitalité de ces biens communs qui intéressent l'humanité tout entière, et qui devrait de ce fait aussi intéresser le *copyright* classique, d'inspiration utilitariste. On comprend dès lors en quoi, dans le domaine littéraire, l'analyse du texte à travers la biographie de l'auteur s'avère réductrice si elle prétend offrir une interprétation exclusive de l'œuvre, puisqu'il s'agit littéralement à travers l'œuvre d'art d'*exprimer l'indicible*, ou, comme l'exprime Georges Brunon, de rendre « l'invisible visible »²⁰¹⁹. S'il est vrai que nous sommes revenus de la vision romantique de l'auteur solitaire tirant son œuvre de son seul génie, s'il est vrai que nous connaissons mieux la dette qu'il endosse envers ses prédécesseurs, à l'image du processus d'individualisation qui passe par le regard de l'autre²⁰²⁰, il n'en demeure pas moins que tout auteur véritable tire *aussi* son œuvre « de son propre fond », et que la création en tant que processus, tout comme la conscience, est une aventure personnelle qui ressemble souvent à une traversée solitaire.

L'approche éthique nous a permis de comprendre dans quelle mesure le regard de l'autre, en plus d'être l'étape nécessaire de la découverte de l'immédiate conscience d'exister et d'agir, devient l'invitation à entrer dans une dimension de soi plus essentielle encore, quoique beaucoup plus rarement atteinte. Car ce regard que l'autre nous porte est aussi notre épreuve : le prérequis à cette expérience fondamentale de soi

²⁰¹⁶ Jean-Paul JOUARY, *Préhistoire de la beauté – Et l'art créa l'homme*, op. cit.

²⁰¹⁷ Jean-Paul JOUARY, *Préhistoire de la beauté – Et l'art créa l'homme*, op. cit., p. 124 ; c'est l'auteur qui souligne ; voir ci-dessus, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « L'art, autre facteur d'humanisation », pp. 376 ss.

²⁰¹⁸ Voir ci-dessus, p. 545.

²⁰¹⁹ Georges BRUNON, *L'Art sans l'Histoire de l'art*, op. cit., pp. 82-83.

²⁰²⁰ Voir ci-dessus, partie 03 (« Recherche d'une fondation éthique »), chap. « Assise du sens moral », pp. 124 ss.

n'est autre que le désattachement à l'image et au rôle qui nous est dévolu – Carl Gustav Jung parlerait de désidentification à la *persona*. La refuser, c'est entrer dans une dynamique où l'autre ne nous révèle plus à nous-mêmes mais nous façonne à l'image qu'il se fait de nous. Nous nous réduisons alors à notre rôle, ou, pour reprendre un terme cher aux écrits sur le « genre », à notre *assignment*. En d'autres mots, nous nous formons à l'image de ses attentes sur nous et des besoins que nous avons de lui. Une codépendance s'instaure. Cet échec fondamental sur le parcours qui aurait dû nous conduire au plus intime de nous est du reste si fréquent que nous le confondons très souvent avec notre condition humaine.

L'artiste, précisément, témoigne de cette étape beaucoup plus rare que l'émergence de la conscience d'exister, soit que ses œuvres attestent ses pressentiments d'un « ailleurs » qui le travaille de l'intérieur, soit qu'elles constituent l'empreinte de l'aventure qui l'a conduit dans l'indéterminé. Le processus créatif est sans doute celui qui illustre le mieux la *déprise*²⁰²¹ comme clef de l'accession à Qui nous sommes : plus l'artiste est allé loin dans sa descente dans l'inconnu, plus l'artiste s'*approche* de sa source intime, et plus, dans le même temps, l'œuvre *se détache* de lui, gagne en autonomie pour entamer sa propre vie sous le regard du public et révèle une grande richesse polysémique.

Le mythe de Persée affrontant Méduse peut éclairer ce que l'art recèle de plus profond. On se rappelle que cette Gorgone, jadis très belle, avait pouvoir de pétrifier tous ceux qui croisaient son regard. Persée parviendra à la tuer en observant son approche grâce au reflet de son bouclier, aussi poli qu'un miroir. Revenir vers les siens avec la tête de Méduse, c'est sortir victorieux de la pétrification induite par l'identification à son rôle social, à son image ; la carapace que nous endossons alors ne ressemble-t-elle pas à s'y méprendre à la pétrification des malheureux ayant croisé le regard de Méduse ? C'est aussi sortir de la caverne des illusions décrite dans la célèbre allégorie de Platon²⁰²² ; n'en déplaise au philosophe grec, lorsqu'on ne le considère pas à travers ses effets – pour ainsi dire ses scories – que sont les œuvres, mais sous l'angle du processus créatif, l'art libère de l'illusion des apparences plus qu'il n'asservit. Dans cette perspective à la fois dynamique et phénoménologique, le caractère figuratif de l'art ne saurait se réduire à une reproduction de la réalité – fût-elle servile dans sa forme, en d'autres termes dans son « rendu » –, mais est le fruit d'une démarche d'*appropriation*, autrement dit d'assimilation ou d'intériorisation. Ce retour après l'immersion dans l'indéterminé, on l'a vu, est essentiel aux yeux de Frances Gaezer Grossman puisqu'il permet de distinguer l'artiste du psychotique²⁰²³. L'œuvre, alors, en ce qu'elle

²⁰²¹ Jean-François MALHERBE, *Maître Eckhart – « Souffrir Dieu » – La prédication de Maître Eckhart*, Cerf, Paris 2003, p. 25.

²⁰²² PLATON, *La République*, trad. Georges Leroux, Flammarion, Paris 2002, livre VII.

²⁰²³ Voir ci-dessus p. 558 ; Frances Gaezer GROSSMAN, *Creativity as a Means of Coping with Anxiety* [a], op. cit., p. 191, cité par Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit., p.88.

concrétise cette épreuve de l'indéterminé, lui permet par là même de la surmonter, en devenant son soutien sur l'étape du retour.

La tradition, amalgamant le bouclier et le trophée que ses reflets ont permis de conquérir, représentera la tête de la Gorgone fixée sur le bouclier de Persée, le protégeant ainsi de ses ennemis. Car l'art, bien davantage qu'une jouissance passive du « beau », propose avant tout protection et viatique à la fois, dans l'espace inconnu et sans repères de notre intime qui nous renvoie à celui du monde : « Les œuvres de l'Art ne répondent pas par des preuves et des arguments à la menace du non-sens existentiel, mais elles nous en protègent. »²⁰²⁴ Cette association du bouclier et de la tête de Méduse ne manque pas de rappeler la « toile-peau » d'Alexia Jacques et d'Alex Lefebvre inspirée de Didier Anzieu²⁰²⁵, sans oublier la dimension exorciste de l'art contre l'informe ou le « grand tout »²⁰²⁶. Enfin, le mythe évoque la capacité de l'art à *faire voir l'innommable* croisé lors de cette plongée, ou, de manière plus générale, à montrer « l'invisible dans le visible »²⁰²⁷. Le Caravage a illustré on ne peut mieux en 1601 cette faculté en décorant un bouclier d'apparat représentant la tête de Méduse. L'image de l'art comme bouclier nous permettant d'observer l'horreur sans mourir est déjà évocatrice en soi. Mais le génie du Caravage va lui faire représenter son propre visage dans le reflet de l'œil dilaté de la Méduse, comme si l'artiste, par ce reflet, prouvait qu'il avait pu faire face à la Gorgone sans mourir, grâce à la distanciation symbolique opérée par son art²⁰²⁸.

Le processus créateur, tel qu'il vient d'être exposé, confirme plusieurs traits de l'approche personnaliste, pourtant fort critiquée de nos jours par les tenants de l'AC et des intérêts industriels : Chantal Deschamps nous fait part d'une création « dans laquelle le processus créateur et la personnalité créatrice forment un tout indivisible et s'inscrivent dans l'ensemble de la vie quotidienne où, infailliblement, s'incère l'activité de création. »²⁰²⁹ Ce processus créateur permet de comprendre en quoi les œuvres littéraires et artistiques – qui seules, et pas toutes encore, correspondent aux créations du *mode visionnaire* exposé par Carl Gustav Jung – se distinguent des autres œuvres, notamment « de commande » ou planifiées, et constituent la raison d'être du droit d'auteur ; elles présentent une nature et un lien à l'auteur qui à la fois les éloigne

²⁰²⁴ Georges BRUNON, *L'Art sans l'Histoire de l'art*, op. cit., p. 87.

²⁰²⁵ Voir ci-dessus, chap. « Implication physique de l'auteur : la "toile-peau" », pp. 551 ss (Alexia JACQUES, Alex LEFEBVRE, *La Création artistique... Un en-deçà du désir* [a], op. cit. ; Didier ANZIEU, *Le Moi-peau*, Dunod, op. cit.)

²⁰²⁶ Voir ci-dessus, chap. « Une découverte de ce que l'on sait déjà ? », pp. 554 ss.

²⁰²⁷ Georges BRUNON, *L'Art sans l'Histoire de l'art*, op. cit., p. 81.

²⁰²⁸ Thierry Delcourt défend plutôt l'idée que Le Caravage tentait par là de représenter « l'innommable en lui » (Thierry DELCOURT, *Au risque de l'Art*, op. cit., p. 11 ; p. 141).

²⁰²⁹ Chantal DESCHAMPS, *Une étude phénoménologique de l'expérience du chaos* [a], dans Cahiers de recherche sociologique, vol. 5 (1987), n°2, pp. 161-164, p. 163.

d'un simple travail et accroissent l'intérêt général qu'elles présentent ; cette nature spécifique justifie à son tour de manière emblématique la protection intensive et très particulière reconnue par le droit d'auteur, afin d'encourager la formulation de champs de la connaissance que l'humain acquiert à la fois sur lui-même et sur le monde, l'auteur faisant office de « défricheur » en énonçant d'une manière qui lui est propre ce qu'il éprouve dans son intime le plus profond, traduisant « dans son œuvre un sens reconnaissable du réel »²⁰³⁰. Ainsi l'art nous permet-il de saisir la part *universelle* qu'habite le plus *intime* de chacun – au-delà de l'apparent paradoxe que cette affirmation peut receler une fois admise la *sujétité* de la personne humaine. Il n'est dès lors pas possible de cautionner l'approche de l'AC lorsqu'il fait des *mythologies personnelles* du plasticien une justification – par nature indiscutable – de l'œuvre, alors qu'elles ne concernent en rien les autres vu la quasi absence d'élaboration subjective qui les caractérise²⁰³¹.

L'art comme catalyseur de la réalité

Dès lors que se connaître et connaître le monde participent d'une même dynamique, on ne s'étonnera pas que l'art puisse aussi permettre de « catalyser » la réalité. Cela veut-il dire, comme l'ont cru certains, que l'art doive se confondre avec la vie ?

Art = vie ?

Platon, opposant le monde immuable et parfait des Idées au monde matériel et corruptible des choses, serait à l'origine de l'opposition entre la norme – l'obéissance à des lois immuables – et la vie – grouillante, en constante mutation et promise à la corruption. On retrouve en esthétique cette opposition entre l'art – qui joue le rôle de la norme – et la vie. Comment est-on arrivé d'un statut où l'art n'est qu'imitation de la nature, représentation d'une représentation, autrement dit illusion d'une illusion, à celui de norme ? L'œuvre d'art, tout d'abord, dans sa matérialité même, est inerte et traverse les siècles. Ainsi Rainer Maria Rilke évoque-t-il « les œuvres d'art, ces êtres secrets dont la vie ne finit pas et que côtoie la nôtre qui passe »²⁰³². Hannah Arendt, dans *Condition de l'homme moderne*, approfondit cette constatation :

« C'est cette durabilité qui donne aux objets du monde une relative indépendance par rapport aux hommes qui les ont produits et qui s'en servent, une "objectivité" qui les fait "s'opposer", résister, au moins quelque temps, à la voracité de leurs auteurs et usagers vivants. A ce point de vue, les objets ont pour fonction de stabiliser la vie humaine [...].

« En raison de leur éminente permanence, les œuvres d'art sont de tous les objets tangibles les plus intensément du-monde [...]. Nulle part la durabilité pure du monde des objets n'apparaît avec

²⁰³⁰ Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit., p. 85.

²⁰³¹ Jean-Philippe DOMEQ, *Misère de l'art – Essai sur le dernier demi-siècle de création (L'Art du Contemporain*, vol. 2), Pocket, coll. Agora, Paris 1999, pp. 86-87, p. 89.

²⁰³² Rainer Maria RILKE, *Lettres à un jeune poète*, 1929, op. cit., lettre du 17 février 1903, p. 316.

autant de clarté, nulle part, par conséquent, ce monde d'objets ne se révèle de façon aussi spectaculaire comme la patrie non mortelle d'êtres mortels. »²⁰³³

Mais avec le temps, notamment avec la Renaissance et la revendication de l'artiste à voir son activité compter parmi les arts majeurs, l'art est aussi devenu reflet ou proposition d'un monde idéal, jamais atteint, toujours « à faire ». Il a surtout prétendu dès l'Antiquité non pas tant imiter le sensible que montrer les formes sous-jacentes au sensible :

« L'art au sens classique, héritier de l'art et de la pensée antiques, a toujours cru, comme la science qu'il rejoint ici, dans l'existence des formes, et pour aller plus loin, dans la supériorité intellectuelle des formes sur le chaos du sensible et il s'est précisément donné pour finalité de donner à voir, d'incarner dans le sensible ses formes mêmes. »²⁰³⁴

La séparation de l'art et de la vie une fois orchestrée par Platon, l'approche esthétique classique se définit comme l'imitation de la réalité couplée à la recherche des formes idéales et sous-jacentes de la réalité. La légende raconte que Praxitèle, travaillant à sa Vénus de Cnide, aurait convoqué les jeunes filles les plus belles de sa ville pour s'inspirer d'un détail – épaule, visage, sein, cuisse, pied – particulièrement parfait du corps de chacune, afin de parvenir à l'évocation du physique idéal de la déesse. La modernité va mettre cette séparation en question, jusqu'à la nier et identifier l'art à la vie. Ce faisant, elle accordera à cette dernière une importance inégalée. La première étape de ce mouvement est franchie par le romantisme, en réaction au rationalisme des Lumières, lorsqu'il assigne à l'art la tâche de *transformer* la réalité. Pour Novalis, il s'agit de *révéler* la poésie de la réalité :

« Cette transformation, qui correspond à une élévation du niveau de sensibilité et de spiritualité, Novalis lui donne le nom de *poésie*. L'ambition démesurée de Novalis et de ses amis consiste donc à *poétiser* le monde, à transformer le monde en *poésie* et les hommes en *poètes*. Mais ce programme ne doit pas être compris comme une simple esthétisation du réel [...] ; ce projet qui pourrait apparaître finalement comme celui qui anime toute société raffinée et cultivée, ou la philosophie de ceux qu'on définit précisément comme des *esthètes*, et que l'on pourrait résumer en "faire de la vie une œuvre d'art", se renverse en son contraire car ici c'est la vie, le vivant qui donne le ton à cette poétisation du monde. »²⁰³⁵

Quelle est donc le type d'influence que la vie exercera sur l'art ? C'est l'idée d'un art protéiforme, toujours renouvelé, qui engendre à son tour :

« Ce qui caractérise la spécificité de la vie, si on pense celle-ci dans sa différence absolue avec l'inorganique, c'est, quel que soit le point de vue auquel on se place, scientifique ou non, une sorte de créativité perpétuelle, d'engendrement qui apparaît comme infini. Selon ce point de vue, qui est donc celui du *vitalisme*, ces penseurs du vivant contemporains des romantiques, la vie

²⁰³³ Hannah ARENDT, *Condition de l'homme moderne*, Calmann-Lévy, coll. Agora/Pocket, Paris 1983 [1958], chap. IV, « L'Œuvre », p. 188 (« La durabilité du monde ») ; p. 223 (« La permanence du monde et l'œuvre d'art »).

²⁰³⁴ Miguel EGANA, *Vie de chien, vie d'artiste - Survivre ou sur-vivre ?* [a], 14.08.2009, <http://miguel-egana.over-blog.com/article-vie-de-chien-vie-d-artiste-survivre-ou-sur-vivre-49549099.html>.

²⁰³⁵ Miguel EGANA, *Vie de chien, vie d'artiste - Survivre ou sur-vivre ?* [a], op. cit., chap. « Bio-esthétique ».

c'est, avant tout, quelle que soit la forme qu'elle prend, simple ou sophistiquée, ce qui se reproduit, ce qui crée sans cesse du vivant à partir du vivant. »²⁰³⁶

Là où, pour Hannah Arendt – fidèle en cela à la conception classique – c'est dans la matérialité même de l'œuvre que repose sa valeur, en tant que repère pour l'individu soumis à la corruption et aux aléas de la vie, la création artistique va davantage se focaliser sur son processus plutôt que sur le produit qui en résulte, et va privilégier les formes dites ouvertes aux formes fermées, valorisant l'esquisse, l'« inachevé », le brouillon, la pochade, à l'instar des *Fragments* de Novalis²⁰³⁷. L'art prendra ainsi le risque de devenir éternel processus. Cela se pratiquera en deux étapes au moins : avec les romantiques du cercle d'Iena, il s'agit d'insister sur le caractère protéiforme de l'œuvre à travers ses multiples interprétations, si bien que sa matérialité, en tant qu'elle assure un support pérenne de cette multiplicité, demeure un constitutif essentiel du miracle de l'art, qui est d'être constitué d'*œuvres* à la fois finies et infinies. La seconde étape sera amorcée par l'Impressionnisme, influencé en cela par la photographie naissante, avec sa tentative de saisir l'instant. Deux exemples parmi les plus frappants sont sans doute les tableaux que Claude Monet peint à la gare Saint-Lazare, où il tente de reproduire les volutes de vapeur toujours changeantes s'échappant des cheminées des locomotives, et ses séries, notamment celles des *Meules* et des *Peupliers de Giverny*. Il n'est pas jusqu'à la pierre de la façade ouest de ses *Cathédrale de Rouen* qui ne se dilue dans les variations de la lumière solaire aux différentes heures du jour. En véritable témoignage de la fugacité des effets de lumière dans la nature et de la « vérité » des expériences rétinienne, les peintures en extérieur qu'ils initient ne seront même plus retouchées en atelier.

L'apogée de cette tendance est atteint à l'ère post-moderne, qui assimile l'instantanéité à la vie et cherche à reproduire le mouvant comme seul garant de la vérité ; l'AC résume du reste ce point de vue par son équation « Art = vie ». Avec l'AC, « l'œuvre » se doit d'être aléatoirement modifiée par son environnement, et c'est la porte ouverte aux « *happenings* » de toutes sortes, ainsi qu'aux montages réagissant à leur environnement, comme le mouvement des spectateurs dans la pièce où elles sont exposées. Nous retrouvons la définition de Nathalie Heinich selon laquelle avec l'AC la valeur de l'œuvre ne réside « plus tant dans l'objet proposé que dans l'ensemble des médiations qu'il autorise entre l'artiste et le spectateur »²⁰³⁸, reprenant en cela l'idée de Roland Barthes pour qui « l'unité d'un texte n'est pas dans son origine, mais dans sa destination »²⁰³⁹. Ces médiations sont toutefois pensées par l'AC de manière plutôt simpliste, souvent sous un angle essentiellement technique – le terme de *dispositif* qui remplace celui d'œuvre le trahit bien : le vivant est alors imité dans son aspect le plus

²⁰³⁶ *Ibid.*, chap. « Bio-esthétique ».

²⁰³⁷ *Ibid.*, chap. « Bio-esthétique ».

²⁰³⁸ Nathalie HEINICH, *Pour en finir avec la querelle de l'art contemporain* [a], dans *Le Débat*, n°104 (1999/2 ; mars-avril 1999), Gallimard, Paris, pp. 106-115, p. 111.

²⁰³⁹ Roland BARTHES, *La Mort de l'auteur* [a], op. cit.

superficiel – le mouvement –, et l'autonomie dans son aspect imprévisible pour les tiers – l'aléatoire –, plutôt qu'intégré dans une démarche formelle proprement artistique.

Car le présent n'est pas l'instantané. Les recherches de Claude Monnet montrent tout le travail d'élaboration formelle pour reproduire la dynamique d'un instant qui ne soit ni figé ni aléatoire, mais emblématique et comme suspendu, prêt à poursuivre son déploiement. Nous pourrions en dire tout autant des efforts menés par les futuristes italiens tels que Carlo Boccioni pour représenter la vitesse. En négatif, la photographie nous prouve cette distance qui sépare le présent de l'instantané par l'aspect raidi des postures dans lesquelles, trop souvent, elle surprend ses modèles. Ces instants volés ne reproduisent pas le souvenir que nous gardons des choses et des êtres, mais n'en rapportent qu'un vague indice extérieur. Seul le regard averti du photographe lui permet de pressentir et de capter le moment significatif et fugace où les deux se rejoignent. Le temps de l'œuvre est un présent beaucoup plus riche qu'un instantané qui dure. Il nous invite, là encore, à pénétrer une dimension assimilée, intériorisée de la réalité, où peut se résoudre la contradiction fondamentale qui nous habite :

« L'Art témoigne [...] de notre désir contradictoire et angoissé d'exister à la fois hors du moment éphémère et dans la matière terrestre. »²⁰⁴⁰

À l'opposé et dans le même temps, souvent opposé à la « vérité » en tant que « fiction », l'art reste opposé à la vie – entendre par là : le « vécu » – en tant que critère du « vrai »²⁰⁴¹. En évoquant la substitution de la fiction de l'art au réel, Louis-René Des Forêts aborde l'opposition – hélas classique – de la « fiction » à la « vérité », au « vécu » en tant que critère du « vrai ». Annie Ernaux, déjà évoquée pour son roman *La Place* où elle entend brosser le portrait de son père décédé, finit par s'écrier à propos de ce dernier :

« J'ai commencé un roman dont il était le personnage principal. Sensation de dégoût au milieu du récit. [...] Depuis peu, je sais que le roman est impossible. [...] Je rassemblerai les paroles, les gestes, les goûts de mon père, les faits marquants de sa vie... ».

²⁰⁴⁰ Georges BRUNON, *L'Art sans l'Histoire de l'art*, op. cit., p. 56.

²⁰⁴¹ Voir ci-dessous, chap. « La *mimèsis* : imitation, transcription de la réalité ou "faire semblant" ? », pp. 572 ss.

Annie Ernaux, dans son souci de « vérité » sur son père, reproche en fait au roman de ne pas lui permettre d'aller au-delà d'une simple évocation littéraire²⁰⁴². Faut-il en blâmer la littérature et l'accuser de *mensonge* ? Dans un autre roman, *L'Écriture comme un couteau*, la romancière prétend avoir adopté avec *La Place* une « écriture clinique » qui échapperait à la fiction :

« Ce livre a inauguré [...] ma posture d'écriture, que j'ai toujours, exploration de la réalité extérieure ou intérieure, de l'intime et du social dans le même moment, *en dehors de la fiction*. Et l'écriture "clinique" que j'utilise est partie intégrante de la recherche. »²⁰⁴³

C'est avec raison que Luc Lang s'étonne d'une telle déception – et d'une telle visée :

« Pourquoi s'en prendre ici au roman plutôt qu'au langage lui-même, dans son souci de la vérité sur son père ? Ne l'énonce-t-elle pas elle-même, ce rapport nécessairement métaphorique à la "vérité" ? [...] Et l'écriture "clinique" n'est-elle pas aussi une rhétorique ? Non pas dans un sens péjoratif, mais parce que toute écriture a des effets, un style, un champ métaphorique, tout comme l'écriture scientifique. Elle est un médium, *notre* technique d'expression mais aussi notre être pour parler de nous et du monde, qu'ainsi nous étreignons, qu'ainsi nous embrassons. »²⁰⁴⁴

L'opposition de la fiction au réel fait régulièrement la « une » de la vie littéraire. C'est ainsi que l'accusation de « plagiat psychique » formulée en 2007 par Camille Laurens à l'encontre de Marie Darrieussecq cachait mal l'ambition de la première d'interdire à la seconde d'écrire à propos de la souffrance d'une mère confrontée à la perte de son enfant au motif qu'elle n'avait pas vécu cet événement. Comme le fait remarquer Nelly Kaprièlian, en reprochant à Marie Darrieussecq de s'inspirer des expériences d'autrui pour écrire, Camille Laurens jette du même coup l'anathème sur toute la démarche littéraire en la reléguant au rôle de témoignage factuel, de « reconstitution » du « vécu » :

« Laurens reprochait à Darrieussecq de lui "voler", de "copier" sa douleur d'avoir perdu un enfant, elle qui en avait témoigné dans le récit *Philippe* – alors qu'avec *Tom est mort*, il s'agissait d'un roman, d'une fiction. Laurens ne voyait même pas qu'en attaquant un écrivain sur cet argument, c'est toute la littérature, toute la fiction et l'imagination qu'elle bafouait. »²⁰⁴⁵

Marie Darrieussecq, qui, depuis ces accusations, a publié les résultats de son enquête sur le plagiat²⁰⁴⁶, ajoute :

« il y a chez certains le sentiment que puisque la fiction invente, elle ne peut que voler les textes sacrés que sont les autobiographies. Bref, elle ne serait qu'une pâle copie des textes qui disent le vrai, la vie. Moi, je pense que le roman peut dire la vérité, rendre compte du monde, de façon

²⁰⁴² Annie ERNAUX, *La Place*, Gallimard, Paris 1984, pp. 23-24, cité par Luc LANG, *Délit de fiction – La littérature, pourquoi ?*, Gallimard, coll. Folio essais, Paris 2011, p. 167.

²⁰⁴³ Annie ERNAUX, *L'Écriture comme un couteau*, Stock, Paris 2003, p. 36, cité par [D] LANG, *Délit de fiction – la littérature, pourquoi ?*, 168 ; c'est moi qui souligne.

²⁰⁴⁴ Luc LANG, *Délit de fiction*, op. cit. ; c'est l'auteur qui souligne.

²⁰⁴⁵ Nelly KAPRIELIAN, *Marie Darrieussecq : « L'accusation de plagiat est une mise à mort »* [a], 09.01.2010, <http://www.lesinrocks.com/2010/01/09/actualite/marie-darrieussecq-laccusation-de-plagiat-est-une-mise-a-mort-1134747>.

²⁰⁴⁶ Marie DARRIEUSSECQ, *Rapport de police – Accusations de plagiat et autres modes de surveillance de la fiction*, P.O.L., Paris 2010.

aussi valide et légitime que l'autobiographie ou l'autofiction. Le problème, c'est qu'on assimile aujourd'hui fiction et mensonge. »²⁰⁴⁷

La modernité semble donc enfermer l'art dans une contradiction : être à la fois identifié et opposé à la vérité à travers les notions de « vie », respectivement de « vécu », entendues comme critères du « vrai ». Le « vrai », à travers ces deux notions, semble toutefois abordé dans ses dimensions les plus immédiates, les plus apparentes : soit que la vie soit assimilée au mouvement, soit que « vie » et « vécu » n'évoquent aux amateurs de témoignages que l'immédiateté de l'existence quotidienne, avec ses répétitions et ses automatismes dépersonnalisants. Il n'y a rien d'étonnant à cette opposition si l'on considère à quel point elle est superficielle ; elle nous incite à nous écrier à la suite de Guy Goffette : « Vivre est autre chose »²⁰⁴⁸ et nous encourage à la dépasser en repensant la notion de représentation, la fameuse *mimèsis* des grecs.

La mimèsis : imitation, transcription de la réalité ou « faire semblant » ?

Considérer l'art comme *imitation* revient à l'opposer à une vie en constante mutation et le cantonne à une rigidité qui n'est pas la sienne : l'art est davantage que l'exposition d'une forme mathématique sous-jacente du sensible ou la *copie* du visible et l'œuvre n'est pas une figure de la pérennité en raison de sa seule durée de conservation. Jean-André Nisole nous montre par exemple que l'image artistique n'est pas simple imitation des objets de la nature en ce sens qu'elle est plus vague, échappant à l'analyse, plus changeante et surtout « porteuse d'un sens purement personnel »²⁰⁴⁹. À l'inverse, ainsi que nous venons de le voir, considérer l'art comme identique à la « vie » peut le réduire à un éternel processus. C'est le message même de l'œuvre qu'il faut plutôt interroger, en faisant appel à une notion plus riche de la *mimèsis*.

Les débuts de l'art figuratif sont marqués par le programme de *représentation* de la réalité qui lui est assigné – la fameuse *mimèsis* des grecs. Longtemps les auteurs ont voulu y voir une simple *imitation* de la Nature, fruit sans doute d'une approche de l'art focalisée sur l'œuvre plutôt que sur le processus créatif²⁰⁵⁰. Mais la notion de représentation ne se limite pas à celle d'imitation. Si Pline l'Ancien vanta la capacité d'un Zeuxis à duper les moineaux venus picorer les grains de raisin peints par ses soins – talent qui le ravale au statut d'illusionniste pour Platon –, les conteurs ne conçoivent-ils pas déjà à la suite d'Homère leur art comme « le *rusé tissage* » d'une réalité assez

²⁰⁴⁷ Marianne PAYOT, *Marie Darrieussecq et Camille Laurens règlent leurs comptes* [a], dans L'Express, 07.01.2010 ; http://www.lexpress.fr/culture/livre/marie-darrieussecq-et-camille-laurens-reglent-leurs-comptes_840090.html.

²⁰⁴⁸ Passage d'un poème tiré de Guy GOFFETTE, *La Vie promise*, poèmes, Gallimard, Paris 1991, cité par Thierry DELCOURT, *Au risque de l'Art*, op. cit., p. 34.

²⁰⁴⁹ Jean-André NISOLE, *Psychothérapie des états pathologiques*, op. cit., p. 51.

²⁰⁵⁰ Voir ci-dessus, chap. « Vérification de l'approche personnaliste », pp. 562 ss, p. 565.

forte pour captiver l'auditoire²⁰⁵¹ ? Une telle approche annonce une perception de l'art comme tissu de réalité et de fiction, la force suggestive de la seconde renforçant la richesse de la première. Le récit du conteur, situé entre réalisme et fiction, acquiert une forme de cohérence qui évoque immanquablement « l'espace potentiel » de Donald Woods Winnicott, situé à la convergence de l'intériorité et de l'extériorité²⁰⁵². Kendall Walton abonde dans ce sens lorsqu'il montre que la *mimèsis* des Grecs renvoie davantage à la notion de « faire semblant » ou de simulation qu'à celle d'imitation²⁰⁵³. Du reste, Kendall Walton n'admet-t-il pas en introduction de son ouvrage que l'idée lui en est venue à l'écoute d'une conférence d'Ernst Gombrich, où l'historien de l'art abordait la question de la représentation artistique en partant de l'exemple d'un enfant chevauchant un bâton comme s'il s'agissait d'une monture ?²⁰⁵⁴ Du reste, chez Kendall Walton comme chez Jean-Marie Schaeffer²⁰⁵⁵, le rôle de la représentation en art est abordé non pas comme un phénomène unique appelant un éclairage spécifique, mais s'avère comparable à celui d'autres pratiques humaines, telles que les rites religieux, les rapports éthiques, les sports ou certains usages scientifiques, et, bien entendu, les jeux ; on pourrait y inclure également les états de conscience modifiés dont le rêve forme le plus courant. Dans le jeu comme en art, la *fonction* l'emporte sur la forme²⁰⁵⁶ ; et si pour Kendall Walton l'art est un jeu de faire-semblant, l'œuvre joue le rôle du support qu'implique cette activité de l'imaginaire, conférant à l'univers fictionnel une forme d'objectivité.

Dans la mesure où l'œuvre implique la personnalité de l'auteur et son imaginaire avec l'intensité exposée dans les chapitres qui précèdent, l'art ne peut se limiter à n'être qu'une *imitation* du réel. L'art, en tant que représentation du réel, n'est pas imitation ou « répétition », mais bien plutôt « mise en présence »²⁰⁵⁷. Il a ainsi pour fonction de *dévoiler* le monde, de le *transcrire*, ce qui va bien plus loin et se révèle bien moins anecdotique que de se contenter de le décrire. Il s'agit pour lui d'« interroger la source du visible »²⁰⁵⁸, ou encore d'« étendre le champ d'expression du monde », pour

²⁰⁵¹ Marcel DETIENNE, *Les Maîtres de vérité dans la Grèce archaïque*, op. cit., pp. 106-108, cité par Antoine COMPAGNON, *Qu'est-ce qu'un auteur ?*, op. cit., cours 4 (« Généalogie de l'autorité »), chap. « Grèce ancienne ».

²⁰⁵² Donald Woods WINNICOTT, *Jeu et Réalité – L'espace potentiel*, Gallimard, coll. Nrf - Connaissance de l'inconscient, Paris 1975 [1971].

²⁰⁵³ Kendall WALTON, *Mimesis as make-believe. On the Foundations of the representational Arts*, Harvard University Press, Cambridge (USA) 1990.

²⁰⁵⁴ *Ibid.*, p. 4.

²⁰⁵⁵ Jean-Marie SCHAEFFER, *Pourquoi la fiction ?*, Seuil, coll. Poétique, Paris 1999.

²⁰⁵⁶ Ernst GOMBRICH, *Méditations sur un cheval de bois ou les origines de la forme artistique*, dans *Méditations sur un cheval de bois et autres essais sur la théorie de l'art* [a], W, Paris 1986, pp. 15-32, cité par Jean-Baptiste MATHIEU, *La Représentation comme fiction – Une relecture de Kendall Walton, Mimesis as make-believe* [a], www.fabula.org/revue/cr/197.php, p. 2.

²⁰⁵⁷ Florence BEGEL, *La Philosophie de l'art*, op. cit., p. 22.

²⁰⁵⁸ Thierry DELCOURT, *Au risque de l'Art*, op. cit., p. 48.

reprendre la superbe expression de Luc Lang²⁰⁵⁹. Comme l'écrit Jean Bazaine, le célèbre peintre français non figuratif :

« Trois lignes de Cézanne – trois pommes de Cézanne – élargissent et bouleversent le monde. Et en même temps, elles proclament la liberté de l'homme, son courage. »²⁰⁶⁰

L'art, de fait, est nécessaire *transcription* de la réalité, dès lors qu'il l'exprime à travers un *médium* – entendu à deux niveaux : du côté de l'artiste en tant que *regard* et en tant que *technique* ; dans le contexte de la relation de l'artiste à son public, en tant qu'*œuvre*. Georges Braque notait dans son Cahier : « J'ai le souci de me mettre à l'unisson de la nature bien plus que de la copier »²⁰⁶¹. Luc Lang parle, certes, de « *médiums* les plus mimétiques de la création divine » à propos de la peinture, de la sculpture et de la musique²⁰⁶². Mais si les peintres de l'époque pouvaient ainsi « faire illusion » sur la nature de leur art, tel n'a pu être le cas des écrivains : le *médium* qui est le leur ne laisse planer aucun doute quant à son caractère interprétatif de la réalité. Pour la littérature, la question porte plutôt sur la *résistance* opposée par son *médium* au projet initial de l'auteur. Qui a jamais tenté d'écrire un texte sait pourtant que les mots « résistent » autant que toile et pigments : le sens des termes, la nécessaire structure syntaxique et les exigences du discours s'imposent à celui qui a l'ambition de transmettre et « faire voir » au lecteur ce qui l'habite ; il rendent plus délicat l'usage du mode allusif qui permettrait plus aisément l'évocation d'images, car il s'agit, avant tout, de communiquer avec le lecteur. S'ajoute à cette matérialité celle de la psychologie :

« la singularité spécifique des relations humaines : pouvoir, travail, sentiment, sexe, filiation... sont précisément la matière même du romancier, la matière qu'il façonne, qu'il pense et qu'il écrit ; la matière vivante qu'il peut penser de l'intérieur d'un point de vue, de plusieurs points de vue, celui de Bill, celui de Monica, pris, engagés dans une histoire donnée. »²⁰⁶³

Comme l'affirme Paul Auster, « Le langage n'est pas la vérité. Il est notre manière d'exister dans l'univers. »²⁰⁶⁴. Mais à vouloir faire de l'art la vie elle-même dans la banalité et les approximations de son quotidien, l'homme se trompe de propos, et son projet fait long feu de deux manières différentes. D'une part parce que la poursuite du mouvant ne cesse de lui échapper, pour le ramener non à la réalité mais à son vécu intérieur. Les impressionnistes, à traquer la lumière, vont d'une part abandonner le figuratif pour une pure impression chromatique : je pense notamment aux derniers *Nymphéas* de Claude Monet, qui ne sont pas seulement dus aux progrès de sa cataracte et n'appartiennent déjà plus à l'Impressionnisme. Alors que son projet impossible – il l'admettra lui-même – est de « capter la lumière et la jeter directement sur la toile », ou

²⁰⁵⁹ Luc LANG, *Délit de fiction*, op. cit., p. 102.

²⁰⁶⁰ Jean BAZAINE, *Le peintre et le monde d'aujourd'hui* [a], op. cit., p. 22.

²⁰⁶¹ Georges BRAQUE, *Le Cahier de Georges Braque*, op. cit., p. 33.

²⁰⁶² Luc LANG, *Délit de fiction*, op. cit., p. 44.

²⁰⁶³ *Ibid.*, p. 99.

²⁰⁶⁴ Annie ERNAUX, *La Honte*, Gallimard, Paris 1997, phrase citée en exergue du roman

encore « peindre l'air dans lequel se trouve le pont, la maison, le bateau, la beauté de l'air où ils sont », sa traque du « réel »²⁰⁶⁵, qui lui permet de casser les modèles académiques, le fait revenir à la forme d'intériorité que représentent la *sensation subjective* et l'*émotion* éprouvée face à ce même réel, autrement dit à l'*imagination*. L'imagination n'est-elle pas l'autre nom possible pour l'« espace-jeu » de Donald Woods Winnicott propre à la démarche artistique ? On retrouve un parcours similaire dans le domaine musical chez Claude Debussy. Affirmant sa volonté de se référer à la musique inscrite dans la nature plutôt que de copier les Maîtres, il écrit :

« Les musiciens n'écoutent que la musique écrite par les mains adroites ; jamais celle qui est inscrite dans la nature. Voir le jour se lever est plus utile que d'entendre la *Symphonie pastorale*. »

Mais Claude Debussy ajoute tout de suite :

« Je voulais à la musique une liberté qu'elle contient peut-être plus que n'importe quel art, n'étant pas bornée à une reproduction plus ou moins exacte de la nature, mais aux *correspondances mystérieuses entre la Nature et l'Imagination*. »²⁰⁶⁶

Le projet impressionniste renonce ainsi à l'immédiateté de la vie pour une source d'inspiration plus riche et surtout moins naïve : l'investissement de l'espace intérieur. Cette recherche de « l'espace entre les choses » poursuivie sans relâche par Claude Monet, cet espace immatériel qui réunit les choses, n'est-il pas le lieu du « regard », de la conscience du célèbre peintre ? Il écrit encore :

« J'ai mis du temps à *comprendre* mes nymphéas... Je les cultivais sans songer à les peindre... Un paysage ne vous imprègne pas en un jour... Et puis, tout d'un coup, j'ai eu la révélation des féeries de mon étang. J'ai pris ma palette. Depuis ce temps, je n'ai guère eu d'autre modèle. »²⁰⁶⁷

Peindre les nymphéas, pour Claude Monet, revient à entrer en relation avec le monde. Il enfonce plus loin le clou avec cet aveu :

« Le motif est quelque chose de secondaire, ce que je veux reproduire, c'est ce qu'il y a *entre le motif et moi*. »²⁰⁶⁸

La peinture entre le projet initial et l'œuvre, entre l'artiste et son motif, entre l'artiste et lui-même : nous en revenons toujours au *médium*, « tiers lieu » de la maturation, de l'élaboration intérieure, indispensable condition de la relation – à l'autre comme à soi²⁰⁶⁹. Or la seconde manière par laquelle le projet d'identification de l'art à la vie échappe à celui qui le poursuit est plus radicale encore : il s'agit de la disparition même de l'art, en tant que *médium* entre l'homme et la réalité. Ainsi l'AC prétend-il, dans sa volonté de voir la portée de l'œuvre échapper à toute critique, qu'il convient de

²⁰⁶⁵ Claude Monet, lettre, 1895

²⁰⁶⁶ Claude Debussy, dans la *Revue blanche* du 1^{er} juillet 1901, cité par [C] CRISPINI, L'Espace d'un reflet : entre le motif et moi ; c'est moi qui souligne.

²⁰⁶⁷ Claude Monnet ; c'est moi qui souligne.

²⁰⁶⁸ Daniel WILDENSTEIN, *Monet, vie et œuvre* (5 vol.), Bibliothèque des Arts, Lausanne 1985, vol. 1, p. 329 ; c'est moi qui souligne ; Claude Monnet aurait cité cette phrase en Novèze, qu'il visita en hiver 1895 ; cette citation aurait été publiée à l'époque par le journal suédois *Svenska Dagbladet*.

²⁰⁶⁹ Voir ci-dessus, partie 03 (« Recherche d'une fondation éthique »), chap. « La personne, si mal connue », pp. 113 ss.

ne juger que les *intentions déclarées* du plasticien, dès lors qu'il suffit de connaître ces dernières pour adhérer à son dispositif²⁰⁷⁰. L'AC poursuit sa démarche au premier degré, dans une forme de refus de la réalité – entendre par là : de refus la « surprenance » que la vie oppose à nos projets par la résistance du *médium* – pour s'enfoncer dans une forme de quête aussi vaine que conceptuelle. À prétendre devenir la réalité, l'AC ne s'aperçoit même plus que ses théories s'avèrent plus paralysantes que tous les discours d'académie. La théorie est devenue *médium* à son tour. Le fait, pour une installation, de réagir au déplacement des spectateurs n'est ainsi qu'un pathétique aveu d'impuissance du plasticien à communiquer en profondeur avec eux, qui va de pair avec la transformation de l'art en loisir et les musées en « palais des découvertes » : à propos d'une chaise métallique que Joseph Beuys s'est contenté de recouvrir d'une couche de graisse, n'a-t-il pas été dit que « l'air ambiant, l'éclairage, le froid, la chaleur des corps qui s'en approchent la fondent, la modifient »²⁰⁷¹ ? Le ridicule ne tuant pas, Michel Brandeau prétend, du seul fait qu'il observent ces phénomènes, y déceler la vérification de la théorie de Roland Barthes qui voit dans les spectateurs les auteurs de l'œuvre.

La réflexion de Jean Bazaine à propos des deux tendances de l'art abstrait, « l'incarné et le non incarné », peut fort bien s'appliquer de nos jours à propos du divorce opposant l'art – toutes tendances confondues – et l'AC, sauf qu'avec l'AC le refus de l'incarné s'identifie non pas à un refus du motif, mais à un refus du *médium*, en tant que dernier lien à la matière :

« si toutes deux présentent du monde une image méconnaissable, l'une d'elles tend de toutes ses forces à retrouver une unité entre notre vie intérieure et le monde où nous vivons, ce qui a toujours été la destinée de la peinture, tandis que l'autre tourne résolument le dos à la réalité qui nous entoure. C'est, vous le voyez, beaucoup plus grave qu'une querelle d'esthétique. "Le destin du monde se joue – déclarait il y a quelques années Louis Aragon – entre le figuratif et le non figuratif." En réalité, il se joue entre l'incarné et le non incarné. »²⁰⁷²

L'art « plus réel que la réalité »

Souvent posé comme imitation de la nature, là où les représentants de l'AC revendiquent son caractère conceptuel, l'art n'est-il pas davantage ? N'existe-t-il pas une autre manière de penser ses rapports à la vie ? Il semblerait que oui. L'art est un mode de connaissance à part entière, et même à double titre. C'est ainsi que, après avoir rappelé que la connaissance est un acte intentionnel, Chantal Deschamps nous rappelle que l'expérience créatrice elle-même constitue

« un acte intentionnel sans lequel [...] il nous serait impossible d'éprouver, de ressentir ou de faire l'expérience du monde. »²⁰⁷³

²⁰⁷⁰ Jean-Philippe DOMEQ, *Misère de l'art*, op. cit., p. 93.

²⁰⁷¹ Michel BRANDEAU, *Joseph Beuys, l'homme de feutre* [a], à propos de la rétrospective Beuys de 1994, dans *Le Monde*, 23.06.1994, cité par Jean-Philippe DOMEQ, *Misère de l'art*, op. cit., p. 92.

²⁰⁷² Jean BAZAINE, *Le peintre et le monde d'aujourd'hui* [a], op. cit., p. 26.

²⁰⁷³ Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit., p. 52.

En d'autres termes, l'art cache un processus d'*appropriation* de la réalité. À la suite d'Aristote, Jean-Marie Schaeffer estime dans son livre *Pourquoi la fiction ?* que la valeur cognitive de la fiction, à travers la voie mimétique qui est la sienne, constitue un des quatre modes canoniques d'apprentissage aux côtés de la transmission culturelle de savoirs explicites, de l'apprentissage individuel par essais et erreurs et du raisonnement rationnel²⁰⁷⁴. Christine Montalbetti résume son idée force :

« La fiction, loin d'être ce lieu risqué qui me détourne du monde tel qu'il est, joue un rôle fondamental dans le processus de la connaissance »²⁰⁷⁵.

Mais là n'est sans doute pas encore son atout le plus précieux. Ceux qui voudraient rendre la littérature inopérante ou insignifiante en la confinant dans l'espace d'une fiction qu'ils conçoivent comme une pure rêverie ne voient pas que c'est au contraire le caractère fictionnel de l'art qui le rend si puissant : distancié de la réalité, il peut être *plus vrai* qu'elle et nous dévoiler ses enjeux, que l'immédiateté de la vie quotidienne et ses automatismes nous font souvent perdre de vue. Cette affirmation d'un art « plus vrai » que la réalité va donc bien au-delà de la théorie du « Witz » de Theodor Adorno voulant que l'art, du fait même qu'il ne prétende pas à l'objectivité, s'avère plus objectif que les sciences, puisque celles-ci nourrissent l'illusion de l'être alors que tel n'est guère le cas, quelles que soient les précautions prises²⁰⁷⁶. Henri Bergson n'a pas hésité à présenter l'art comme « créateur de réalité » dans la mesure déjà où il ouvre des possibles :

« Je crois qu'on finira par trouver évident que l'artiste crée du possible en même temps que du réel quand il exécute son œuvre »²⁰⁷⁷.

Paul Klee ramasse cette approche dans son *Credo du créateur* :

« L'art ne reproduit pas le visible ; il *rend* visible. »²⁰⁷⁸

C'est aussi, en un sens, l'approche de Michel Henry. Pour le philosophe français, l'œuvre d'art ouvre un monde par sa seule présence, au point qu'il est possible d'affirmer qu'*être œuvre, c'est ouvrir un monde*²⁰⁷⁹. Georges Brunon en rend compte de son côté par une anecdote qui montre combien l'art permet, par sa faculté de représentation, l'assimilation intérieure de la réalité. Un campagnard lui demandant au

²⁰⁷⁴ Jean-Marie SCHAEFFER, *Pourquoi la fiction ?*, op. cit., pp. 120 ; on se gardera d'accorder à la fiction le mode de connaissance propre à la simulation, voire à la virtualité, soit le mode par essais et erreurs.

²⁰⁷⁵ Christine MONTALBETTI, *Platon game over : Aristote au secours de Lara Croft* [a], dans *Littérature*, printemps 1999 ; <http://www.fabula.org/revue/cr/39.php>.

²⁰⁷⁶ Voir ci-dessus, partie 02 (« De l'épistémologie du droit à la méthodologie transdisciplinaire »), chap. « Les deux mouvements de la démarche scientifique », pp. 40 ss, et « Les biais de toute connaissance humaine », pp. 43 ss.

²⁰⁷⁷ Henri BERGSON, *La Pensée et le mouvant*, dans *Œuvres*, Centenaire, Presses Universitaires de France, Paris 1984 [1934], p. 1342, cité par Luc LANG, *Délit de fiction*, op. cit., pp. 103-104.

²⁰⁷⁸ Paul KLEE, *Théorie de l'art moderne*, Denoël, coll. Folio essais, Paris 1985 [1956], chap. « Credo du créateur », p. 34 ; c'est moi qui souligne.

²⁰⁷⁹ Michel HENRY, *Art et phénoménologie de la vie*, entretien, op. cit.

cours d'une conversation de peindre sa maison, sa femme s'en étonne, puisqu'il y vit. L'homme lui répond : « – Je l'ai, oui, mais je ne la vois jamais. S'il faisait un tableau de ma maison, je la mettrais sur le mur devant mon lit et je la verrais. » Et le peintre de commenter :

« Il possédait sa maison, mais elle était invisible. "Elle est à moi, mais je ne la possède pas". [...] Il ne voyait jamais sa maison. Je lui demandai pourquoi il ne la prenait pas en photo. Il me répondit qu'il y avait un poteau télégraphique rajouté qui n'était pas sa maison. Il pensait que dans le tableau il verrait sa maison à l'état pur, elle serait à portée de vue. [...] Il voulait sortir sa maison du réel ordinaire pour la voir. »²⁰⁸⁰

L'art, nous l'avons vu²⁰⁸¹, ne nous permet pas seulement d'assimiler, d'intérioriser le *visible* : il nous donne également d'en connaître l'*invisible* dimension, avec une densité et une fulgurance qui nous permet parfois de la voir, comme une question du sage peut changer à jamais l'existence de celui qu'il interroge, parfois de reconnaître le caractère partagé de notre expérience et de nos intuitions intimes. Pour voir dans l'œuvre une source de connaissance de la réalité au sens le plus fort du terme – autrement dit pas seulement à titre de représentation – il faut donc avant tout pouvoir reconnaître ce qu'elle dit de l'expérience intérieure de l'auteur et l'assimilation qu'elle permet, dans l'intime du spectateur, des éléments essentiels de sa vie. L'œuvre, « objet de l'intériorité » de l'artiste et issue du processus créatif, augmente notre perception du monde d'une dimension supplémentaire, donnant ainsi du « souffle » au réel, une *respiration* à partir de laquelle penser « l'être au monde » de l'homme²⁰⁸².

Louis-René Des Forêts le décrit en ces termes évocateurs :

« Là où la fiction se substitue au réel, le climat devient moins pesant, la vision plus large, l'être y respire enfin dans son élément et retrouve sans effort une liberté de mouvement qui le porte, se jouant des contraintes, au sommet de ses capacités inventives, sources elles-mêmes de vérité, pour autant que par une sorte de transmutation il fait de l'imaginaire son domaine inaliénable »²⁰⁸³.

Attribuer à l'art la capacité de faire voir la réalité dans ce qu'elle a de plus intense, c'est lui reconnaître une dimension symbolique. John Ronald Reuel Tolkien, dans son essai *Du Conte de fées*, est sans doute l'un de ceux qui a le mieux perçu que l'art pouvait nous ouvrir à la dimension la plus dense du réel, et du coup la créer. Il commence par affirmer, avec son humour caustique, que l'art est plus vivant que notre triste « réalité » quotidienne :

« J'ai naguère – si incroyable que cela puisse paraître – entendu un clerc d'Oxford déclarer qu'il accueillait "avec plaisir" la proximité des usines automatiques de production massives et le grondement de la circulation mécanique embouteillée parce qu'ils mettaient son université "en

²⁰⁸⁰ Georges BRUNON, *L'Art sans l'Histoire de l'art*, op. cit., p. 118.

²⁰⁸¹ Voir ci dessus, pp. 564 ss.

²⁰⁸² Anne-Valérie GASC, *L'objet de l'intériorité, de l'expression à l'annexion, le déplacement d'une pratique artistique* [r], thèse Paris 1, décembre 2005 ; je tiens ici à remercier Anne-Valérie Gasc de m'avoir transmis copie de son travail.

²⁰⁸³ Louis-René DES FORETS, *Ostinato*, Mercure de France, Paris 1997, p. 211, cité par Luc LANG, *Délit de fiction*, op. cit., p. 171.

contact avec la vie réelle". [...] L'idée que les automobiles sont plus "vivantes" que, mettons, les centaures ou les dragons est curieuse ; qu'elles soient plus "réelles" que, disons, les chevaux est pathétiquement absurde. »²⁰⁸⁴

Une fois la « réalité » de la vie moderne mise en berne, John Ronald Reuel Tolkien souligne le fait que l'Art, en tant qu'expression structurée de l'imagination, permet à la « sous-crédation » (sur laquelle je reviendrai) d'acquérir la « consistance interne de la réalité »²⁰⁸⁵. Cette consistance ne s'arrête pas au simple respect d'une cohérence dans le discours – « le respect de la logique étant une des règles du "lisible" »²⁰⁸⁶ –, mais signifie clairement que l'art – et tout particulièrement les contes pour Tolkien – expose la dynamique fondamentale de la réalité, au point que l'écrivain philologue affirme qu'il est « plus réel que la réalité »²⁰⁸⁷. Saint-John Perse parle quant à lui de « surréalité » de la poésie²⁰⁸⁸, évoquant les liens entre l'homme et le monde que l'art dévoile. C'est en vertu de sa dimension symbolique qu'il est possible de dire que l'art est en prise avec la réalité profonde du monde, échappant à la banalité du quotidien tout en lui donnant un *sens*. Le travail de cohérence sert ainsi une vérité plus souterraine : le conte, et plus généralement l'art, nous permettent de déchiffrer les profondeurs de la vie. L'opposition classique entre permanence de l'idéal et aléas du sensible est alors dépassée par une lecture symbolique de la réalité en nous proposant les clefs vivantes de lecture du réel, que l'art nous rapporte à travers les domaines émotionnel et sensible. Il vient ainsi nous chercher là où nous nous trouvons, au sein de notre quotidien, pour nous ouvrir le chemin vers notre source. On peut ainsi suggérer que l'art est « réel » dans un autre niveau de réalité que celui des apparences quotidiennes ou même des idéaux, quels qu'ils soient. En un sens, loin de se contenter de nous divertir par des histoires naïves ou illusives, ils tendent à nous « éveiller » au sens où l'entend Antony de Mello :

« ce qui est tragique, c'est que la plupart des gens ne verront jamais que tout va très bien car ils dorment. Ils sont en plein cauchemar. »²⁰⁸⁹

L'équation fondatrice de l'AC selon laquelle « Art = vie » nécessite ainsi une précision de taille. Si nous entendons par « vie » l'immédiateté de l'existence quotidienne, avec ses répétitions et ses automatismes, l'affirmation de l'AC se révèle fallacieuse et conduit à la mort de l'art à travers le rejet du *médium* et de la nécessaire transposition de la réalité qu'il impose par sa résistance au projet initial de l'artiste. Si, au contraire,

²⁰⁸⁴ John Ronald Reuel TOLKIEN, *Du Conte de fées*, essai, dans *Faërie*, Christian Bourgois, Paris 1974 [1939], pp. 131-203, p. 193.

²⁰⁸⁵ *Ibid.*, p. 177.

²⁰⁸⁶ Vincent FERRE, *Tolkien : sur les rivages de la Terre du Milieu*, Christian Bourgois, coll. Agora, Paris 2001, p. 96.

²⁰⁸⁷ John Ronald Reuel TOLKIEN, *Du Conte de fées*, op. cit., p. 177 ; voir ci-dessus, chapitre « L'art comme catalyseur de la réalité », pp. 567 ss.

²⁰⁸⁸ Saint-John PERSE, *Allocution au banquet Nobel du 10 décembre 1960*, dans *Amers*, suivi de *Oiseaux*, Gallimard, coll. Nrf Poésie, Paris 2012 [1960], pp. 165 ss, p. 168.

²⁰⁸⁹ Anthony DE MELLO, *Quand la Conscience s'éveille*, op. cit., p. 11.

nous entendons par « vie » l'occasion d'accomplir ce qui nous fait uniques, alors l'art nous donne la clef de la réalité en nous ouvrant la porte de la vie intérieure, en maintenant en nous l'exigence d'une vie *en conscience* ; mais dans ce cas il nous faut renoncer à l'immédiateté naïve des rapports que l'art est supposé entretenir avec notre quotidien telle que la défendent les tenants de l'AC.

La dimension symbolique de la réalité que l'art nous dévoile nous ramène au *sens* de la vie, qui dépasse le cadre de l'existence quotidienne. Pour John Ronald Reuel Tolkien, l'art est la seule action de l'homme dans le monde matériel qui ne passera pas, autrement dit qu'il retrouvera, dans sa perfection, « de l'autre côté du miroir ». Ainsi, dans le conte *Feuille, de Niggle*, le peintre Niggle, après avoir été emmené dans un hôpital inconnu par un cocher autoritaire symbolisant la Mort, ne retrouvera dans la réalité de « l'au-delà » que l'arbre qu'il n'avait pas eu le temps d'achever en peinture, sous une forme étonnamment « vivante »²⁰⁹⁰. L'auteur du *Seigneur des Anneaux* entend par là promouvoir l'idée que l'art dit davantage la vérité profonde et l'unité fondamentale du monde que sa simple apparence terrestre. À ce titre, l'art remplit une fonction initiatrice et aide alors à voir le monde tel qu'il est, autrement dit dans toute sa profondeur ontologique, bien au-delà de sa dimension « utilitaire » à laquelle la vie quotidienne nous limite trop souvent. Il nous ouvre alors à notre rôle d'êtres humains.

L'art peut prétendre à une connaissance réalité atteinte par intuition, conformément à la nature de la pensée poétique qui est de *dévoiler par affirmations*²⁰⁹¹. Il nous permet ainsi d'accéder à ce qu'Edgar Morin appelle sa *compréhension*, prenant soin de la distinguer de son *explication* :

« l'explication permet de connaître quelque chose en tant qu'objet, avec ses causalités, ses déterminismes. La compréhension, c'est le rapport de sujet à sujet. [...] La compréhension nous permet non seulement de connaître la vie subjective mais aussi d'aller au-delà. »²⁰⁹²

Ce mode spécifique de connaissance de la réalité offert par l'expérience créatrice, qui engage l'auteur tout entier, peut seul, avec l'expérience spirituelle, dévoiler « l'être le plus authentique » du monde. Louis Bouyer, dans *Cosmos*, montre que si le mythe précède la pensée scientifique, la pensée *mythopoétique* survit à cette dernière. C'est même, insiste Louis Bouyer, sur elle que la pensée rationnelle s'enracine ; elle n'en représente donc pas seulement le « simple préambule », mais bien les fondements, tout en s'en distinguant, sans doute parce qu'elle relève d'une autre forme d'intelligence du monde : plus souterraine, mais aussi plus puissante. Cette pensée mythopoétique véhiculée par les rêves, mais aussi par l'art et les contes, dit « les réalités les plus vraies : celles de notre être le plus profond comme de l'être le plus secret mais aussi le

²⁰⁹⁰ John Ronald Reuel TOLKIEN, *Feuille, de Niggle*, dans *Faërie*, Christian Bourgois, Paris 1974, pp. 103-129, pp. 120-121.

²⁰⁹¹ Voir ci-dessus, p. 549 (Georges BRUNON, *L'Art sans l'Histoire de l'art*, op. cit., p. 125, se référant à Friedrich HÖLDERLIN, *Le Devenir dans le périssable*, op. cit.).

²⁰⁹² Edgar MORIN, *Fraternité et compréhension* [a], entretien avec Edgar Morin, propos recueillis par Alain Delourme, dans *Cultures en mouvement*, n°4 (août-septembre 1997), pp. 32-36, p. 34.

plus authentique de ce monde »²⁰⁹³. Le monde symbolique – et donc l'art avec lui – délivrent une des clefs de compréhension du monde même pour l'homme rationnel, lui apprenant Qui il est tout en lui permettant d'évoluer vers ce plein état d'être.

L'art comme catalyseur du spectateur de l'œuvre

L'art, on vient de le voir, n'est pas seulement plongée en soi, mais aussi, comme le dirait Maurice Merleau-Ponty, « existence indépendante d'un sens identifiable [du monde] »²⁰⁹⁴, en d'autres termes *formulation* – et donc partage – de cette expérience de l'indicible qu'il nous faut pourtant exprimer. Cette formulation nourrit à son tour une autre forme d'évolution. Une fois l'œuvre achevée, devenue autonome par rapport à son auteur, la transformation de l'artiste peut se poursuivre d'une manière plus paisible, assimilée au travail qui s'opère entre l'œuvre et chacun de ses spectateurs. L'apprentissage de soi que l'art permet de manière privilégiée concerne alors tant l'auteur – par l'expérience du chaos comme par la résistance à son projet rencontrée au cours de l'élaboration de l'œuvre –, que le public, en ce que l'œuvre nous fait pressentir Qui nous sommes. Cette vision rejoint l'esthétique du Romantisme allemand qui soulignait le paradoxe des œuvres d'art, à la fois *finies* quant à leurs dimensions matérielles, et *infinies* quant au contenu, puisque ce dernier est interprétable en autant de manières que de spectateurs possibles, aucune – fût-ce celle de l'auteur – n'ayant la préséance sur l'autre²⁰⁹⁵.

En considérant son œuvre comme achevée, en acceptant de la divulguer au public, l'auteur accepte qu'elle lui échappe et lui permet de « grandir avec ses lecteurs », pour reprendre cette expression de Grégoire le Grand que rappelle Paul Ricoeur dans *Penser la Bible* :

« Le premier effet de l'écriture est de conférer au texte une autonomie, une existence indépendante, qui l'ouvre ainsi à des développements, à des enrichissements ultérieurs, lesquels affectent sa signification même. C'est ici le lieu de rappeler la magnifique sentence de saint Grégoire le Grand qu'aime à citer Pier Cesare Bori dans son livre au titre significatif *L'Interpretazione infinita* : "L'Écriture grandit avec ses lecteurs". »²⁰⁹⁶

Le tiers lieu de Donald Woods Winnicott n'agit pas seulement sur l'auteur, mais aussi au sein de la relation que le public entretient avec l'œuvre, ouvrant à ce dernier un jeu d'une puissance sans pareille avec son propre imaginaire. Dans son essai intitulé *Délit de fiction*, Luc Lang s'interroge sur le besoin éprouvé par certains de marginaliser la littérature en la confinant dans l'espace de la fiction, pensant ainsi la rendre inopérante.

²⁰⁹³ Louis BOUYER, *Cosmos*, Cerf, Paris 1982, pp. 53-54.

²⁰⁹⁴ Maurice MERLEAU-PONTI, *Sens et non-sens*, Nagel, Paris 1966, p. 32, cité par Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit., pp. 85-86.

²⁰⁹⁵ Voir notamment Friedrich Wilhelm Joseph von SCHELLING, *Das älteste Systemprogramm des deutschen Idealismus*, [1795/1797].

²⁰⁹⁶ André LACOCQUE, Paul RICŒUR, *Penser la Bible*, Seuil, Paris 1998, p. 9 ; je remercie François Dermange de m'avoir transmis ce passage.

Ceux-la oublient que c'est précisément sa dimension fictive qui la rend si puissante, et donc si déstabilisante pour les tenants de l'ordre, puisque cette composante fictive constitue l'une des deux conditions incontournables pour accéder au tiers lieu du jeu et de tous les apprentissages de soi et du monde :

« Pourquoi faut-il [...] marginaliser et faire taire la littérature en la parquant dans l'espace exclu et réservé de la "fiction", selon son acception contemporaine ? Alors qu'elle est précisément l'invention la plus haute et la plus exigeante d'une écriture de l'action et du temps humain ? Probablement parce que la littérature s'attache – au travers des histoires imaginées, inventées, extraites ou non de la réalité, peu importe ! – elle s'attache à penser, elle, les questions fondamentales dont les "histoires vraies" font l'économie »²⁰⁹⁷.

La distanciation de la réalité proposée par l'art n'a rien d'anodin : elle permet de reconnaître le donné « dans un mouvement de libre acceptation » là où l'expérience brute nous le fait accepter par obligation, ce qui fait toute la différence en matière de liberté²⁰⁹⁸ et donc de *sujétité*. Par la distance des mots ou de ses propres « images intérieures », l'artiste nous permet de « vivre notre relation et notre représentation imaginaire aux autres et à nous-mêmes »²⁰⁹⁹. L'art s'inscrirait ainsi dans un « espace potentiel » semblable à celui du jeu, et l'initiation par l'art serait parente de celle proposée par le jeu. Sa force lui viendrait des caractéristiques de cet espace tiers, davantage libérant qu'hypnotique, où tout peut être osé – ou devrait pouvoir l'être – alors même que la personne tout entière s'y trouve engagée. L'œuvre artistique acquiert ainsi la dimension d'une épreuve initiatique. Dans ce sens, Georges Brunon dit du public qu'il « attend du tableau une image qui l'aide à vivre son voyage incertain sur terre »²¹⁰⁰. L'œuvre artistique peut associer plaisir et apprentissage : le plaisir des sens – de nature esthétique – est l'indice de la réalisation de soi que l'art à la fois appelle et réalise en nous, mais il ne devrait pas être recherché pour lui-même. Maryanne Wolf, l'auteur de *Proust and The Squid*²¹⁰¹, définit ainsi le travail de l'œuvre écrite sur son lecteur :

« La lecture renvoie à la capacité de créer quelque chose de nouveau à partir de ce qui existe déjà. Sa nouveauté tient précisément à cette réorganisation. [...] L'essence de la lecture se résume à ce que j'appelle le principe proustien : aller au-delà de tout ce que l'auteur nous a donné, pour être capables de produire nos pensées. Dans *Sur la lecture* [1905], Proust parle de "ce miracle fécond d'une communication au sein de la solitude". [...] La lecture] est un lieu propice à l'épiphanie, l'apparition de ce qui était auparavant caché. »²¹⁰²

²⁰⁹⁷ Luc LANG, *Délit de fiction*, op. cit., p. 25.

²⁰⁹⁸ Hans BLUMENBERG, *L'imitation de la nature et autres essais esthétiques*, Hermann, coll. Le Bel Aujourd'hui, Paris 2010, p. 90, évoqué par Luc LANG, *Délit de fiction*, op. cit., p. 58.

²⁰⁹⁹ Luc LANG, *Délit de fiction*, op. cit., p. 99.

²¹⁰⁰ Georges BRUNON, *L'Art sans l'Histoire de l'art*, op. cit., p. 10.

²¹⁰¹ Maryanne WOLF, *Proust and The Squid*, Harper, New-York 2007.

²¹⁰² Julien CHARNAY, *Pourquoi nous ne lisons plus comme avant* [a], dans *Philosophie Magazine*, n°62 (septembre 2012), pp. 40-42, pp. 40-41.

En nous révélant l'ordre du monde à travers le regard d'un auteur, l'art nous invite à compléter ce même monde de notre propre regard. Il nous révèle à sa manière que la tâche de l'homme est de parachever son environnement tout en opérant sa propre maturation intérieure. Les deux tâches ne sont pas incompatibles pour ceux qui agissent en cohérence avec leur nature profonde – à laquelle l'art, précisément, s'adresse. Cet appel à transformer le monde se démarque donc clairement de la « transformation du pacte de fiction » qu'évoque Agnès Tricoire lorsqu'elle se réfère à l'opinion bourgeoise dominante du XIX^e siècle, laquelle ne voit plus dans l'art invitation à s'émanciper ou à mûrir mais proposition d'un monde rêvé autant qu'illusoire :

« Le roman, ce doit être le monde meilleur. Nous avons besoin, tous tant que nous sommes, de mêler à notre vie une certaine dose d'idéal : la réalité est souvent si triste. Cet idéal, c'est la mission de l'art de nous l'apporter. Mais l'idéal n'est pas de ce monde, il est au-dessus de ce monde ; et l'art qui le demande à un réalisme grossier ou à un brutal sensualisme est un art qui s'avilit et qui corrompt. »²¹⁰³

Le projet esthétique des romantiques reste un encouragement au changement, là où au XIX^e siècle le « milieu bourgeois » entend en faire une sorte d'exutoire et de passe-temps inoffensif se rapprochant assez de ce que nous propose actuellement l'industrie des loisirs. Deux approches de la fiction s'affrontent ici : alors que pour les uns elle permet un autre point de vue sur la réalité, source d'inspiration et moteur de changement, elle devient pour les autres illusion détournant la population de la dimension concrète du monde que les dirigeants entendent gérer pour eux.

Conclusion intermédiaire

Trois révélations qui vont de pair

La création est ainsi l'une des activités humaines qui nous révèle le mieux en quoi apprentissage de soi, apprentissage du monde et apprentissage de sa propre place dans le monde (que la relation à l'autre interroge) vont de pair. L'art qui nous ouvre le monde nous ouvre dans le même mouvement à nous-mêmes :

« Les grands peintres – comme tous les grands novateurs – prennent le monde dans leur main et nous le rendent différent, d'abord troublant et inconfortable, méconnaissable parfois. Mais agrandi, élargi, pour toujours. Et le petit bourgeois qui s'était fabriqué, lui, pour toujours un monde confortable, étroit, facile, dans lequel il comptait bien sommeiller pour l'éternité, sans pensées, sans regards, sans ambitions, sans efforts, voilà que son monde éclate, le fauteuil du grand-père change de forme, l'arbre change de couleur, les rapports entre le ciel et la terre sont bouleversés. Et il sent, pourtant, que tout cela est vrai, d'une vérité qui le dépasse, mais qui

²¹⁰³ Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 140, citant le résumé qu'Yvan Leclerc fait de la thèse défendue en 1853 par Eugène Poitou, magistrat à Angers justifiant la censure des œuvres trop « réalistes » comme dévoyant l'image d'Épinal qu'il est censé véhiculer et le rôle consolateur qu'il est censé jouer auprès des populations.

l'obligera, lui aussi, à éclater dans sa peau, à s'élargir, à remettre en question ses rapports avec le monde, ses rapports avec les hommes. »²¹⁰⁴

Si l'œuvre d'art bouscule les habitudes et les comforts, c'est cependant de manière accessoire, en témoin de l'expérience de l'auteur acquise lors du processus créateur. La « transgression » de l'art est ainsi d'ordre intérieur. La connaissance étant un acte intentionnel, l'approfondissement du regard sur le monde qu'elle apporte est à la fois reflet et germe d'un changement intime. C'est en cela, nous le verrons, que l'art se distingue radicalement de l'AC, dont l'aspect critique, recherché pour lui-même, se fait transgression subversive et a été pour ainsi dire érigé en « marque de fabrique » : dans sa définition des œuvres de l'AC énoncée en 1964, Arthur Danto ne faisait-il pas de leur caractère subversif une des deux conditions de leur reconnaissance ?²¹⁰⁵ L'*originalité* artistique suppose quant à elle un processus de *découverte* et de soi et du monde, en un seul mouvement, catalysé par le *médium* qu'est le support matériel de l'œuvre. Cela fait de la création une activité à la fois active et contemplative. L'*originalité* dont il est ici question ne relève donc pas du déballage psychologique, ni même de l'improvisation ou de l'envie d'attirer à tout prix l'attention du public, mais bien plus profondément d'une recherche du sens de l'action humaine dans le monde, au-delà de notre confrontation à l'« étrangeté du monde » et à l'« étrangeté de soi ». Si la création est avant tout création de lien, si, pour reprendre l'expression de Jean Bazaine, l'art est « un acte, non une représentation »²¹⁰⁶, alors il importe de savoir ce qui, en nous, est « lié » au monde.

Dans un autre ordre d'idées, en permettant à l'auteur d'accéder à la découverte de lui-même, l'art s'avère source d'autonomie, laquelle est reconnue pour offrir un puissant remède contre les tentatives d'objectification opérées par les tiers et les systèmes. Pour Didier Anzieu, être inspiré « c'est voler de ses propres ailes, c'est opérer une rupture avec la vie à ras de terre, avec le milieu imposé, avec les habitudes de pensée et d'expression. »²¹⁰⁷ Cette autonomie se communique à son tour au spectateur lorsqu'il accepte de s'ouvrir pleinement à l'œuvre. C'est ainsi que pour Luc Lang l'art contribue à le libérer de l'objectification que lui infligent les différents filtres qui lui sont appliqués :

« Le roman est une forme écrite de l'intime capable de traverser les différents écrans politique, social, psychologique même, qui construisent la personne en objet. Le roman est une forme écrite qui se réapproprie de l'autre côté du miroir non la pseudo-cohérence objectale d'une personne, mais les bribes éclatées, dispersées, discontinues de ce qui forme dans la durée une subjectivité, une conscience, un désir à l'intérieur de leur propre dynamique »²¹⁰⁸.

²¹⁰⁴ Jean BAZAINE, *Le peintre et le monde d'aujourd'hui* [a], op. cit., pp. 22-23.

²¹⁰⁵ Arthur DANTO, *Art World* [a], dans *Journal of Philosophy*, 1964 ; repris dans *La Transfiguration du banal. Une philosophie de l'art*, Le Seuil, Paris 1989, cité par Aude DE KERROS, *L'Art caché*, op. cit., p. 69.

²¹⁰⁶ Jean BAZAINE, *Le peintre et le monde d'aujourd'hui* [a], op. cit., p. 21.

²¹⁰⁷ Didier ANZIEU, *Le Corps de l'œuvre*, Gallimard, Paris 1981, p. 86.

²¹⁰⁸ Luc LANG, *Délit de fiction*, op. cit., p. 100.

Maurice Merleau-Ponty, dans *L'Œil et l'esprit*, a évoqué le parallélisme entre la relation aux autres et celle au monde, que souligne l'art : « C'est pourquoi tant de peintres ont dit que les choses les regardent »²¹⁰⁹. Se parfaire et parfaire le monde vont également de pair. C'est ainsi que Daniel Meurois-Givaudan prête ces paroles au Christ :

« Si vous ne participez pas tant soit peu à l'écriture de la Création en lui communiquant de votre parfum, vous passez à côté de votre rôle en ce monde. [...] Votre rôle ? C'est de *vous parfaire* à chaque pas que vous osez *et, par la même occasion, d'améliorer ce monde.* »²¹¹⁰

L'art, précisément, se trouve à l'interférence de ces deux axes. La découverte du regard d'un auteur, la qualité de son émotion face au monde nous révèlent à la fois une dimension cachée du monde et l'intime de cet auteur – transformé et affiné par l'expérience créatrice ; ce faisant, ce dévoilement nous révèle, en tant que spectateurs de l'œuvre, la part de nous-même que cet intime atteint et appelle :

« La magie de l'œuvre créée offre ensuite au récepteur la possibilité de vivre en écho sa propre quête et parfois même lui impose une crise existentielle par la puissance de son évocation.

Il faut, pour parvenir à cette magie, que l'artiste créateur ait réussi à transfigurer dans sa langue poétique musicale ou plastique, ce fond du monde en l'exprimant grâce à la création d'un événement. »²¹¹¹

L'initiation du spectateur revêt ainsi une part active : en nous découvrant le monde non pas *idéal* mais tel qu'il *pourrait être* – voire, en négatif, tel qu'il faillit à sa vocation – l'artiste nous donne envie de collaborer activement à l'accomplissement du projet qu'il nous dévoile. Par son appel à la *mise en œuvre* du monde, cette initiation peut inciter à son tour le spectateur à devenir auteur, dans une boucle sans fin.

L'apprentissage opéré par l'art est plus complet encore : qu'il soit figuratif ou non, il *réalise déjà* – sous un aspect symbolique – le rôle que l'homme est appelé à jouer dans la transformation du monde : l'instauration d'une forme d'harmonie, guidée par l'écoute profonde de ce qui habite l'un et l'autre. L'art à la fois préfigure cette transformation respectueuse et incite son accomplissement en dévoilant au spectateur la beauté intime du monde et en lui révélant dans le même mouvement la part qui lui revient. Paulo Coelho commence son roman le plus célèbre, *L'Alchimiste*, par l'évocation de l'antique légende de Narcisse telle que revue par Oscar Wilde : il nous offre ainsi une illustration de la nature de l'art. Narcisse, à force de contempler la beauté de son visage sur la surface d'un lac, s'en est approché toujours plus au point d'y tomber et de périr noyé. Les Oréades, déesses des lieux, découvrent le lac inconsolable, et pensent alors qu'il pleure sur la beauté perdue du jeune homme. Mais le lac les détrompe :

²¹⁰⁹ Maurice MERLEAU-PONTI, *L'Œil et l'Esprit*, Gallimard, coll. Folio Essais, Paris 1986, cité par Florence BEGEL, *La Philosophie de l'art*, op. cit., p. 58.

²¹¹⁰ Daniel MEUROIS-GIVAUDAN, *Les Enseignements premiers du Christ... À la recherche de Celui qui a tout changé*, Le Perséa, Montréal 2006, pp. 144-145 ; c'est moi qui souligne

²¹¹¹ Thierry DELCOURT, *Au risque de l'Art*, op. cit., p. 35.

« – En se penchant, Narcisse me donnait d'apercevoir en miroir ma propre beauté au fond de ses yeux. »²¹¹²

Se connaître soi-même ; découvrir et inventer le monde ; révéler ce dernier à lui-même : voici en résumé les trois ouvertures indissociables offertes par l'art, qui contribuent à ce besoin fondamental de s'inscrire dans un monde qui nous dépasse de toutes parts. Ce processus n'est opératoire qu'à travers un passage par l'indifférencié, qui correspond à un retour aux origines de notre apprentissage du monde, à même de restaurer les potentialités qui nous habitent et de nous aider ainsi à mettre à l'épreuve les rigidités que nous nous sommes données à travers nos habitudes et nos automatismes. Dans un domaine où il est difficile de « prouver » quoi que ce soit de manière définitive et où toute thèse peut se voir opposer son contraire, cette convergence de conclusions apportées par différentes disciplines telles que l'anthropologie, la phénoménologie de l'art, la sociologie, la phénoménologie psychiatrique et la philosophie montre incidemment l'importance de l'apport de l'approche transdisciplinaire sur des questions aussi sensibles.

Les plus grands apports de l'art

□ *Habiter le monde en conscience*

Le dévoilement opéré par l'art se fait grâce au processus de création lui-même, dont l'essence est illustrée de manière significative par le « chaos créatif ». Il correspond à une pratique de désappropriation. C'est peut-être là le plus grand apport de l'art à l'humanité : son invitation à nous extraire d'une forme de présence immédiate fondée sur la possession et la maîtrise pour davantage habiter le monde en conscience. Si j'ai par ailleurs dit de l'art qu'il nous permet d'*assimiler* ce qui nous entoure²¹¹³, il faut l'entendre dans le sens d'une *intériorisation* plus que d'une colonisation de la réalité. Pour l'artiste, rien ne va de soi, les objets ne sont plus perçus pour leur seule utilité immédiate et matérielle, les pipes ne sont pas des pipes²¹¹⁴. Pas seulement parce que tout tableau est représentation, mais parce qu'il nous invite à découvrir les objets pour eux-mêmes, dans une dimension que l'hypnose induite de la vie quotidienne nous fait négliger :

« Ce pouvoir, angoissant parfois, que possède le peintre de découvrir chaque jour le monde comme s'il venait de naître, [...], qu'est-ce que tout cela en effet sinon une remise en question constante de la condition humaine, un état de révolution permanente ? [...]

« Je dessine la nature depuis quarante ans et, à vingt ans, au bout de quatre à cinq ans d'études, j'étais plutôt content de moi, je pouvais reproduire assez exactement n'importe quoi, c'était ressemblant, j'avais l'impression que je savais dessiner... Maintenant, j'ai mon atelier dans un

²¹¹² Paolo COELHO, *L'Alchimiste*, édition illustrée par Moebius, Anne Carrière, Paris 1995, prologue, pp. 11-12.

²¹¹³ Voir ci-dessus, chap. « Une expérience qui transforme et révèle », pp 539 ss, p. 544.

²¹¹⁴ Allusion faite à l'un des plus célèbres tableaux de René Magritte, *La Trahison des images* (1929, Art Institute of Chicago), où la représentation picturale d'une pipe est associée à la mention : « Ceci n'est pas une pipe ».

petit jardin de la banlieue de Paris. Dans ce jardin, il y a quelques arbres, des fleurs. Eh bien, ces arbres, ces fleurs, je les ai dessinées des centaines de fois, et plus je les dessine, plus ils deviennent mystérieux, insaisissables pour moi, moins je les connais, moins je sais les dessiner. Si bien que, quand je mets le pied chaque matin dans ce jardin, j'ai l'impression de débarquer sur la planète Mars.

« Ce que je vous dis là, sur le mystère d'une réalité aux apparences quotidiennes, je pense que tous les peintres le ressentent, quelle que soit leur esthétique. »²¹¹⁵

Pour l'artiste, tout reste à découvrir, avec un regard neuf qui dissout nos protections mentales. Jean Bédard nous révèle qu'il s'agit là d'une attitude qui annihile le principe même des systèmes de domination qui nous entourent :

« Socrate et Sophocle nous ont avertis, le premier acte de la domination consiste à penser que l'objet que je vois se réduit à l'objet que je connais. L'objet, c'est ce que je connais d'une "chose", d'un mystère. C'est la réduction de l'être en ceci que je connais, manipule, utilise. Telle est précisément la tendance du prédateur : ce qu'il voit c'est ce qu'il peut manger, incorporer, additionner à ses connaissances, assimiler à ses projets. [...] Le reste n'existe pas. »²¹¹⁶

Ce qu'au contraire l'art nous propose n'est rien d'autre en somme que ce que Jean Bédard appelle « un apprentissage par l'ouverture réciproque », plutôt que par « chocs et catastrophes » comme se le propose l'AC à travers sa recherche de transgression subversive à tout prix²¹¹⁷. William J. J. Gordon, l'inventeur de la méthode synectique, avait déjà remarqué que « c'est en rendant le familier insolite que s'induisent les mécanismes favorisant l'activité créatrice », et non en rendant l'insolite familier²¹¹⁸. En ayant appris à voir l'étrange derrière le familier, l'artiste passe « de l'autre côté du miroir » et nous invite dans un monde où les objets ne sont plus réduits à leur seule utilité ; la poire n'est plus seulement un fruit qui se mange de manière distraite et dont on ne s'inquiète que si l'on a faim, mais un volume, un poids, des couleurs, des taches, des odeurs, une présence, des émotions, des souvenirs peut-être, un monde. L'artiste nous apprend à avoir constamment faim du monde. Une faim étrange qui n'assimile pas ce qui nous entoure à ce que nous croyons être, mais qui nous délivre des limites dans lesquelles nous nous enfermons : « Poète est celui-là qui rompt pour nous l'accoutumance. »²¹¹⁹ Ce que Saint-John Perse dit du poète peut s'appliquer à tout artiste. C'est ainsi que le peintre et dessinateur anglais Frederick Franck nous invite à une contemplation toute orientale des « choses » qui nous entourent, pratiquée en trois temps : tout d'abord contempler, s'asseoir devant la fleur qu'on s'apprête à dessiner, aller la trouver là où elle pousse ; résister à la tentation de la cueillir, de la saisir, de se l'approprier en termes de possession pour la ramener dans un atelier où, déjà mourante,

²¹¹⁵ Jean BAZAINE, *Le peintre et le monde d'aujourd'hui* [a], op. cit., pp. 22-23.

²¹¹⁶ Jean BEDARD, *Le Pouvoir ou la vie*, op. cit., p. 80.

²¹¹⁷ *Ibid.*, p. 35.

²¹¹⁸ Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit., p. 15, se référant à William J. J. GORDON, *Stimulation des facultés créatrices dans les groupes de recherche par la méthode synectique*, Hommes et Techniques, Paris 1965.

²¹¹⁹ Saint-John PERSE, *Allocution au banquet Nobel du 10 décembre 1960*, op. cit., p. 170.

elle aurait perdu une partie de sa présence. Une fois rejointe dans son espace, la regarder, la regarder *en conscience*, et pour cela la laisser venir à soi, laisser son image nous envahir jusqu'à ce que nous ayons l'impression qu'elle se trouve *derrière* nous, à l'arrière de notre crâne. La regarder jusqu'à éprouver cette *sensation pure* accueillie pour elle-même et sans autre projet que de la vivre, dont Annick de Souza-nelle nous apprend de son côté qu'elle est la clef de toute conscience d'*être*²¹²⁰. Puis, dans un troisième temps, prendre la feuille blanche. Et là, pour échapper à la tentation de *faire beau*, saisir sa plume et dessiner sans regarder ce que l'on fait ni détourner son regard de la fleur. Laisser pour ainsi dire la fleur dessiner sa propre image à travers soi. Il n'est qu'à voir les résultats d'une telle pratique pour éprouver la puissance qu'elle donne au regard, et l'intensité du travail qu'elle exige de l'artiste²¹²¹.

□ *L'inspiration comme une grâce qui rassemble*

Nous avons vu que, par le retour aux origines qu'elle propose, l'épreuve créatrice restaure le *sens* de l'existence qui questionne chacun d'entre nous et s'inscrit dans notre rapport à nous-mêmes, à travers notre rapport à l'autre²¹²². C'est que l'originalité, lorsqu'elle n'est pas confondue avec une expression de l'individualisme, rassemble non seulement les humains, mais les vivants entre eux. Frédéric Pollaud-Dulian rapporte ces mots du Professeur Jean Mesnard prononcés lors de la séance publique annuelle de l'Institut de France consacrée au thème de l'originalité :

« toute œuvre dans laquelle s'exprime le *moi authentique* et profond du créateur déclenche chez celui qui la reçoit une réaction d'amour, parce qu'il y trouve un écho de lui-même. Loin d'éloigner les hommes les uns des autres, l'originalité vraie les rapproche »²¹²³.

Alors que certains pourraient y voir une envolée de circonstance destinée à asseoir la légitimité d'un droit profitant au premier chef à l'industrie, Jean Mesnard associe la notion d'originalité à celle d'authenticité, tout en esquissant l'existence – rarement évoquée – de ce « fonds commun » de l'humanité, de cette « nappe phréatique de l'âme ». Il faut alors voir dans « l'écho de nous-mêmes » la part qui nous dépasse et nous rappelle à Qui nous sommes, et non celle qui relève d'un individualisme égotique. Damien de Callatay, à propos de la grâce, évoque, à travers notre difficulté à admettre que les œuvres n'aient point d'auteur, celle que nous éprouvons à la vivre et à nous comporter face à elle. Il montre qu'en projetant un bienfaiteur divin comme origine de ces dons, nous entrons dans une économie de marchandage qui, en tentant d'obtenir des bienfaits par l'exposé de nos « mérites », tue à la racine l'esprit de la

²¹²⁰ Annick de SOUZENELLE, *Le féminin de l'être*, Albin Michel, coll. Spiritualités vivantes, Paris 2000 [1997], p. 21.

²¹²¹ Les livres de Frederick Franck sont illustrés par de nombreux dessins à la plume de l'auteur ; voir notamment Frederick FRANCK, *L'Œil du zen – Voir selon le Zen ou le dessin comme Méditation*, Éditions du Cercle, Bruxelles 1991 [1973].

²¹²² Voir ci-dessus, chap. « Le "chaos créateur" : se perdre pour mieux se trouver », pp 555 ss, p. 561.

²¹²³ Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Compte-rendu de lecture de « La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ? » d'Olivier Laligant* [a], dans *Revue internationale de droit comparé*, I-2000, pp. 270-275, p. 270 ; c'est moi qui souligne.

gratuité qui nous les a valus²¹²⁴. Or parmi ces bienfaits disposés en notre faveur sans que nous les ayons produits d'une manière ou d'une autre par notre labeur se trouvent à n'en pas douter la vie et l'inspiration artistique. En refusant d'individualiser l'origine des dons qui nous sont faits, nous acceptons au contraire de sortir d'une relation bilatérale et « privée » orientée vers « l'utile » pour entrer dans une dynamique ouverte et sans fin de type « passe au suivant », qui à la fois fonde notre responsabilité et éclaire la sensation qu'éprouvent de nombreux auteurs d'être *traversés* par une force inspirante. Ce qui a été reçu gratuitement et sans intervention laborieuse d'un être humain – autrement dit sans auteur – a néanmoins une valeur qu'il s'agit de prendre en compte, contrairement à l'idée que John Locke se fait de la valeur, fondée sur le labeur humain et qui conduit à ne voir dans les dons de la Nature qu'une friche, au mieux une matière première à exploiter²¹²⁵. C'est ainsi que le capitalisme, à la suite de John Locke, n'apprécie pas ce que l'auteur a reçu gratuitement par son inspiration et ne prend pas en compte la dette qu'il a acquise et qu'il lui faut honorer en rétrocédant en partie son œuvre à la collectivité pour « rendre grâce » et parvenir ainsi à un équilibre. Si les œuvres de nos prédécesseurs continuent de nous parler malgré l'ignorance où nous sommes du langage symbolique qui était le leur, si elles continuent de nourrir notre intime, ce n'est pas seulement en raison de la condition humaine que nous avons en commun, mais, de plus loin encore, de la grâce de la vie que nous avons tous reçue en partage avec tous les autres vivants de la Terre.

L'inspiration nous vient de cette « nappe phréatique de l'âme » où nous nous retrouvons tous unis du plus intime de notre intime, et il n'est pas étonnant que les œuvres qui en émanent nous rappellent en retour à notre devoir d'unité, une unité si profonde qu'elle ne dilue pas nos spécificités mais les associe et révèle toute leur profondeur à la lumière de l'ensemble.

□ *Au-delà de la « sous-crétion », faire surgir le possible*

L'apport de l'art pourrait aller au-delà d'un simple *dévoilement* du monde et conduire à une *création* au sens fort.

John Ronald Reuel Tolkien propose une approche originale du rôle de l'auteur à travers sa notion de « sous-crétion ». Catholique fervent, il réserve à Dieu la responsabilité du « monde primaire », si bien que l'auteur ne peut faire œuvre que de « sous-crétion ». Milan Kundera, dans une perspective plus désenchantée, écrit de son côté que « l'art du roman est venu au monde comme l'écho du rire de Dieu »²¹²⁶. Ce n'est pourtant pas cette hiérarchie qui nous intéresse, mais bien plutôt la nouveauté qu'elle apporte en matière de conception de la création littéraire. Avec la notion de

²¹²⁴ Damien DE CALLATAÏ, *Le Pouvoir de la gratuité*, op. cit., pp. 35-37.

²¹²⁵ John LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, op. cit., §27 ; voir ci-dessus, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « Objectification et destruction de l'humain en l'homme », pp. 190 ss.

²¹²⁶ Milan KUNDERA, *Le Discours de Jérusalem : le Roman et l'Europe*, dans *L'Art du roman*, texte VII, Gallimard, coll. Folio, Paris 1986 [1985], p. 187 ; c'est moi qui souligne.

« sous-crédation », Tolkien inverse les rapports classiques existant entre le récit et son cadre, approfondissant l'exigence de cohérence du texte au point de l'enraciner dans la cohérence du monde qu'il décrit. Dans le roman classique, la trame est fournie par le récit, qui égrène au fur et à mesure des besoins de sa compréhension des détails sur le cadre de l'action. John Ronald Reuel Tolkien semble avoir inversé ce rapport. Habité par les récits cosmogoniques des traditions anciennes, il a longtemps médité sur la cohérence du cadre fictif de son récit avant de s'attaquer à l'action proprement dite et aux personnages qui la font évoluer²¹²⁷. Cette approche le voit travailler, au cours d'une vie entière, le passé et la cohérence de son monde secondaire à travers plusieurs textes inachevés avant de poser les premiers éléments de l'action principale. L'épopée est ainsi nourrie par ses propres mythes et ses propres traditions, et le récit rend cette inversion des rapports entre action et contexte. Cette approche à la fois méticuleuse et grandiose, qui fonde du reste autant sa cohérence sur chaque détail divulgué que sur les éléments volontairement présentés en termes allusifs²¹²⁸, met l'imagination du lecteur à forte contribution. Le procédé renforce l'adhésion du lecteur, comme l'a parfaitement remarqué Alain Robbe-Grillet lorsqu'il affirme que « plus on décrit moins on fait voir »²¹²⁹. Il a été largement repris par des auteurs beaucoup moins inspirés, produisant des textes qui ont fait figure de « clones commerciaux ».

Au-delà du simple procédé littéraire, John Ronald Reuel Tolkien donne surtout au lecteur la profonde sensation que ce monde *le concerne*, sensation qui se trouve à la racine de tout récit initiatique. De fait, son ambition était bien, et de son propre aveu, de suggérer au lecteur, de manière à la fois ouverte et guidée, quels sont les enjeux de sa propre existence au milieu de la furie du monde et au-delà des apparences souvent trompeuses. Cette dimension initiatique de l'œuvre est pourtant passée pour ainsi dire inaperçue aux États-Unis, au profit d'un intérêt limité au spectaculaire, à l'anecdotique ou aux affrontements dualistes, à l'opposé desquels se situe pourtant Tolkien²¹³⁰. Ce dernier avait du reste beaucoup de peine à reconnaître son œuvre à travers le bout de la lorgnette à travers lequel la majorité de la jeunesse étasunienne l'aborde : « Beaucoup de jeunes Américains ont avec ces histoires un rapport qui m'est étranger », devait-il confier à Humphrey Carpenter²¹³¹.

²¹²⁷ PHERSV, *Miéville sur le concept de « sous-crédation »*, 17.06.2009, sur le site Anniceris, <http://anniceris.blogspot.ch/2009/06/mieville-sur-le-concept-de-sous.html>

²¹²⁸ « ce sont les lacunes qui fournissent l'image d'un texte cohérent dont la parole ne rend pas totalement compte » (Vincent FERRE, *Tolkien : sur les rivages de la Terre du Milieu*, op. cit., p. 99).

²¹²⁹ xxx

²¹³⁰ Vincent FERRE, *Tolkien : sur les rivages de la Terre du Milieu*, op. cit., pp. 40-41, et exemples cités ; le manichéisme du scénario du *Seigneur des Anneaux* n'a pu qu'être amplifié par les films qu'en a tirés Peter Jackson, l'image renforçant toujours l'aspect dualiste des apparences, là où les nombreux dialogues et la profondeur de la « sous-crédation » de Tolkien apportait de très sérieuses nuances à cette vision simplificatrice et déviante.

²¹³¹ Humphrey CARPENTER, *J.R.R. Tolkien. Une Biographie*, Christian Bourgois, Paris 1980 [1977], p. 247.

La création va plus loin encore. Après tout, la sous-crédation de John Ronald Reuel Tolkien s'inscrit encore dans une perspective de dévoilement, ce dernier portât-il dans l'exposé symbolique des racines mêmes de la réalité et des enjeux du destin humain. Dans *La Pensée et le mouvant*, Henri Bergson, au diapason des artistes cités plus haut²¹³², montre lui aussi dans un premier temps en quoi l'activité artistique offre un moyen – parmi d'autres – de percevoir et de connaître à la fois le monde et soi-même, en nous donnant d'étendre nos facultés de perception et de connaissance de la réalité :

« Il y a, en effet, depuis des siècles, des hommes dont la fonction est justement de voir et de nous faire voir ce que nous n'apercevons pas naturellement. Ce sont les artistes. [...] Au fur et à mesure qu'ils nous parlent, des nuances d'émotion et de pensée nous apparaissent qui pouvaient être représentées en nous depuis longtemps, mais qui demeuraient invisibles. [...] L'art suffirait donc à nous montrer qu'une extension des facultés de percevoir est possible. »²¹³³

Mais pour le philosophe, en conformité avec le principe de la sujéité qui veut que l'avenir ne soit pas contenu dans le passé, l'artiste fait davantage que *découvrir* un possible préexistant à l'œuvre, il le *crée* littéralement, il le fait venir à l'être, *augmentant* ainsi la réalité :

« Au fond des doctrines qui méconnaissent la nouveauté radicale de chaque moment de l'évolution, il y a bien des malentendus, bien des erreurs. Mais il y a surtout l'idée que le possible est *moins* que le réel, et que, pour cette raison, la possibilité des choses précède leur existence. Elles seraient représentables par avance ; elles pourraient être pensées avant d'être réalisées. Mais c'est l'inverse qui est la vérité. [...] Car le possible n'est que le réel avec, en plus, un acte de l'esprit qui en rejette l'image dans le passé une fois qu'il s'est produit. »²¹³⁴

Une telle pensée s'appuie sur une conception du monde où son origine ne se réduit pas à une simple mémoire, ni l'univers ne peut être entièrement contenu dans le « noyau primordial » parfois nommé « Ylem » par les physiciens à la suite d'Aristote, mais où l'avenir, toujours ouvert, du monde échappe – ne fût-ce qu'en partie – au passé, et où « chaque arbre est une surprise, y compris pour sa propre graine ». L'expression du monde, de même que l'expression artistique, n'est alors pas identique à ce qui la précède, ni jamais totalement satisfaisante : il y a toujours quelque chose à susciter à l'être²¹³⁵ dans ce monde où l'Histoire n'a rien d'un simple retour à l'origine – en

²¹³² Voir ci-dessus, chap. « L'art "plus réel que la réalité" », pp. 576 ss.

²¹³³ Henri BERGSON, *La Pensée et le mouvant*, op. cit., p. 150, cité par Jean-Philippe DOMEQ, *Misère de l'art*, op. cit., p. 207.

²¹³⁴ Henri BERGSON, *La Pensée et le mouvant*, op. cit., p. 1342, cité par Florence RUDOLF, *La Dimension collective et individuelle de la société du risque* [a], op. cit., p. 41 ; c'est l'auteur qui souligne.

²¹³⁵ Jean Bédard, *Le sacré : un art de vivre*, séminaire des 15 et 16 mars 2013 organisé par l'association Améthyste, Granges-près-Marnand (Suisse) ; voir ci-dessus, partie 02 (« De l'épistémologie du droit à la méthodologie transdisciplinaire »), chap. « La "sujéité" », pp. 62 ss, en particulier pour sa faculté à se révéler « possibilité ».

d'autres termes au « même » – contrairement à ce que Platon prétend dans son *Phèdre*²¹³⁶.

Si nous revenons à présent à ce qui a été dit à propos de la matérialité du médium en littérature²¹³⁷, l'écriture même, par sa matérialité justement, non seulement *résiste* au projet de l'auteur et lui impose sa propre forme au cours de l'incontournable exercice de transcription en mots, mais elle permet en outre l'*élaboration même du projet* : celui-ci n'habite l'auteur le plus souvent que de manière confuse jusqu'à ce qu'il prenne la plume. L'affirmation de Boileau selon laquelle « Ce qui se conçoit bien s'énonce clairement / Et les mots pour le dire arrivent aisément »²¹³⁸ se trouve ainsi démentie. Même si l'apprentissage des mots et de leur étymologie, ou la lecture d'autres textes permettent de toujours mieux structurer sa propre pensée intérieure, d'aller plus loin dans l'exploration d'un monde intime, les frontières de cet espace intérieur seront toujours mouvantes, en élaboration. Rainer Maria Rilke écrivait au jeune poète Franz Xavier Kappus que « Presque tout ce qui arrive est inexprimable et s'accomplit dans une région que jamais parole n'a foulée. »²¹³⁹ L'*énonciation*, en littérature, *participe de la conception* parce que sa nature même est d'explorer et de faire reculer nos frontières intérieures. L'art, en un sens, nous permet de *nous* habiter, d'investir Qui nous sommes, et c'est peut-être là qu'il faut voir la plus puissante analogie entre création humaine et divine : le seul fait d'écrire, de dire le mot, d'exprimer la phrase *crée* le projet et ne fait pas seulement qu'*extérioriser* un plan clair et déterminé dans son for intérieur. C'est là le propre du Dieu de la Genèse, dont les paroles créent ce qu'elles énoncent : « Dieu dit : "Que la lumière soit" ! Et la lumière fut. »²¹⁴⁰ L'écriture est donc *gestation* ; la *naissance*, elle, n'intervient qu'une fois le texte écrit de bout en bout : l'œuvre acquiert alors son autonomie et se libère de l'auteur autant qu'elle le libère.

Comme l'a affirmé Henri Bergson, et pour prendre le relais de la perspective théologique plus classique adoptée par John Ronald Reuel Tolkien : « Dieu a créé des créateurs »²¹⁴¹. François Varillon reprendra cette idée sous une forme qui rappelle l'affirmation de Michel Nedjar à propos de ses propres créations : « Dieu crée des

²¹³⁶ François FLAHAULT, *Be yourself !*, op. cit., pp. 36-38 ; François Flahault établit dans son ouvrage une critique du substantialisme platonicien, où, dans le *Phèdre*, l'histoire de l'âme se résume à une remontée par ses propres moyens à son origine divine.

²¹³⁷ Voir ci-dessus, chap. « L'art comme catalyseur de l'auteur », pp. 538 ss, p. 574.

²¹³⁸ Nicolas BOILEAU-DESPREAUX, *L'Art poétique* [1674], chant 1, « Il est certains esprits... »

²¹³⁹ Rainer Maria RILKE, *Lettres à un jeune poète*, 1929, op. cit., lettre du 17 février 1903, p. 316.

²¹⁴⁰ Genèse, chap. 1, v. 3

²¹⁴¹ « La création lui [le philosophe qui s'attache à l'expérience mystique] apparaîtra comme une entreprise de Dieu pour créer des créateurs » (Henri BERGSON, *Les deux sources de la morale et de la religion*, Presses Universitaires de France, Paris 1948 [1932], chap. III, La religion dynamique, pp. 112 ss, p. 136). Cette phrase a été reprise sous la forme citée par Maurice Zundel (Maurice ZUNDEL, *Quel homme et quel Dieu ? – Retraite au Vatican*, Saint-Augustin, Saint-Maurice (Suisse) 2008 [1976], p. 93 ; Maurice ZUNDEL, *Recherche de la personne*, Mame, Paris 2012 [1938], p. 364), qui en a fait une pierre angulaire de sa pensée.

créatures créatrices de Lui-même »²¹⁴². L'augmentation du monde par – entre autres canaux – la création artistique : comment imaginer destin plus impressionnant pour l'humanité ? À l'instar de toute création, l'activité artistique s'inscrit dans le contexte plus vaste de la liberté à laquelle le monde accède à travers l'homme²¹⁴³, et dont la création artistique est absolument indissociable. Ce caractère très particulier de l'activité artistique est sans doute à l'origine d'une thèse qui a son importance en droit d'auteur : l'autonomie de l'art.

L'autonomie de l'art

Quatre critères de l'autonomie

La partie consacrée à l'histoire du droit d'auteur a permis de montrer les efforts développés par les artistes pour faire reconnaître leur statut particulier, tout spécialement depuis la Renaissance italienne. Cette démarche s'inscrit dans le mouvement plus général de l'individuation en Occident ; elle a conduit à ce que l'on appelle l'autonomie de l'art. L'autonomie de l'art, nous allons le voir, est l'enjeu de nombreux débats : celui de la liberté de création, sans laquelle le droit d'auteur perd toute portée concrète – il serait vain d'exercer des droits sur une œuvre dont la diffusion est interdite par la censure ; celui de l'unité de l'art, au nom de laquelle le législateur français a étendu aux productions des arts industriels la protection accordée aux œuvres littéraires et artistiques, niant ainsi le critère de la gratuité par lequel Immanuel Kant distinguait l'art des autres activités de l'industrie humaine ; en définitive celui du droit d'auteur dans son principe même, dès lors que seul le statut particulier de l'art justifie la protection si singulière accordée aux auteurs, quand bien même ce droit a été ultérieurement étendu à des œuvres qui ne sont ni littéraires ni artistiques. Il importe donc de nous interroger sur les fondements de cette autonomie, qui s'est historiquement affirmée sur quatre plans : (1) la nature de la source d'inspiration de l'artiste, (2) la prévalence du programme – librement élaboré – sur sa mise en œuvre technique et le caractère spécifique du processus créatif, notamment quant (3) à sa gratuité et (4) à l'implication personnelle de l'auteur.

□ *Une source qui échappe aux pouvoirs en place*

Bernard Edelman, dans son célèbre *Sacre de l'auteur*, voit dans le droit d'auteur un droit dont la nature immatérielle et personnelle échappe et s'oppose à la sphère du pouvoir matériel et politique du prince ; ce droit serait alors de nature pour ainsi dire divine du fait de l'analogie établie entre le récit de la Genèse et l'activité créatrice des auteurs²¹⁴⁴. La comparaison, du reste, est expressément soutenue par Maître Marion

²¹⁴² François VARILLON, *Joie de croire, joie de vivre*, conférences, Bayard, coll. Spiritualités, Montrouge (France) 2000, p. 150 ; pour la citation de Michel Nedjar (« Mes poupées m'ont créé »), voir ci-dessus, p. 545.

²¹⁴³ Maurice ZUNDEL, *Quel homme et quel Dieu ?*, op. cit., p. 102.

²¹⁴⁴ Bernard EDELMAN, *Le Sacre de l'auteur*, op. cit., cité par Antoine GITTON, *La Protection de l'environnement intellectuel*, op. cit., p. 17.

lors de sa plaidoirie de 1586. La création *appartenant* à Dieu, puisqu'Il en est le créateur, l'œuvre est présentée comme *appartenant* à son auteur ; cette relation d'appartenance similaire au rapport que Dieu peut entretenir avec sa création renvoie à un lien ontologique ou de responsabilité de l'auteur envers son œuvre plutôt que de propriété. Ce pouvoir *personnel* sinon *divin* de l'auteur sur son œuvre explique sans doute par ailleurs la difficulté que les revendications des auteurs ont rencontrée sur le chemin de leur reconnaissance par le prince – revendications qui ne sont curieusement toujours pas entendues pour l'essentiel, malgré les apparences. Émile Zola, déjà, avait dénoncé cette tentative du politique de museler ce pouvoir assez immatériel qui pouvait fleurir à tout moment et n'importe où, l'art et la littérature ayant toujours fonctionné avec une pauvreté de moyens (quelques feuilles de papier et un crayon ; une toile, un pinceau et quelques pigments ; un bloc de pierre ou un morceau de bois...) qui les rendent accessibles à chacun, sans qu'il soit possible de le contrôler comme cela avait été possible pour l'imprimerie :

« Les gouvernements suspectent la littérature parce qu'elle est une force qui leur échappe. Un grand artiste, un grand écrivain les gêne, les épouvante, du moment où ils le sentent en-dehors de la discipline, armé d'un outil puissant. »²¹⁴⁵

La thèse de Bernard Edelman pose la question des relations que la création humaine entretient avec le divin ou l'intime de l'auteur d'une part, avec le pouvoir établi d'autre part, qu'il est intéressant de situer par rapport à l'émergence de la figure de l'auteur. On a souvent prétendu que l'auteur ne pouvait exister qu'à la condition de s'affranchir du sacré. Dans le monde judéo-chrétien, seul Dieu est créateur, à telle enseigne que laisser sa marque sur sa production et revendiquer un lien de paternité avec elle aurait équivalu à s'arroger une dimension divine. Dans la Grèce antique, l'aède, à la différence de l'artisan, ne possède pas son art, mais *est possédé* par lui : la technique s'efface devant l'inspiration sacrée ; le barde, porte-parole des dieux, se voit ainsi instrumentalisé²¹⁴⁶, et donc incapable de revendiquer une parole qui lui serait propre. Platon y verra une occasion de critique, là où ses ancêtres y voyaient une raison de sacrifier son rôle²¹⁴⁷ ; le rapport de l'aède à son art était alors une source de reconnaissance et d'identité sociale, même s'il ne pouvait revendiquer pour lui l'honneur qui lui était consenti. En ce sens, son identité sociale correspondait encore à un rôle, et non au résultat reconnu d'un processus d'individuation.

Toutefois, cette lecture qui oppose humain et divin semble un peu courte, et ne fait que reposer en d'autres termes – souvent tronqués – un débat très ancien : celui

²¹⁴⁵ Émile ZOLA, *La République et la littérature*, dans *L'Encre et le sang*, Complexe, Bruxelles 1989, p. 134 ; version originale publiée en avril 1879 dans *Le Messager de l'Europe*, puis dans *Le Figaro*, cité par Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 137.

²¹⁴⁶ Antoine Compagnon parle de « doctrine instrumentale de l'inspiration » (Antoine COMPAGNON, *Qu'est-ce qu'un auteur ?*, op. cit., cours 5 (« L'Auteur médiéval »), chap. « L'Auteur dans les prologues des commentaires »).

²¹⁴⁷ *Ibid.*, cours 4 (« Généalogie de l'autorité »), chap. « Grèce ancienne ».

qu'Emmanuel Levinas et quelques autres philosophes ont soulevé à travers le thème de la construction de soi par la relation à l'Autre, que j'ai abordée dans la partie dévolue à l'éthique²¹⁴⁸. De manière générale, penser en termes d'oppositions fait invariablement lire l'Histoire comme une succession de ruptures, et ne permet pas de percevoir la cohérence du retour d'anciennes questions sous d'autres formes lorsque aucune réponse suffisamment libératrice et cohérente ne leur a été apportée.

L'herméneutique du XIII^e siècle peut nous être d'une grande utilité. Reprenant, pour expliquer un texte, les quatre types de causes aristotéliennes de la *Physique*, elle met notamment en regard l'auteur, perçu comme cause efficiente de l'œuvre, et la divinité, comme cause finale possible. La *cause efficiente* correspond à la source concrète de l'œuvre, celle qui l'a produite, là où la *cause finale* – la plus puissante mais aussi la plus mystérieuse de toutes – pointe sur l'intention dernière de l'œuvre, et équivaut dans la littérature sacrée au « premier moteur » ou « moteur non mu » qui l'a suscitée. Ces deux lectures d'une même œuvre à des niveaux de compréhension différents montrent bien qu'auteur et inspiration divine ne s'excluent pas nécessairement et permettent de poser différemment les rapports unissant auteur humain et auteur divin dans l'inspiration des textes sacrés, et de manière plus générale dans l'inspiration à l'origine de toute œuvre²¹⁴⁹. La philologie, qui permet de dater un texte en fonction de son style, montre bien à quel point un texte « inspiré » n'en est pas moins tributaire de son auteur humain. Elle n'implique pas nécessairement l'abandon de sa foi par le croyant qui accepte d'analyser les textes sacrés de sa religion à la lumière de cette discipline, même si cette question semble encore très discutée dans la tradition musulmane. De même, il est possible d'admettre que l'artiste peut être dépassé par son geste sans nier pour autant la part consciente qu'il y a pris. La doctrine de l'instrumentation de l'auteur par l'inspiration divine pose à sa façon les questions de la liberté et de l'objectification de l'autre, que nous avons déjà abordées avec l'*épistémologie du sujet*²¹⁵⁰ en raison du caractère essentiel qu'elles recouvrent en éthique.

Le caractère divin de l'inspiration créatrice fut le premier critère par lequel l'art s'affranchit de l'artisanat, sans pour autant nier toute part propre à l'auteur dans l'élaboration de l'œuvre. Là où Platon, dans *La République*, dit préférer le philosophe à l'aède en raison de sa maîtrise sur son art et du caractère rationnel de ce dernier, Aristote, déjà, ouvre à l'artiste la perspective d'une participation personnelle et annonce les revendications en termes de reconnaissance menées par les artistes de la Renaissance italienne.

²¹⁴⁸ Voir ci-dessus, partie 03 (« Recherche d'une fondation éthique »), pp. 99 ss.

²¹⁴⁹ Antoine COMPAGNON, *Qu'est-ce qu'un auteur ?*, op. cit., cours 5 (« L'Auctor médiéval »), chap. « L'Auteur comme cause efficiente ».

²¹⁵⁰ Voir ci-dessus, partie 02 (« De l'épistémologie du droit à la méthodologie transdisciplinaire »), chap. « La "sujété" », pp. 62 ss.

❑ *Art et artisanat : l'art est-il une technique ?*

Au cours du Moyen Âge, le divin est devenu l'apanage de l'Église institutionnelle, et il n'est plus question pour l'auteur laïc de revendiquer une inspiration sacrée qui viendrait l'habiter dans l'intime. On retrouve les racines de la mutation profonde qui, au Moyen Âge, fut à l'origine de la professionnalisation de la médecine, autrefois perçue comme une activité spirituelle dans la mesure où le corps en soi n'existait pas, « pénétré d'âme » qu'il était :

« les médecins exercent donc en professionnels payés (plus par les riches, moins ou pas par les pauvres), non pour la thérapie et le secours qu'ils apportent (qui sont des dons de Dieu) mais "pour la préparation et le travail qui lui ont demandé beaucoup de zèle et de fatigue" »²¹⁵¹.

Pierre-Joseph Proudhon, lorsqu'il assimile la production littéraire à l'activité de l'industrie²¹⁵², notant que l'écrivain, à l'instar de l'artisan, agence à sa façon les idées qu'il a reçues plus qu'il ne crée²¹⁵³, apparaît comme l'héritier de cette laïcisation. Dès les débuts de la Renaissance italienne, l'art devient par ailleurs plus profane sous l'influence à la fois de la relecture des textes antiques qui inspirent les thèmes traités et du changement de statut des commanditaires : il devient affaire de prince plutôt que d'Église, et Rome elle-même se transforme sur de nombreux aspects en une cour séculière. Mais s'il est – ne fût-ce que pour une part – le fait de l'homme, et s'il se libère de la tutelle des programmes théologiques de l'Église, l'art, pour accéder à un statut autonome, doit se démarquer de l'artisanat. Dès la Renaissance, à la suite notamment de Léonard de Vinci ou de Leon Battista Alberti, les artistes ont eu à cœur de montrer en quoi leur pratique dépasse le cadre d'un simple métier et échappe aux pures contraintes techniques²¹⁵⁴, insistant sur le caractère *libre* de leur activité, autrement dit sur la part intellectuelle entrant dans tout processus de création et les *choix* qu'ils opèrent en cours d'élaboration de l'œuvre. Le Moyen Âge, par la distinction qu'il opère entre « arts libéraux » et « arts mécaniques », c'est-à-dire « entre les arts du savoir et ceux des techniques et des matériaux », entend privilégier les qualités purement intellectuelles par rapport aux activités liées au travail manuel de la transformation des matières : c'est tout naturellement que les artistes vont s'employer à insister sur la dimension intellectuelle de leur activité, en minimisant ses aspects techniques.

²¹⁵¹ Jacques LE GOFF, Nicolas TRUONG, *Une histoire du corps au Moyen Âge*, op. cit., p. 133 ; p. 137.

²¹⁵² « À tous les points de vue, la production industrielle et la production littéraire nous paraissent donc identiques » (Pierre-Joseph PROUDHON, *Les Majorats littéraires*, op. cit., dans Jan BAETENS, *Le Combat du droit d'auteur*, op. cit., pp. 141-153, p. 144) ; voir ci-dessus, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), chap. « Le XIX^e siècle », pp. 434 ss.

²¹⁵³ « l'homme ne crée pas ses idées, il les reçoit ; il ne fait point la vérité : il la découvre ; il n'invente ni la beauté, ni la justice, elles se révèlent à son âme [...] ; cet idéal même que nous rêvons, [...] nous n'en sommes pas les créateurs, nous n'en sommes que les voyants. » (Pierre-Joseph PROUDHON, *Les Majorats littéraires*, op. cit., dans Jan BAETENS, *Le Combat du droit d'auteur*, op. cit., pp. 141-153, pp. 142-143).

²¹⁵⁴ Marc JIMENEZ, *Qu'est-ce que l'esthétique?*, Gallimard, coll. Folio essais, Paris 1997, p. 71.

Mais le giron de la géométrie et des rapports mathématiques n'assure pas à lui seul l'autonomie de l'art. Parallèlement à cet effort que l'on peut qualifier de *rationaliste* et qui exercerait, dans l'absolu, une contrainte aussi lourde sur le processus créatif que les règles techniques, la religion ou la morale, ces mêmes artistes vont insister sur ce qui, dans l'exercice de leur art, échappe à la maîtrise consciente et volontaire, reprenant, en le modulant, le thème du caractère non pas *irrationnel* de leur inspiration, mais d'une rationalité différente de celle poursuivie par les sciences. L'interprétation de cette source d'inspiration s'éloigne des muses, divinité solaire ou entités dionysiaques pour être reconnue sous forme d'intuition ou de toute autre marque de la personne profonde de l'artiste... Toute création, même si ses produits finaux peuvent être reproduits après coup, vient de ce qui n'est pas prévisible, de ce qui « traverse » l'artiste à un moment donné, au-delà des poncifs, des conventions de représentation, ou du travail sur sa technique. Il n'y a de fait pas de frontière absolue entre art et artisanat, mais leur différence permet de concevoir les passages infinis de l'un à l'autre : tout geste porteur de sens mais dont une part au moins échappe à une logique strictement technique s'éloigne de l'artisanat pour relever d'une démarche artistique. Ainsi la production artisanale qui échappe aux modèles habituels et à leur imitation peut-elle s'avérer artistique, alors qu'un tableau sur toile peint à la chaîne par plusieurs exécutants, chacun peignant mécaniquement le même détail, n'accèdera même pas à la dimension artisanale. Car la pratique de l'artisan, au contraire de celle du simple ouvrier exécutant, lui confère une certaine autonomie ; elle échappe au mécanique grâce aux acquis de l'expérience et à la part d'intuition qu'elle autorise dans le domaine technique et que les circonstances exigent. L'autonomie de l'artiste va au-delà de l'intuition technique ; elle est inhérente au but qu'il poursuit, qui est d'exprimer ce qui l'habite, son regard sur le monde, là où l'artisan cherche avant tout à façonner un objet utile, en acceptant de s'adapter aux circonstances et en « passant des pactes » avec la matière. Il est vrai qu'« il n'y a pas d'art sans métier : l'idée d'une peinture n'est pas une peinture »²¹⁵⁵, sans pour autant qu'il soit possible de réduire l'art à une technique. Et si « l'inspiration ou l'intuition créatives s'inscrivent dans la routine »²¹⁵⁶, elles ne s'y limitent pas, loin de là. Pour reprendre un terme cher à Jean-François Malherbe, l'art, comme la vie, est *surprenance*²¹⁵⁷. Cette approche permet d'appréhender de manière plus féconde que celle de l'*originalité* – au sens du moins où elle est habituellement comprise – la différence entre art et artisanat et permet de poser l'art dans sa dimension fondamentale : école de *surprenance*, et, de là, école de vie. Cet apprentissage par l'artiste de sa propre *surprenance* doit beaucoup au médium du processus créatif, la matière, en ce qu'elle résiste à son projet initial tout au long de la

²¹⁵⁵ Richard SENNETT, *Ce que sait la main*, op. cit., p. 92.

²¹⁵⁶ Anne JOURDAIN, *Ce que sait la main* [a], 08.02.2011, à propos du livre éponyme de Richard Sennett, dans *Sociologie, comptes rendus*, 2011 ; <http://sociologie.revues.org/685>, n°7.

²¹⁵⁷ Le thème de la *surprenance* de la vie, et même de l'être humain pour lui-même – comparé à une « boîte à surprises » –, autrement dit de leur caractère imprévisible et surprenant avec lequel le sujet en quête d'autonomie doit apprendre à composer, traverse toute l'œuvre de l'éthicien qu'est Jean-François Malherbe.

construction de l'œuvre. La citation de Pierre Soulages énoncée plus haut²¹⁵⁸, reprise cette fois-ci dans son entier, montre bien la relation qui s'établit dans l'art traditionnel entre la *surprenance* propre au processus créatif – révélatrice de la « surprenance » de l'auteur lui-même – et la condition de l'artisan :

« Mon souci est de toujours être ouvert à ce que je ne sais pas, attentif à ce qui peut se produire fortuitement dès qu'on s'aventure hors des techniques habituelles. Celles-ci, tout compte fait, mènent à l'académisme... Ce qu'on appelle mes innovations a souvent été des coups de chance. Chaque fois, un accident, un « je-ne-sais-quoi » m'a ouvert une autre voie. C'est la différence qui sépare l'artisan de l'artiste ! L'artisan connaît déjà le chemin qu'il emprunte et l'objet qui est son but. L'artiste, lui, c'est quand il a perdu son chemin qu'il le trouve enfin. »²¹⁵⁹

Si l'on considère à présent la démarche des peintres et architectes renaissants pour accéder à la reconnaissance, on observe que ces derniers s'efforcèrent avant tout de démarquer l'art de sa dimension technique et mécanique pour le rapprocher de sa dimension *personnelle*. L'artiste renaissant s'écarte ainsi des règles conventionnelles de la représentation médiévale pour aborder un traitement qui lui correspond davantage, plus cohérent avec son ressenti intérieur et ses inclinations individuelles. Et si l'application des règles de la perspective présente certes une dimension rationnelle et inscrit le monde dans un ordre idéal, on ne saurait limiter l'art renaissant à cette pratique. Qu'on se rappelle par exemple les efforts de Léonard de Vinci pour donner à voir l'univers intérieur des maîtresses du More à travers leur portrait, ou même son *sfumato* qui entend résoudre de manière purement chromatique la représentation de la distance, indépendamment de toute règle géométrique. Les arts graphiques s'affranchissent en partie de la représentation rationnelle par le jeu obligé qu'il s'agit de mener avec les pigments, autrement dit avec « ce qui résiste ». L'image du lien de paternité unissant l'auteur à son œuvre renvoie à celle de l'accouchement, et voit l'artiste *exprimer* à l'aide de son corps une œuvre nécessairement différente de ce qu'il projetait, mais dont la matérialité, et donc la résistance qu'elle offre à ses visions, le construit à son tour. Au demeurant, la hiérarchie médiévale entre « arts libéraux » et « arts mécaniques » ne vient-elle pas d'un héritage tronqué de la Grèce antique, qui aurait oublié sa face dionysiaque pour ne retenir que ses aspects apolliniens et rationnels ?²¹⁶⁰

Si l'artisanat a été souvent dénigré face à l'art du fait de ses aspects essentiellement techniques, le sociologue américain Richard Sennett, dans son livre au titre combien évocateur *Ce que sait la main*²¹⁶¹, tente de le réhabiliter face au labeur éminemment

²¹⁵⁸ Voir ci-dessus, chap. « L'art comme catalyseur de l'auteur », pp. 538 ss, p. 554.

²¹⁵⁹ « *Le Nouvel Observateur* », n°2014, 12-18 juin 2003, cité par Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit., p. 143.

²¹⁶⁰ Voir notamment Eric Robertson DODDS, *Les Grecs et l'irrationnel*, Flammarion, coll. Champs, Paris 1999 [1951].

²¹⁶¹ Richard SENNETT, *Ce que sait la main*, op. cit.

sclérosant et vide de sens qu'est le travail au sein des usines et des grandes entreprises, en héritage du partage des tâches. C'est la séparation claire entre planification et exécution que l'artisanat remet en cause et dont il tire actuellement ses lettres de noblesse. Pour Richard Sennett, le travail technique de l'artisan est loin de se réduire à la répétition de gestes mécaniques et de routines dépersonnalisantes. Partant du principe que « faire, c'est penser », Richard Sennett tente d'appréhender les opérations intellectuelles qui sous-tendent les actions techniques, après avoir affirmé qu'« il entre dans le faire une part de réflexion et de sensibilité »²¹⁶² :

« la confrontation de l'artisan à la *résistance* de la matière et à la difficulté technique provoque un phénomène de formation à la fois individuelle et collective. Au niveau individuel, l'artisan tire satisfaction du fait qu'il progresse en habileté et en maîtrise tout au long de sa vie. Au niveau collectif, Sennett montre que les innovations techniques sont rarement le résultat de ruptures radicales, d'inventions dues à un "éclair de génie", contrairement aux représentations mythiques qu'on en a souvent, mais sont au contraire la plupart du temps induites par le perfectionnement de techniques existantes. »²¹⁶³

Le « faire », par son implication corporelle et kinesthésique, permet de développer une intelligence du corps au point de rendre la routine elle-même source d'enseignement – et même de plaisir. Richard Sennett rejoint en cela les travaux de David Schwint²¹⁶⁴, qui, à la suite de Marcel Détienne et de Jean-Pierre Vernant²¹⁶⁵, qualifie de *mètis* cette intelligence pratique et créative, qu'Anne Jourdain décrit comme « un savoir de situation et un art de combiner »²¹⁶⁶. Richard Sennett prend l'exemple d'une souffleuse de verre, Erinn O'Connor, dont il dit :

« Elle dut acquérir une conscience plus aiguë de son corps en rapport avec le liquide visqueux, comme s'il y avait une *continuité entre la chair et le verre*. »²¹⁶⁷

Si la routine peut se concevoir de façon positive, c'est en raison de l'apprentissage corporel qu'elle permet, ainsi que par sa faculté à nous laisser anticiper les réactions des matériaux et à nous permettre d'apprendre à jouer avec leurs caractéristiques. Un tel processus ne peut se développer qu'à la condition de se dérouler au rythme de l'artisan, afin de lui permettre d'intégrer les gestes du métier, et de s'intégrer dans un processus de fabrication complexe, permettant de se sentir responsable de son action et de juger de ses effets. On ne conçoit pas un artisan incapable de façonner un objet de bout en bout. Les processus gérés par l'artisan se distinguent donc résolument de la routine abrutissante du travail séquentiel de l'usine, réduit à une succession de quelques gestes simples, et, pire que tout, soumis à la cadence de la machine. Dès que

²¹⁶² *Ibid.*, p. 17.

²¹⁶³ Pierre MOUNIER, *Ce que sait la main* [a], compte rendu personnel de lecture du livre éponyme de Richard Sennett, 14.03.2010, <http://blog.homo-numericus.net/article10434.html> ; c'est moi qui souligne.

²¹⁶⁴ David SCHWINT, *La Routine dans le travail de l'artisan* [a], dans *Ethnologie française*, vol. 35 (2005), n°3, pp. 521-529.

²¹⁶⁵ Marcel DETIENNE, Jean-Pierre VERNANT, *Les Ruses de l'intelligence. La mètis des Grecs*, Flammarion, Paris 1974.

²¹⁶⁶ Anne JOURDAIN, *Ce que sait la main* [a], op. cit., n°5.

²¹⁶⁷ Richard SENNETT, *Ce que sait la main*, op. cit., p. 237 ; c'est moi qui souligne.

le geste se veut mécanique, il n'est plus source des gratifications émotionnelles et de l'expérience propres à la *métis*.

La création artistique est-elle pour autant réductible à une routine, comme le prétend Richard Sennett ? Rien n'est plus douteux, même si l'artisanat offre une souplesse d'interprétation des pratiques qui autorise quelques libertés de nature artistique, comme la décoration d'un objet utilitaire. En fait, Richard Sennett, dans sa volonté de démystifier le geste créateur, semble assimiler la créativité artistique à l'invention technique. Il s'agit d'une confusion très fréquente de la part des spécialistes de la question²¹⁶⁸. Les quatre séquences par lesquelles Richard Sennett décrit le « saut intuitif » à l'origine de la créativité artisanale entrent ainsi pleinement dans le champ de l'invention technique, ne serait-ce parce qu'elles n'expliquent que les améliorations apportées par l'artisan à ses outils.

Il existe certes des parentés entre les deux pratiques artisanale et artistique. La notion de *routine* apportée par Richard Sennett met en exergue l'importance des *tâtonnements*, élément essentiel des deux processus ; ceux-ci permettent sans doute en partie à l'artiste d'entrer dans une sorte d'état modifié de conscience propice à la réception créative et soumis à une autre forme d'intelligence, à la fois plus détachée des rapports de cause à effet et plus ancrée dans une forme d'« attention holistique » des sensations et des émotions. On peut supposer que c'est cet abandon du raisonnement causal et le très fort ancrage à « ce qui se passe » qui fait dire à certains artistes que la pratique de leur art leur donne le sentiment de « disparaître », d'échapper à la vie quotidienne, au prix parfois d'un sentiment d'épuisement. Ce processus par tâtonnements rappelle en un sens l'approche de William Edgar Vinacke. Reprenant le modèle en quatre étapes de Graham Wallas²¹⁶⁹, il insiste sur le fait que la création artistique n'est pas le fait d'une seule mais de nombreuses illuminations successives²¹⁷⁰.

Il semble donc erroné de prétendre que Richard Sennett parvient à « démystifier le processus de création artistique en l'arrachant à la référence au génie pour le rattacher à la forme pragmatique du raisonnement »²¹⁷¹ ; en outre, il est frontalement contredit par la plupart des artistes interrogés sur leur propre pratique, qui n'adhèrent pas pour autant à la thèse du « génie »²¹⁷². Ce qui frappe en effet parmi bon nombre de ceux-ci, c'est leur profonde humilité face à leur pratique ; ils semblent tous conscients que ce processus leur échappe, ne fût-ce qu'en partie. Le « mystère de l'inspiration » est donc

²¹⁶⁸ Voir ci-dessus, chap. « Dévoilement du monde, dévoilement de soi », pp. 544 ss ; chap. « Ambiguïtés de la notion de créativité », pp. 640 ss.

²¹⁶⁹ Voir ci-dessus, p. 535.

²¹⁷⁰ Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit., pp. 14-15.

²¹⁷¹ Anne JOURDAIN, *Ce que sait la main* [a], op. cit., n°8.

²¹⁷² Voir notamment Thierry DELCOURT, *Au risque de l'Art*, op. cit., et Jean BAZAINE, *Le peintre et le monde d'aujourd'hui* [a], op. cit.

loin d'être dissipé de manière satisfaisante par les explications de Richard Sennett, par ailleurs passionnantes.

Mais les deux approches se distinguent sur de plusieurs points essentiels. Le progrès scientifique et technique se comprend avant tout comme une accumulation progressive de savoirs, alors que Vladimir Jankélévitch, montrant le caractère résolument ouvert de l'éthique où tout reste toujours « à faire », à découvrir de l'intérieur, éclaire un trait de l'éthique qui l'oppose à la technique et la rapproche de l'art : « L'évidence de ce qui est *À-faire* éclipse celle du *Tout-fait*. Ce qui est fait, dans les techniques, n'est plus à faire ; et en morale, ce qui est fait reste à faire »²¹⁷³. Ainsi, fondamentalement, n'y a-t-il pas de progrès en art²¹⁷⁴, ce qui revient à dire, avec Georges Brunon, que l'art n'a pas d'histoire²¹⁷⁵. C'est que l'art puise sa richesse dans le retour à l'indifférencié, étranger par nature à toute idée d'accumulation. Il procède d'une interrogation de l'homme sur la question du sens que tout homme, quelle que soit son époque, est appelé à affronter pour orienter sa propre existence. Chaque naissance humaine invite à la redécouvrir et à tenter de la résoudre de manière *authentique*. C'est le parcours de toute une vie, qui, contrairement à la tâche de Sisyphe, peut à chaque fois déboucher sur un accomplissement, mais à l'échelle individuelle. Cette constante redécouverte se fait toutefois en parallèle d'un destin plus communautaire où l'humanité, elle aussi, est en recherche d'elle-même ; ce n'est qu'à cette échelle que l'art, en un sens, peut s'inscrire dans l'Histoire.

□ *Autonomie et gratuité de l'art*

Immanuel Kant entend non seulement libérer l'art de la science, mais aussi de l'utile ; ce faisant, il l'affranchit à la fois de la marchandisation et de la censure – qu'elle soit politique ou morale. Si en effet l'art échappe à l'utile, il n'a à sacrifier ni aux attentes mercantiles de rentabilisation des investissements, ni aux sirènes utilitaristes en vertu desquelles les œuvres seraient protégées en fonction du bien-être qu'elles apportent au public ou en vertu de la caution qu'elles apportent aux valeurs collectives.

Encore faut-il s'entendre sur ce que l'on appelle la *gratuité* de l'art. Pour Immanuel Kant, le beau n'est pas l'utile en ce qu'il ne poursuit pas un but qui lui est extérieur, mais intérieur, qu'il appelle la « finalité sans fin », expression qui souligne son aspect apparemment paradoxal. Il est intéressant de relever le parallélisme avec l'affirmation de l'archéologue Annette Laming-Empéaire selon laquelle l'art paléolithique est le « premier témoignage d'activité détachée d'un résultat matériel immédiat »²¹⁷⁶, ou de noter la similitude que l'art présente de ce fait avec le caractère nécessairement

²¹⁷³ Vladimir JANKELEVITCH, *Le Sérieux de l'intention*, op. cit., p. 127, cité par Cynthia FLEURY, *La Fin du courage*, op. cit., p. 37.

²¹⁷⁴ Voir notamment Marc JIMENEZ, *Qu'est-ce que l'esthétique?*, op. cit., p. 23.

²¹⁷⁵ Georges BRUNON, *L'Art sans l'Histoire de l'art*, op. cit.

²¹⁷⁶ Annette LAMING-EMPERAIRE, *La Signification de l'art rupestre paléolithique*, Picard, Paris 1962, pp. 33-34, cité par Jean-Paul JOUARY, *Préhistoire de la beauté – Et l'art créa l'homme*, op. cit., p. 102.

désintéressé de l'éthique chez le philosophe. La *gratuité* de l'art n'est évidemment synonyme ni de vacuité, ni d'absurdité. Elle suppose que l'art ne poursuit pas directement de but utilitaire, n'est pas « conditionné par un résultat externe à l'œuvre »²¹⁷⁷ ou, mieux : qu'aucune visée pratique ne contraint l'élaboration de l'œuvre. La *gratuité* de l'art est donc l'expression de la *liberté* particulière qui habite le processus créatif.

Toutefois, l'œuvre n'exerce-t-elle pas une influence sur le monde, qui semble l'éloigner de cette notion de gratuité ? En effet, « Dénier à l'œuvre tout effet sur le réel reviendrait à la disqualifier totalement »²¹⁷⁸ et à transformer l'art en simple *loisir*. C'est pour cela qu'il est préférable de considérer la spécificité de l'activité artistique à travers le processus créatif plus qu'en interrogeant l'œuvre finie et son caractère esthétique. Prétendre que l'art ne poursuit pas d'autre but que lui-même rend donc nécessaire une précision capitale : la finalité intrinsèque de l'art concerne le processus créatif en tant que tel, vécu pour lui-même, et non ses effets. C'est dans la mesure où elle est étroitement liée au processus créatif que la notion de gratuité apparaît comme un critère puissant pour déterminer ce qui relève de l'art et ce qui n'y souscrit pas. C'est la dynamique de ce processus qui distingue l'activité créatrice d'un simple *travail* et fait de l'œuvre à venir tout autre chose qu'une marchandise ; c'est elle qui, contraignant l'artiste à se *détacher* de sa rationalité et de sa volonté instrumentalisante – autrement dit de son projet initial – lui permet d'*accéder* à un *niveau de réalité* où les contraires apparents peuvent se comprendre dans une cohérence plus vaste, fondée sur la logique du Tiers Inclus, fondant la dimension fictionnelle de l'œuvre et son « caractère ontologiquement polysémique »²¹⁷⁹. Ce dernier, à son tour, devrait libérer l'œuvre de toute velléité de censure et permettre à l'artiste de profiter pleinement du droit d'auteur qui lui est accordé afin de vivre de son œuvre et poursuivre sa démarche. Et si un but doit être reconnu à l'art, ce sera celui de dévoiler et de créer le monde, dont l'auteur fait partie :

« Après avoir dénié toute utilité première à l'œuvre, je peux bien reconnaître ici que l'œuvre est effectivement une source de connaissance et de compréhension du monde, indispensable qui plus est. »²¹⁸⁰

L'art ne poursuit en fait d'autre but que le *dévoilement* et la *création* à la fois de l'auteur et du monde ; mais il les poursuit à travers un processus qui oblige l'artiste à renoncer à tout projet construit, y compris celui de dévoilement ; à l'instar des démarches spirituelles authentiques, le processus créatif ne s'opère véritablement qu'au prix d'une forme exigeante de *lâcher-prise* : comment *compléter* la totalité du monde par son œuvre autrement qu'en faisant surgir ce qu'on en ignorait avant de

²¹⁷⁷ Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 157.

²¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 15.

²¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 107.

²¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 283.

l'élaborer ? C'est en ce sens que l'on peut entendre l'affirmation provocatrice de Pablo Picasso : « Je ne cherche pas, je trouve »²¹⁸¹.

Certes, l'artiste peut lui aussi soumettre son activité à l'utile : il en est ainsi lorsqu'il vise avant tout un effet décoratif. De même, lorsque la conception et la réalisation des œuvres s'appuient davantage sur des recettes apprises et des modèles éprouvés que sur l'épreuve de l'inconnu, elles s'éloignent de la gratuité que suppose la recherche du beau, ou, plus exactement, de la recherche du beau par le vrai. Cependant, les tentations qui menacent l'artiste face aux exigences du processus créatif n'ôtent rien aux spécificités de ce dernier. C'est dans cet esprit qu'il faut comprendre la démarche d'Eugène Pouillet, et qu'il convient de l'appliquer en proscrivant toute velléité de censure de la part des juges en considération du mérite de l'œuvre et de sa forme d'expression.

Ainsi définie, la gratuité exclut d'office les logiciels du périmètre de protection. Les logiciels, en effet, se définissent comme une suite ordonnée d'instructions : or toute instruction ne poursuit-elle pas une utilité concrète ? Ce critère pourrait donc s'avérer pertinent pour distinguer les œuvres donnant prise à la protection de celles qui ne recouvrent qu'un *travail*, à protéger sur d'autres bases que celles du droit d'auteur.

Si Immanuel Kant libère l'art de la science et de l'utile, il le fait toutefois en opérant une séparation entre le beau et le vrai, en qui, avec le bon, les Grecs voyaient les facettes d'une seule et même réalité. Cela ne va pas manquer d'avoir des conséquences. En séparant le beau du vrai, Immanuel Kant ne reconnaît plus en l'art un mode de connaissance du monde, indéniablement différent de celui offert par les sciences, mais tout aussi pertinent. Il prend pourtant acte de ce que nos jugements esthétiques ont une prétention à l'universalité, au contraire de nos autres goûts – culinaires par exemple – desquels nous attendons moins des autres qu'ils les partagent. Mais pour Immanuel Kant la finalité intérieure poursuivie par l'art est l'« harmonie des facultés subjectives », et non un « invisible visible »²¹⁸² qui offrirait l'*expérience* d'un dévoilement, voire qui permettrait une véritable création, autrement dit qui *ajouterait* quelque chose au monde. La recherche du beau pour le seul plaisir qu'il procure souscrit à la tendance maniériste où l'artiste cherche à séduire le spectateur par un déploiement de savoir-faire et d'effets techniques, réduisant l'art à un plaisir des sens et le rapprochant paradoxalement d'une forme d'utilité : son caractère décoratif, ou la satisfaction de goûts de luxe. Il est en effet difficile de suivre ceux qui prétendent que « L'autonomie poussée à son paroxysme renverrait l'art à un pur statut de décoration »²¹⁸³, dans la mesure où la poursuite d'un effet décoratif désiré pour lui-

²¹⁸¹ xxx

²¹⁸² Georges BRUNON, *L'Art sans l'Histoire de l'art*, op. cit., pp. 82-83.

²¹⁸³ Notamment Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 15.

même semble obéir à une démarche de type utilitaire, n'échappant pas au projet d'élaboration initial. L'autonomie de l'art poussée à son paroxysme équivaldrait plutôt semble-t-il à une « plongée sans retour », autrement dit, pour reprendre l'analyse de Frances Gaezer Grossman, à l'acte d'un psychotique²¹⁸⁴. C'est pourquoi la formulation kantienne de « finalité sans fin » laisse à désirer et gagnerait à faire place à celle de « finalité interne au processus d'élaboration », plus fidèle à ce que nous avons appris du « chaos créateur » à travers l'approche phénoménologique opérée par Chantal Deschamps.

Après Immanuel Kant, l'esthétique du romantisme allemand confirmera la séparation opérée entre le beau et le vrai. Elle reconnaît certes dans l'art une présentation paradoxale de l'infini dans une forme finie, mais davantage à titre de source d'innombrables interprétations possibles qu'en tant que forme de connaissance « questionnant sans phrases »²¹⁸⁵ la réalité ; cette vision de l'art poursuivant une finalité subjective – entendre par là *relative* – ignore résolument le caractère *intersubjectif* de l'expérience qu'il procure, et dont rend compte Georges Brunon avec toute la subtilité qui s'impose :

« De cet invisible, que l'on ne détecte pas en *observant* un tableau mais que l'on rencontre quand on le *vit* en silence, l'œuvre d'art tire son dynamisme, l'intensité de sa présence. À cause de lui, elle nous apparaît comme existant, au-delà des mots, *au plus profond de nous-mêmes*, où, ayant perdu nos références habituelles, nous sommes seuls, dans un état préverbal devant l'énigme de la vie, avant qu'elle ne soit nommée. Cette relation est vécue selon un mode personnel incommunicable. On ne peut pas pour autant en déduire trop vite qu'il s'agit d'une projection. Avec le temps, un certain consensus se formera autour de certaines œuvres qui laisse entrevoir que l'invisible du tableau correspond à un questionnement partagé par d'autres. Ce que l'on pourrait désigner trop vite comme un phénomène subjectif peut avoir une racine dans un questionnement commun. »²¹⁸⁶

Nous retrouvons ici, avec « le plus profond de nous-mêmes », une allusion à ce que j'ai pu nommer notre « source »²¹⁸⁷, l'œuvre d'art ayant le pouvoir, lorsqu'elle remplit ses promesses, de mettre directement en présence notre intime, qu'elle interroge, à l'intime de la réalité, qu'elle dévoile, tout en accomplissant leur nature résolument ouverte en ajoutant quelque chose à l'être du monde.

□ *Implication personnelle au sein du processus créatif*

Au-delà du caractère sacré de sa source d'inspiration ou de la nature intellectuelle de son projet, l'approfondissement de la notion de gratuité de l'art nous conduit, comme nous venons de le voir, à considérer le mode d'implication personnel de l'auteur

²¹⁸⁴ Frances Gaezer GROSSMAN, *Creativity as a Means of Coping with Anxiety* [a], op. cit., p. 191, cité par Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit., p.88.

²¹⁸⁵ Georges BRUNON, *L'Art sans l'Histoire de l'art*, op. cit., p. 56.

²¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 82 ; c'est moi qui souligne.

²¹⁸⁷ Voir ci dessus, partie 02 (« De l'épistémologie du droit à la méthodologie transdisciplinaires »), chap. « La "sujétité" », pp. 62 ss, et partie 03 (« Recherche d'une fondation éthique »), chap. « La personne, si mal connue », pp. 113 ss.

comme ce qui caractérise avant tout l'autonomie de l'activité artistique²¹⁸⁸. Cette implication personnelle suppose une véritable plongée dans l'indifférencié, dans l'inconnu de soi et du monde. Elle seule permet la *création* au sens strict du terme, à savoir l'apparition au monde de quelque chose de radicalement neuf, nonobstant les références formelles de l'œuvre à la tradition qui la voit naître, selon un mode qui la rapproche de la *surprenance* propre à la *sujétité* de l'auteur²¹⁸⁹. Cet indifférencié rappelle le « senti-cru-pensé » de Jean-Paul Jouary, à l'origine de l'élaboration de « ce qui est propre à l'homme »²¹⁹⁰. Nous retrouvons également à travers cette notion de « surgissement » la thèse défendue par Bernard Edelman dans *Le Sacre de l'auteur*, montrant l'auteur source d'une forme de « pouvoir » comme « jaillie de nulle part » qui serait opposée aux pouvoirs politique et économique²¹⁹¹.

Le caractère *imprévisible* de la source d'inspiration de l'artiste, reprise moderne de son caractère sacré, relève de ce type d'expérience, et c'est à cet aspect intime du processus de gestion de l'œuvre qu'il convient de rattacher sa dimension *fictionnelle* si particulière. François Dessemontet affirme au contraire que l'imprévisibilité – pas plus d'ailleurs que la prévisibilité – ne devrait être instituée en condition de la protection des œuvres, au motif qu'une telle exigence exclurait toute exécution suivant un plan directeur présidant au choix qui se posent à l'auteur en cours de processus²¹⁹². Or le processus créatif modifie nécessairement le projet initial ; l'œuvre, reflet d'une personne qui se découvre et s'apprend à travers sa gestation, reste nécessairement pour une part imprévisible ; entièrement prévisible, elle n'est plus qu'un objet fabriqué en exécution d'un plan ou d'une procédure, et non une œuvre. C'est l'abaissement – éminemment critiquable – du critère d'originalité, consenti pour complaire à l'industrie, qui explique l'abandon d'une exigence d'imprévisibilité.

Le critère bien compris de la gratuité de l'art pose un sérieux bémol à l'affirmation selon laquelle « L'autonomie de l'art suppose aujourd'hui que l'œuvre se défende seule, par ses propres moyens, et non selon des règles qui lui sont extérieures »²¹⁹³ : la gratuité de l'art ne relève-t-elle pas fondamentalement de l'*intention* qui l'a fait naître, à tout le moins des caractéristiques de son processus d'élaboration ? S'il est nécessaire pour fonder un raisonnement juridique de s'appuyer autant que faire se peut sur les qualités propres à l'œuvre, c'est la perspective ouverte par le processus créatif qui

²¹⁸⁸ Voir ci-dessus, chap. « L'art comme catalyseur de l'auteur », pp. 538 ss.

²¹⁸⁹ Voir ci-dessus, chap. « Une expérience qui transforme et révèle », pp. 539 ss ; Henri BERGSON, *La Pensée et le mouvant*, op. cit. ; Florence RUDOLF, *La Dimension collective et individuelle de la société du risque* [a], op. cit., p. 41.

²¹⁹⁰ Jean-Paul JOUARY, *Préhistoire de la beauté – Et l'art créa l'homme*, op. cit., p. 124.

²¹⁹¹ Bernard EDELMAN, *Le Sacre de l'auteur*, op. cit., pp. xxx ss.

²¹⁹² François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., n°57-58, pp. 39-41.

²¹⁹³ Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 146.

permet semble-t-il de comprendre pleinement la dimension fictionnelle de l'œuvre qui compte parmi ses effets.

Dimension fictionnelle de l'art

❑ *L'art n'est ni une idée, ni un discours*

Pour comprendre la spécificité de cette nature fictionnelle des œuvres d'art, il est essentiel de la distinguer du caractère conceptuel et volontaire de son projet. Nous avons vu que l'œuvre d'art s'inscrivait dans un « espace tiers » situé entre intériorité et extériorité, qui accordait à son caractère fictionnel un rôle similaire à celui du *jeu* tel que le conçoit Donald Woods Winnicott²¹⁹⁴. L'espace du jeu ouvert par l'art ne relève de ce fait pas de l'ordre de la pensée conceptuelle, ou de la simple convention culturelle ; à tout le moins, il ne s'y limite pas. Luc Lang, se référant à Henri Bergson pour qui « l'intention et le projet [de la danse] sont dans les gestes [du danseur] et leur enchaînement », avoue que selon lui « le roman comme la danse doivent s'interdire de penser »²¹⁹⁵. Cela ne signifie pas que l'art soit dénué de tout sens, mais que son message doit se lire « entre les lignes ». Marcel Proust va dans ce sens lorsqu'il écrit dans son essai *Contre Sainte Beuve* : « chaque jour j'attache moins de prix [...] à l'intelligence, car de plus en plus je la crois impuissante à cette recreation de la réalité qui est tout l'art »²¹⁹⁶. Cela n'empêche pas le même auteur d'être cohérent lorsqu'il écrit ailleurs que la littérature « travaille à faire penser »²¹⁹⁷. Il serait du reste chimérique de prétendre que l'art puisse offrir à l'humanité de s'accomplir sans stimuler d'une manière ou d'une autre l'intelligence des artistes ou de leur public. Georges Brunon résume en ces termes cette distinction à opérer entre le monde des concepts et l'intelligence propre à l'art :

« Pour moi, peintre, l'Art n'est pas un concept, mais une question qui interroge, en silence, sur le sens de la vie »²¹⁹⁸.

L'art n'est pas discours, et c'est de l'ignorer qui fait dire à Daniel Buren que l'artiste *impose* sa vision au public²¹⁹⁹ : de fait, il ne peut pas l'imposer puisque l'œuvre lui est en un sens *révélée* au cours de son élaboration. On peut presque dire qu'il la *découvre* autant que son public. De plus, la nature fictionnelle de l'œuvre fait qu'elle *propose* davantage qu'elle n'impose²²⁰⁰. L'art n'est pas plus discours qu'il n'est pur concept, et

²¹⁹⁴ Voir ci-dessus, chap. « L'art comme catalyseur de la réalité », pp. 567 ss.

²¹⁹⁵ Luc LANG, *Délit de fiction*, op. cit., p. 101, se référant à Henri BERGSON, *La Pensée et le mouvant*, op. cit., p. 1342.

²¹⁹⁶ Marcel PROUST, *Contre Sainte Beuve*, dans *Œuvres complètes*, Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, Paris 1971, p. 216, cité par Luc LANG, *Délit de fiction*, op. cit., p. 102.

²¹⁹⁷ évoqué par Luc LANG, *Délit de fiction*, op. cit., p. 104, note 1.

²¹⁹⁸ Georges BRUNON, *L'Art sans l'Histoire de l'art*, op. cit., p. 10.

²¹⁹⁹ Daniel BUREN, Écrits, entretien donné par Daniel Buren aux *Lettres françaises* le 13 mars 1968, cité par Jean-Philippe DOMEQ, *Misère de l'art*, op. cit., p. 215 ; voir ci-dessus, p. 761.

²²⁰⁰ Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 169 ; voir ci-dessous, chap. « toute représentation n'est pas fiction », pp. 610, p. 613.

c'est là un des points sur lesquels les tenants de l'AC font l'impasse. Sous prétexte que toute œuvre, en un certain sens, commence par un projet, confondant chronologie et ontologie ils jouent sur le mot « d'abord » et affirment que « l'œuvre est d'abord affaire de pensée »²²⁰¹ pour parvenir à l'idée que l'art est essentiellement pensée, réduisant la frontière séparant la *forme* nécessaire de l'œuvre protégée de l'*idée*, laquelle relève du domaine public²²⁰². Ce faisant, ils perdent paradoxalement de vue ce qui fait l'autonomie de l'art et la force de la liberté de création, qu'ils revendiquent pourtant à corps et à cris face à la censure. C'est ainsi qu'Agnès Tricoire juge utile de critiquer comme « pré académique » la position de ceux – parmi lesquels il est possible de reconnaître Bernard Edelman²²⁰³ et Philippe Gaudrat²²⁰⁴ – qui, affirmant que l'art est davantage forme que pensée, ramèneraient la peinture au rang d'un « savoir-faire mystique » :

« Certains ouvrages actuels de droit d'auteur expliquent, au nom de la liberté des idées, que l'art plastique n'est pas pensée mais forme, ce qui ramène la peinture au rang d'un savoir-faire mystique, l'originalité, critère de protection, passant par la main sans passer par l'esprit... Ce type de position préacadémique ravale l'artiste au rang d'artisan et produit des développements doctrinaux assez inquiétants »²²⁰⁵.

C'est aller assez vite en besogne, et oublier les spécificités du processus créatif²²⁰⁶, en particulier toute la dimension kinesthésique de l'art²²⁰⁷. C'est également confondre l'art, l'artisanat et la pratique industrielle²²⁰⁸. Une telle approche²²⁰⁹ trahit de plus une profonde méconnaissance de la démarche de Leon Battista Alberti et des membres de l'Académie romaine (Academia Princeps), puis de l'Académie florentine au XV^e siècle, beaucoup plus ambitieuse pour l'art et beaucoup moins dogmatique que celle de l'Académie française des beaux-arts fondée au XVII^e siècle. Cette dernière, profondément soumise au programme idéologique du pouvoir royal en place, a montré à quel point elle fut peu encline à reconnaître l'autonomie de l'art et à le libérer de la censure politique ou religieuse. La position rationaliste d'Agnès Tricoire limite l'intelligence à la pensée conceptuelle, ce qui est extrêmement fâcheux en plus d'être fort réducteur – tout particulièrement en matière artistique ; elle confond la main technique (maîtrisée) avec la main intuitive (qui échappe au contrôle), mélange sans

²²⁰¹ Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 100.

²²⁰² Voir ci-dessus, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « La protection des biens immatériels sous l'angle de la propriété », pp. 234 ss.

²²⁰³ Bernard EDELMAN, *La Propriété littéraire et artistique*, op. cit.

²²⁰⁴ Philippe GAUDRAT, *Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit* [a], dans *Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, Paris 1995, pp. 195-219, p. 195, cité par Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 113, note 6.

²²⁰⁵ Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 113.

²²⁰⁶ Voir ci-dessus, chap. « L'art comme catalyseur de l'auteur », pp. 538 ss.

²²⁰⁷ Voir ci-dessus, chap. « Implication physique de l'auteur: la "toile-peau" », pp. 551 ss, p. 552.

²²⁰⁸ Voir ci-dessus, chap. « Art et artisanat : l'art est-il une technique ? », pp. 596 ss.

²²⁰⁹ Cf. Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 113, note 5.

s'en expliquer artisanat et spiritualité et, de séparer ainsi idées et savoir-faire comme le prône l'AC, ne peut que réduire l'art soit à un discours – ce qui est fort étonnant pour quelqu'un qui se propose de distinguer liberté de création et liberté d'expression –, soit à une pratique sans intelligence, donc inintelligible. Cette approche, qui oppose les contraires apparents, relève de la logique du tiers exclus et refuse la lecture intégrative proposée par la logique du Tiers Inclus, où la technique se trouve prise en charge par l'auteur sans qu'il s'y focalise et le laisse réceptif à l'intuition qui l'habite. Évoquant la notion de message, à laquelle elle oppose la réalité de l'œuvre pour mieux montrer en quoi l'œuvre n'a pas à être soumise aux limites imposées par le droit à la liberté d'expression, Agnès Tricoire affirme pourtant :

« Considérer l'œuvre comme un message, c'est tenir une position relativiste qui dénie à l'œuvre sa spécificité. Si l'œuvre n'est que le vecteur d'une idée, que celle-ci soit religieuse ou progressiste, alors elle n'est pas une œuvre, mais un discours. »²²¹⁰

On peine dès lors à comprendre en quoi l'avocate voit dans les productions de l'art conceptuel ou dans les « *ready-mades* » autre chose que des discours. Un peu plus loin, elle associe la nature spécifique de l'œuvre à sa nature polysémique :

« D'une certaine façon, plus l'œuvre est un message, moins elle est œuvre, ou, en tout cas, si elle n'est qu'un message, alors les écarts et la distance, le jeu proposé par l'œuvre, tout cela disparaît au profit de l'univocité. »²²¹¹

Il vaut donc la peine de s'interroger sur la notion de polysémie, et sur celle du « jeu » à laquelle Agnès Tricoire la relie.

□ *Nature polysémique de l'œuvre*

Tout discours, tout texte, même s'il vise un sens univoque, ouvre sur une pluralité d'interprétations : cette nécessité de recourir à l'interprétation pour comprendre le discours d'autrui explique la difficulté relationnelle fondamentale à laquelle les humains sont constamment confrontés. Socrate n'invitait-il pas déjà ses interlocuteurs à définir les principaux concepts de leur discours avant d'entamer un échange de vues avec eux ? Il n'empêche que le discours vise l'expression d'une idée, et engage de ce fait la responsabilité de son auteur. Où se situe donc la polysémie propre à l'œuvre artistique ? Agnès Tricoire parle d'une « polysémie ontologique »²²¹² de l'œuvre, dans la mesure où sa forme est *indissociable du fond* :

« C'est bien le propre de l'œuvre que de se proposer à l'interprétation, précisément parce que la forme est indissociable du fond, et que c'est cette association qui crée la polysémie. »²²¹³

L'avocate a pris soin de préciser ce qu'elle entend par là :

²²¹⁰ *Ibid.*, p. 120.

²²¹¹ *Ibid.*, p. 148 ; c'est moi qui souligne.

²²¹² *Ibid.*, p. 107.

²²¹³ *Ibid.*, p. 121.

« chaque œuvre crée un monde, un espace autonome dans lequel l'idée est indissociable de la forme dans laquelle elle est exprimée. »²²¹⁴

La polysémie de l'œuvre ne relève donc pas seulement de la notion de jeu, de l'espace intermédiaire que Donald Woods Winnicott a évoqué dans son travail, mais aussi de l'association intime du *sens* d'un texte et de son *contexte* littéraire telle que John Rodgers Searle l'a exposée, et que j'aborderai au cours du chapitre suivant²²¹⁵. À ce stade, nous pouvons déjà inférer que la polysémie propre à l'œuvre d'art concerne un *niveau de réalité supérieur*, où, par nature, les contraires irréductibles du niveau inférieur se résolvent. Tel n'est pas le cas de toutes les polysémies. Lorsque l'élaboration formelle d'une œuvre est particulièrement pauvre²²¹⁶, ses exégèses – quoique cohérentes dans leur développement interne – ne trouvent plus à s'appuyer sur ses qualités propres. Elles se mettent à proliférer « pratiquement à vide »²²¹⁷ ; l'interprétation est laissée à ce point libre en raison du caractère minimaliste de l'œuvre commentée qu'elle en devient « gratuite et lâche »²²¹⁸, ce qu'elle énonce pouvant tout aussi bien convenir à de nombreuses autres productions : Jean-Philippe Domecq, avec son sens de la formule, parle de « prêt-à-raisonner sans image »²²¹⁹. Dire par exemple de *Die* de Tony Smith [1962], un cube de métal noir et lisse de 183 centimètres de côté, qu'il « nous inquiète aussi à travers l'indécision qui s'y joue perpétuellement d'une verticalité et d'une horizontalité »²²²⁰ illustre bien à quel point « on peut tout dire devant presque rien »²²²¹. Cette lâcheté des rapports entre œuvres et commentaires, qui ouvre à des interprétations paradoxales auto-surmontées que Jean-Philippe Domecq compare à une « logique du délire »²²²² ne constitue en aucun cas, on le voit bien, une « polysémie ontologique ».

En somme, il existe deux formes de polysémies. La première s'ancre dans le processus créatif lui-même, s'origine dans la plongée dans l'indifférencié et procède d'une identité entre la forme et le fond ; la seconde se limite à la multiplicité des regards possibles sur l'œuvre sans que ceux-ci s'appuient sur ses points concrets – autrement dit sur la multiplicité des interprétations possibles due à l'absence de tout ancrage possible dans la production présentée. Nous retrouvons le débat relatif à la construction

²²¹⁴ *Ibid.*, p. 120.

²²¹⁵ Voir ci-dessous, chap. « Toute représentation n'est pas fiction », pp. 610 ss.

²²¹⁶ Je pense en particulier au « *minimal art* » ; le fait que l'art minimaliste recherche une telle pauvreté formelle n'y change rien.

²²¹⁷ Jean-Philippe DOMEQ, *Misère de l'art*, op. cit., p. 153.

²²¹⁸ *Ibid.*, p. 148.

²²¹⁹ *Ibid.*, p. 156.

²²²⁰ Georges DIDI-HUBERMAN, *Ce que nous voyons, ce qui nous regarde*, Minuit, Paris 1992, p. 94, cité par Jean-Philippe DOMEQ, *Misère de l'art*, op. cit., p. 145.

²²²¹ Jean-Philippe DOMEQ, *Misère de l'art*, op. cit., p. 83.

²²²² *Ibid.*, p. 153.

de soi originée dans la *source de l'intime* ou opérée par le regard d'un autre, lorsque ce regard n'invite pas l'intime du vis-à-vis à se déployer mais se révèle pure projection.

Afin de mieux prendre la mesure de « l'ontologique polysémie » fondée sur l'identité de la forme et du fond propre à toute œuvre d'art, il nous faut à présent considérer les thèses de John Rodgers Searle sur la fiction.

□ *Toute représentation n'est pas fiction*

Si la notion de *fiction* peut servir à fonder le champ de l'art, c'est parce qu'elle est distincte de celle de *représentation*²²²³. Nous allons voir en quoi la notion de fiction peut aider à délimiter le champ des œuvres artistiques et littéraires, qui s'impose comme « noyau dur » du champ de protection, alors que la notion de représentation s'avère inadéquate, puisqu'elle excède le champ des *œuvres de l'esprit*, et donc le périmètre des œuvres protégées²²²⁴. Pour Paul Ricœur par exemple, à la suite de Michel de Certeau²²²⁵, tout récit historique emporte une part « subjective » de représentation dans la mesure où l'Histoire ne nous livre du passé que des documents, des repères ponctuels que le récit même le plus *sérieux* tente de relier afin de leur redonner vie²²²⁶. De même, les documentaires ne sont « ni fiction ni récit objectif »²²²⁷.

Nous avons vu que l'art n'est pas discours, dès lors que son message doit se lire « entre les lignes ». John Rodgers Searle arrive à la même conclusion avec son concept « d'arrière-plan » :

« Presque toutes les œuvres de fiction marquantes transmettent un "message" ou des "messages" qui sont transmis par le texte, mais ne sont pas dans le texte »²²²⁸.

La manière dont le philosophe américain parvient à cette conclusion ne manque pas d'intérêt. Dans son questionnement sur les modalités de la conscience, John Rodgers Searle, disqualifiant le scepticisme cartésien comme réflexif – la tâche première de la philosophie n'étant pas de fonder la possibilité de connaître –, part de l'intentionnalité de la connaissance, qu'il pose comme un fait acquis. Il critique au passage la modélisation informatique de la conscience humaine qu'effectuent les « sciences cognitives », les ordinateurs ne faisant qu'exécuter des processus sans saisir le sens des

²²²³ À propos de la distinction entre représentation et fiction, voir notamment Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 157.

²²²⁴ On obtient donc, par périmètre de compréhension croissant, la liste suivante : œuvres de fiction, œuvres de l'esprit et représentations.

²²²⁵ Michel de CERTEAU, *Écriture de l'Histoire*, Gallimard, Paris 1973 ; je tiens à remercier Jean-François Malherbe pour cette information quant aux sources de Paul Ricoeur.

²²²⁶ Michaël FESSEL, Fabien LAMOUCHE (textes choisis et présentés par –), *Paul Ricœur – Anthologie*, Seuil, coll. Points Essais, Paris 2007 ; Fabien Lamouche, présentation de *Temps et récit* [3 vol., 1983-1985], p. 143.

²²²⁷ Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 173.

²²²⁸ John Rodgers SEARLE, *Sens et expression – Études de théorie des actes du langage*, Minuit, coll. Le sens commun, Paris 1992 [1979], p. 118, cité par Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 164.

données qu'ils traitent. D'où vient donc la signification ? Pour John Rodgers Searle, « L'esprit est une entité qui établit les conditions qu'un objet doit satisfaire pour que telle chose soit de l'eau ou telle autre une montre » ; de la même manière, « les conditions de satisfaction déterminent le rapport entre une expression linguistique et le monde » et posent l'*arrière-plan* qui détermine la signification d'un texte²²²⁹ ; en d'autres termes, les mots et les phrases ne permettent pas à eux seuls d'établir leur interprétation, si bien que le sens littéral est secondaire par rapport au sens que le locuteur entend donner à sa déclaration (John Rogers Searle parlerait de « dénoté »), et qui n'est pas apparent dans le texte lui-même. Cet « arrière-plan », qui contient les conditions de signification du message, varie de surcroît d'un individu à l'autre, faisant appel à l'expérience du sujet plutôt qu'à des causes extérieures.

Agnès Tricoire conclut avec raison de tout ceci que *le discours de fiction doit être compris en tant que tel dans son ensemble*, pour autant que les conventions de lecture conclues entre l'auteur et ses lecteurs permettent de le considérer comme tel. L'interprétation d'une représentation – qu'elle soit de *fiction* ou *non-fiction* (d'aucuns diraient « sérieuse ») – tenant à son contexte, celui-ci est-il limité au message littéral (texte, image) assorti des conventions de réception passées entre l'auteur et son public, comme le prétend Agnès Tricoire à la suite de John Rodgers Searle²²³⁰ ? Cela n'est pas certain. Deux considérations doivent nuancer cette position.

La première porte sur la *position* de l'auteur, qui, elle aussi, permet d'interpréter l'œuvre. Il ne s'agit pas ici de ne considérer la seule capacité de l'auteur à « rapporter la preuve de la vérité de son discours »²²³¹, mais plutôt – de manière moins restrictive et pour reprendre l'expression de Jean-Yves Leloup – le *lieu* d'où parle l'auteur²²³². John Rodgers Searle évoque une phrase que Léon Tolstoï a écrite au début de son roman *La Guerre et la Paix*²²³³. Alors qu'il prétend à tort qu'il conviendrait de l'attribuer à l'*auteur* plutôt qu'au *narrateur*, engageant ainsi sa responsabilité, Agnès Tricoire s'en offusque avec raison. Elle fonde cependant sa critique sur l'affirmation que le contexte romanesque doit prévaloir sur les phrases apparemment *sérieuses* que le roman contiendrait, en ce qu'elles peuvent tout aussi bien avoir pour but, par leur sérieux apparent, de renforcer la fiction elle-même. Il est vrai qu'il serait périlleux de prétendre pouvoir distinguer au sein d'un texte reconnu comme fictionnel certaines phrases censées refléter la pensée personnelle de l'auteur et qui, de ce fait,

²²²⁹ John Rodgers SEARLE, *Langage, conscience, rationalité : une philosophie naturelle – Entretien avec John Searle*, www.socrates.berkeley.edu/~jsearle/ledebat.pdf, pp. 5-6.

²²³⁰ Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 165.

²²³¹ *Ibid.*, p. 161.

²²³² Expression citée par Mélik NGEDAR, *D'où nous viennent nos idées ?* [a], http://www.nouvellescles.com/article.php3?id_article=1770 ; voir note 2564, p. 696.

²²³³ « Les familles heureuses sont toujours heureuses de la même façon, quand les familles malheureuses le sont chacune à sa façon », citée par Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 163.

l'engageraient juridiquement²²³⁴. Néanmoins, s'il est vrai que dans le discours de fiction l'auteur n'entend le plus souvent que défendre la *vraisemblance* de son discours, ou encore faire passer un message *transmis par le texte* sans l'y placer pour autant *dans le texte*²²³⁵, il est des phrases qu'il écrit avec la conviction qu'elles sont *vraies*, qu'elles dévoilent la structure la plus secrète du monde, sans pour autant prétendre pouvoir – ou même vouloir – prouver la vérité de ses assertions comme le ferait un journaliste, ni défendre une position individuelle. Un roman peut être beaucoup plus qu'un simple *passe-temps*. Il faut parfois y voir un discours *sérieux*, mais d'un *sérieux* qui ne relève pas pour autant de la censure ou de la responsabilité civile de l'auteur. Il met alors en œuvre une liberté plus profonde encore que la liberté de création, qui peut toutefois, par souci de simplification, s'y assimiler juridiquement. Ainsi sait-on que John Ronald Reuel Tolkien a cherché, dans *Le Seigneur des Anneaux*, à rendre hommage aux *petits*, ceux que l'on ne pense pas à voir ou à remercier, mais qui, par leur opiniâtreté, décident souvent du sort collectif : en l'occurrence, Tolkien pensait au personnel au sol de la Royal Air Force durant la Seconde guerre mondiale, ignoré des pilotes alors que son dévouement sans retenue et sa rigueur leur sauvait bien souvent la vie. Les Hobbits symbolisent ces laissés-pour-compte, tout en donnant à cet hommage sa dimension universelle. Mais si cet hommage est *transmis dans le texte*, sans apparaître expressément, de nombreuses phrases de sagesse proférées par les personnages du *Seigneur des Anneaux* peuvent donner une idée de la pensée de l'auteur. Ainsi de celle qu'exprime Gandalf lorsque Frodon suggère que Gollum mériterait la mort :

« – La mérite ! Je crois bien. Nombreux sont ceux qui vivent et qui méritent la mort. Et certains qui meurent méritent la vie. Pouvez-vous la leur donner ? Alors, ne soyez pas trop prompt à dispenser la mort en jugement. Car même les très sages ne peuvent voir toutes les fins. »²²³⁶

Certes, rien ne prouve formellement que ce soit Tolkien plutôt que Gandalf qui trouve à s'exprimer ici. Mais gageons qu'un partisan de la peine de mort aurait eu beaucoup de peine à trouver des mots si justes pour défendre la thèse du magicien. Il serait toutefois insensé de soumettre un tel texte au jugement des censeurs, avant tout parce que l'œuvre exprime ici un point de vue qui dépasse l'auteur, celui, pour faire court, de son *soi*. L'homme Tolkien aurait peut-être pu, débordé, souhaiter la mort du bourreau d'un de ses proches. Qui peut savoir ? Mais c'est aussi en un sens plus profond la vérité profonde de Tolkien qu'exprime ici Gandalf. Sur le plan juridique, une telle thèse ne doit toutefois pas conduire à soumettre l'interprétation de l'œuvre à l'intention prêtée à l'auteur, ce qui serait fort critiquable. Bien que le lieu du *soi* n'ait jamais été pris en compte par le droit, il n'est assurément pas celui, immédiat, qui entraîne la

²²³⁴ Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 165.

²²³⁵ Distinction opérée par John Rodgers SEARLE, *Sens et expression*, op. cit., p. 118, cité par Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 164.

²²³⁶ John Ronald Reuel TOLKIEN, *Le Seigneur des Anneaux*, conte fantastique, coll. Presse Pocket, Christian Bourgois, Paris 1986 [1966], vol. 1 *La Communauté de l'anneau*, chap. 2, *L'ombre du passé*, p. 88.

responsabilité juridique de l'écrivain. Rien n'empêche au demeurant de considérer le lieu d'où s'exprime l'auteur comme un élément du pacte de fiction liant l'auteur à son public, mais il est essentiel de le préciser afin d'éviter que la priorité donnée au *contexte* ou au *pacte de fiction* en tant que clef d'interprétation vienne à faire oublier la *vérité* de l'œuvre, son sens le plus profond pour celui qui la crée.

Quoi qu'il en soit, la signification de l'œuvre de fiction se situe ailleurs que dans son sens littéral. Elle ne tient pas seulement à sa cohérence interne, sa *vraisemblance*, bien que celle-ci y participe. Une autre manière de considérer le *lieu* où se tient l'auteur peut consister à souligner que la puissance de l'œuvre tient à la vérité de son message *pour le lecteur*, vérité reçue avec d'autant plus d'ouverture de sa part qu'elle ne cherche pas à le convaincre : contrairement au discours documentaire ou argumentatif, l'art n'a pas à *prouver* sa propre cohérence, mais à la *proposer* à l'expérience du public, car il est avant tout, précisément, *expérience*. L'écrivain ressemble à cet ami qui se confie : qui aurait l'idée de l'interrompre alors même qu'il se livre ? La vérité de l'art tient aussi à ce qu'il propose au spectateur une clef de lecture de sa propre histoire, grâce au recul – mieux : à la hauteur – qu'il lui permet de prendre avec elle. Cette liberté fait pendant à celle du processus créatif, lorsqu'il aboutit à une vérité de l'œuvre dépassant les *a priori* et les contradictions qui habitent l'auteur. En d'autres termes, l'œuvre est vraie au yeux du public dans la mesure où elle « lui parle », et elle « lui parle » dans la mesure où elle le libère des impasses de sa vie quotidienne. La *liberté* propre au processus créatif se retrouve ainsi dans la réception de l'œuvre, qui laisse le public libre de l'accueillir comme il le désire et le rencontre à l'endroit même où il est rendu dans sa vie. Du reste, les théories actuelles de la fiction ne la limitent pas à une simple substitution des choses par les signes : elles insistent au contraire sur le rôle du libre consentement du public et sur l'implication de son imagination pour assurer sa force – d'où la notion de *pacte*²²³⁷.

La seconde considération qui vient relativiser l'exclusivité accordée au contexte dans l'interprétation de l'œuvre concerne la nature du *médium d'expression*, autrement dit le *genre d'expression*. Le genre d'expression désigne les différentes catégories des beaux-arts²²³⁸ – telles que peinture, sculpture, architecture – auxquelles on peut inclure de nos jours les nouvelles techniques d'expression telles que photographie, vidéo, cinéma... Les genres d'expression peuvent conditionner en effet en tant que tels la réception par le public des œuvres qu'ils génèrent, en amont même du contexte de réception de l'œuvre. Ainsi, le caractère *mécanique* de la reproduction photographique conditionne les vecteurs que sont la photographie et le cinéma à être interprétés *par défaut* comme *réalistes*, alors que le texte le plus documentaire ne donne à *voir* au lecteur qu'à travers son imagination. L'image s'impose à la conscience là où le texte propose. Même à l'ère du numérique où plus personne n'ignore l'existence des images

²²³⁷ Alexandre GEFEN (textes choisis et présentés par –), *La Mimésis*, Flammarion, coll. GF-Corpus, Paris 2002, p. 39.

²²³⁸ Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 282, note 4.

de synthèse, le réalisme photographique emporte toujours une force de conviction avec laquelle rivalise difficilement la peinture. Je précise qu'il ne s'agit pas ici d'évaluer la photographie, et, de manière générale, les images sous l'angle de la pensée « symbolique », à l'aune d'un ordre logico-langagier en vertu duquel la photographie apparaîtrait « inférieure » à la peinture et l'image inférieure au texte²²³⁹, mais de considérer la nature du processus d'élaboration des productions (photographies, tableaux, romans...) plutôt que leur réception possible en fonction de l'organisation psychique de chacun²²⁴⁰. Nous avons rattaché le caractère univoque – autrement dit *contraignant* – de l'adhésion du public au discours documentaire ou argumentatif, là où l'art se contentait de lui *proposer* sa vision. C'est ainsi à tort qu'Agnès Tricoire raille les positions prises par Blandine Kriegel dans son rapport de 2002, *La Violence à la télévision*, lorsque cette dernière évoque la puissance particulière de l'image²²⁴¹ : contrairement à ce que prétend l'avocate, sa prise de position ne relève pas tant d'une « ignorance des mécanismes fictionnels »²²⁴² que d'une prise en compte de la physiologie et de la psychologie de la perception, ainsi que de la dimension psychanalytique de l'image qu'il serait fâcheux d'ignorer. Dans son ouvrage *Psychanalyse de l'image*, Serge Tisseron note par exemple :

« Entrer dans une image et la transformer en pensée sont une seule et même chose, et c'est la condition de l'efficacité de l'image. »²²⁴³

Le psychanalyste s'en explique plus loin, parmi ses conclusions :

« [La] capacité de représentation de toute image [...] n'est qu'un aspect de ses pouvoirs. [...] Toute image se donne comme un lieu à habiter qui nous accueille toujours plus au fur et à mesure que nous y pénétrons. [...] Pour avoir une idée du pouvoir des images de nous accueillir en elles, il suffit d'évoquer la sensation extraordinaire qu'un petit écran de 14 pouces donne à un joueur d'être *réellement* dans l'univers d'un *video-game*. »²²⁴⁴

Encore cette approche ne rend-elle pas compte de la force de conviction qu'emporte toute image – *a fortiori* photographique – pour des raisons physiologiques : est-il nécessaire de rappeler que le *nerf* optique n'est *pas* un nerf, mais fait partie du cerveau, autrement dit que l'œil est le seul organe sensoriel qui soit *directement* connecté à ce dernier ? Il faut être sévèrement conditionné pour voir une *fiction* dans la vidéo d'Elke Krystufek présentée lors de l'exposition « Présumés innocents – L'art contemporain et l'enfance » qui eut lieu de juin à octobre 2000 au CAPC, le musée d'art contemporain de Bordeaux, où cette dernière s'est filmée se masturbant à l'aide d'un concombre

²²³⁹ Serge TISSERON, *Psychanalyse de l'image – Des premiers traits au virtuel*, Arthème Fayard, coll. Pluriel, Paris 2010 [1995], p. 22.

²²⁴⁰ *Ibid.*, p. 263.

²²⁴¹ Blandine KRIEGL, *La Violence à la télévision* [r], novembre 2002, rapport au ministre de la Culture et de la Communication, <http://www.ladocumentation-francaise.fr/var/storage/rapports-publics/024000584/0000.pdf>.

²²⁴² Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., pp. 68-69.

²²⁴³ Serge TISSERON, *Psychanalyse de l'image*, op. cit., p. 12.

²²⁴⁴ *Ibid.*, p. 270 ; c'est l'auteur qui souligne.

avant de se coudre le sexe²²⁴⁵. Une telle lecture suppose que les conventions d'interprétation attachées au lieu d'exposition l'emportent à elles seules sur le gage d'objectivité attaché au procédé photographique. Car, jusqu'à preuve du contraire, c'est bien Elke Krystufek qui nous impose la vision d'un acte d'auto-mutilation qu'elle a *réellement* perpétré sur elle-même et documenté, puisque l'acte ne semble pas simulé. Où voir une fiction là-dedans ? Comment pouvoir comparer, comme le fait pourtant Agnès Tricoire, cette scène somme toute plutôt sordide au tableau d'Eugène Delacroix, *La Mort de Sardanapale* ?²²⁴⁶ C'est de ne pas prendre en compte le genre d'expression qui fait affirmer à la Cour Suprême des États-Unis que s'il fallait interdire les jeux vidéo violents, il faudrait également mettre *Blanche Neige*, *Cendrillon*, ainsi que *Hansel et Gretel* à l'index, tant les scènes que contiennent ces contes lui semblaient relever du même type de violence :

« ainsi qu'elle le mérite pour avoir tenté d'empoisonner Blanche-Neige, la méchante reine est contrainte de danser dans des souliers rougis sur des charbons ardents jusqu'à ce qu'elle s'effondre raide morte sur le sol, triste exemple de l'envie et de la jalousie ; les yeux des demi-sœurs de Cendrillon sont arrachés par des pigeons ; Hansel et Gretel tuent leur ravisseuse en la faisant cuire au four »²²⁴⁷.

Or ces contes traditionnels recueillis par Jacob et Wilhelm Grimm semblent certes violents, mais ils ne donnent à voir à l'enfant que ce que son imagination lui propose, là où les images des films qui les illustreraient crûment *s'imposeraient* à lui par leur réalisme sans passer par son imaginaire²²⁴⁸. Cette décision de la Cour Suprême s'avère ainsi proprement inepte non seulement en tant qu'elle confond idées et fiction ou qu'elle ignore la dimension symbolique des contes et le rôle que l'imaginaire y joue, mais aussi dans la mesure où elle fait fi des fondements de la physiologie de la vision. Que l'on ne vienne pas non plus prétendre que le public est conscient du caractère fictif des productions de l'industrie cinématographique, car là n'est pas le propos : il suffit pour s'en convaincre de se rappeler des malheurs de Glenn Close se faisant huer dans la rue par les passants après avoir campé le personnage d'Alex Forest, la psychopathe du film d'Adrian Lynn *Liaison fatale* (*Fatal Attraction* – 1987). Le succès des acteurs phares actuels tient à leur puissance d'identification auprès du public qu'il serait difficile d'ignorer, et qui tient indéniablement au caractère réaliste et « miroir » de la reproduction photographique.

Dans le domaine de la photographie, le caractère mécanique de la reproduction du motif par l'appareil fait que cette technique tient davantage d'une *mise en scène* de la

²²⁴⁵ Aude DE KERROS, *L'Art caché*, op. cit., p. 115.

²²⁴⁶ Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 61.

²²⁴⁷ Cour Suprême des États-Unis, décision du 27 juin 2011, Brown, Gouverneur de Californie et al. c/ Entertainment Merchants Association et al., p. 8 ; <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/08-1448.pdf>.

²²⁴⁸ Notons que la lecture du conte pourra ainsi effrayer un enfant qui aurait eu accès à des images de massacres réalistes auxquelles il pourrait avoir eu accès à travers l'Internet – fait plus fréquent que les parents ne le pensent (Maria-Grazia VILONA VERNIORY, Jean-François MALHERBE, *Transmuter la violence en milieu scolaire*, op. cit., p. xxx). Mais dans ce cas, est-ce l'auteur du conte qui doit en être blâmé ?

réalité que d'une *fiction*, d'où sa nature essentiellement *documentaire*, voire simplement *interprétative*, soit *en-deçà* de la représentation ; toute représentation n'est pas fiction, si bien que la représentation qui est la sienne n'est pas symbolique *en soi*. Il n'est même pas certain qu'il s'agisse d'une représentation : pour cela, la transposition devrait être le fait de l'homme, le fruit d'une certaine *intériorisation*, et non pas s'opérer *mécaniquement*. Ainsi tout tableau figuratif, fût-il de tendance hyperréaliste, est représentation, parce que chacun de ses éléments, jusqu'à ses moindres détails, a été voulu et pensé comme tel. Mais la représentation ne vient à la photographie que par ce qui dépasse sa dimension mécanique et son caractère *figé*, pour ne pas dire *fossile*.

Un dernier élément complète le contexte dans lequel s'inscrit l'œuvre et qui détermine le pacte de fiction que l'auteur passe avec le public à propos de son œuvre. Les références à des personnages ayant réellement existé amoindrissent la dimension fictionnelle de l'œuvre, mais ne l'excluent pas lorsque ceux-ci appartiennent à l'Histoire. Nous avons vu avec Michel de Certeau et Paul Ricœur dans quelle mesure tout récit historique emporte sa part de reconstitution imaginaire²²⁴⁹ : l'utilisation d'un personnage de l'Histoire aussi fantasmé que Laurent de Médicis ne peut dès lors pas faire d'un roman un manuel d'Histoire, bien que le recours à un personnage réel ne soit pas imposé par le genre et ne serve qu'à camper le scénario dans une période que chacun croit connaître. Il en est de même lorsqu'un roman d'espionnage met en scène le directeur de la CIA : personne ne songerait à y voir une allusion à celui qui occupait réellement la fonction lors de la publication de l'ouvrage, pour autant que le récit ne reprenne pas son nom – et encore : la fonction en question est si mystérieuse que l'on peut s'interroger. Mais qu'en est-il lorsque le personnage principal d'un roman, non content de reprendre le rôle d'un homme public comme Jean-Marie Le Pen, endosse aussi son nom ? Le cas s'est présenté avec le roman de Mathieu Lindon, intitulé *Le Procès de Jean-Marie Le Pen*²²⁵⁰. C'est certes avec raison qu'Agnès Tricoire critique les motivations de la cour d'appel de Paris ayant conduit à la condamnation du romancier pour diffamation²²⁵¹, que la Cour de cassation²²⁵² et la Cour européenne des droits de l'homme²²⁵³ ont confirmé. Dans cette affaire qui opposait le droit fondamental à ne pas être diffamé à la liberté de création, les instances judiciaires impliquées ont commis des erreurs inacceptables : confusion opérée entre idée du livre et opinion des personnages, examen – nécessairement interprétatif – du point de vue de l'auteur, exigence moralisante et d'un autre siècle d'un débat « modéré » « bienséant »

²²⁴⁹ Voir ci-dessus, p. 610 ; Michaël FÈSSEL, Fabien LAMOUCHE (textes choisis et présentés par –), *Paul Ricœur – Anthologie*, op. cit. ; Fabien Lamouche, présentation de *Le Sens du récit*, p. 143.

²²⁵⁰ Mathieu LINDON, *Le Procès de Jean-Marie Le Pen*, POL, Paris 1998.

²²⁵¹ CA Paris 13.09.2000, Mathieu Lindon et Paul Otchakovsky-Laurens.

²²⁵² Cass Paris, Chambre crim., pourvoi n°00-86106, audience du 27.11.2001 ; <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007601293&fastReqId=382613745&fastPos=1>

²²⁵³ CourEDH, 22.10.2007, Lindon, Otchakovsky et July c/ France, requêtes 21279/02 et 36448/02 ; <http://hudoc.echr.coe.int/web/services/content/pdf/001-82847?TID=hqeygoumhh>.

formulée à propos d'une œuvre de fiction²²⁵⁴. Mais donner à l'un de ses personnages le nom d'un homme public encore vivant en fait-il encore une œuvre de fiction, nonobstant l'indéniable ironie de ton adoptée ? On peut raisonnablement en douter. Quel intérêt pour la fiction y a-t-il à reprendre le nom d'un personnage réel ? L'art, en raison de la nécessaire transcription du réel qui est la sienne, ne peut pas s'inquiéter de lutter contre le Front National, dont l'existence constitue assurément, elle, un détail de l'Histoire ; mais, de manière plus fondamentale, il doit assurément pouvoir dénoncer le racisme et son apologie politique. Manquer de ce recul, c'est accepter de se voir juger dans le cadre de la liberté d'expression et non plus dans celui, plus fort, de la liberté de création, qu'Agnès Tricoire appelle de ses vœux. Il était ainsi possible de créer un personnage chef d'un parti d'extrême droite de la France contemporaine, de l'affubler d'une identité fictive et de renommer son parti – quitte à s'inspirer de faits d'actualité connus de tous – tout en opérant une charge d'autant plus efficace qu'elle laisserait le lecteur à la fois faire le lien avec l'homme politique réel et les membres de sa famille politique, tout en exposant le point de vue intérieur de cette réalité auquel seul l'art peut accéder... Marie Darrieussecq, dans un article qui entendait pourtant défendre la cause de Mathieu Lindon, notait très justement :

« Ça fait un moment que ça dure et que j'écris contre ce regard, mais, aujourd'hui, c'est presque un détail, ce regard porte un nom : Le Pen. Le Pen est une figurine. *Très bientôt, on en aura une autre, et une autre, ici et dans d'autres pays*, de ces figurines gesticulantes et pauvres. »²²⁵⁵

Ce faisant, alors qu'elle s'inscrit dans l'expression de ses propres opinions, Marie Darrieussecq garde la distance de l'écrivain, cette distance qui finalement rend la critique plus incisive, parce que plus fondamentale : Jean-Marie Le Pen n'est qu'un exemple parmi d'autres d'une famille de tribuns populistes qui ont mené l'Europe à l'horreur par le simplisme de leurs vérités excluantes et haineuses. Il s'agit avant tout pour l'artiste de montrer ce qui nourrit ces discours pathétiques et sordides, cette bêtise de l'extrême et sa « banalité ». Picasso a-t-il ressenti le besoin d'inscrire sur son tableau le nom des SS ayant perpétré le massacre de Guernica ? A-t-il eu seulement besoin d'évoquer leur sinistre uniforme pour que l'on se rappelle à la fois les circonstances concrètes de ce drame catalan nourri par tous les drames de l'Histoire ?

□ Fiction et vérité

L'intelligence de l'art semble tenir, on l'a vu, à son rapport à une certaine forme de vérité, qui se distingue de ceux développés par la science. Immanuel Kant est sans doute le premier à s'inquiéter d'assurer à l'Art son autonomie face aux sciences. Il pose ainsi le beau, objet du jugement esthétique, comme échappant à la preuve du vrai, propre aux jugements de la Raison pure. Cela confère à l'art une forme fictionnelle lui permettant de mettre la réalité à distance. Cette distance, à son tour, fonde la liberté de

²²⁵⁴ Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., pp. 237 ss.

²²⁵⁵ Marie DARRIEUSSECQ, *Pour son «Procès de Jean-Marie Le Pen», Mathieu Lindon a été condamné. Parce que les juges exigent que les romanciers apportent des preuves – Le procès du roman [a]*, dans *Libération*, 16.10.1999.

création, à laquelle on devrait du coup reconnaître une protection plus forte que celle accordée par la liberté d'expression²²⁵⁶.

Mais la fiction n'en est pas pour autant étrangère à une certaine vérité, puisqu'elle autorise notamment le mode de connaissance par mimétisme²²⁵⁷. Qu'entendre par là ? Pour prendre l'exemple de *Madame Bovary*, et bien que Gustave Flaubert se soit un jour écrié « Madame Bovary, c'est moi ! », ce dernier nous expose à travers ce roman les drames intérieurs d'une femme ; il ne plaide pas pour autant en faveur de l'adultère. Tout roman propose plusieurs visions possibles du monde, qui opposent les personnages et se conjuguent à un niveau supérieur, celui du roman lui-même et de son scénario. En définitive, ceux qui contestent au romancier le droit de s'arroger la voix du *deus ex machina* ne plaident pas tant en faveur de la mort de l'auteur qu'ils ne nient l'existence d'un niveau de réalité où les contraires apparents des protagonistes puissent se rejoindre et présenter du sens. C'est pourtant à ce type de regard que le roman invite bien souvent, celui des sages qui parviennent à s'extraire de l'immédiateté des apparences pour découvrir à quel point il peut être dangereux et sectaire de vouloir trop vite partager le bon grain de l'ivraie dans le domaine des actions humaines.

On a souvent présenté la voix « omnisciente » du narrateur comme une voix qui se situerait *au-dessus* de la connaissance que les personnages ont chacun de l'ensemble de l'histoire, position *supérieure* que les théoriciens nous présentent aujourd'hui comme artificielle et surfaite. Cette voix marquerait une usurpation de l'auteur maquillant son point de vue subjectif et limité en un point de vue universel autant qu'intemporel. Mais à y regarder de plus près, le niveau de réalité *supérieur* que cette voix – aussi discrète soit-elle – nous invite à rejoindre ne résulte en fin de compte que de la mise en présence des différentes *voix intérieures* des personnages auxquelles le romancier nous donne accès. Cette *polyphonie*²²⁵⁸ nous propose une compréhension plus profonde non seulement des personnages, mais de notre propre existence. Le roman ouvre des portes que nous sommes libres de franchir, et c'est ainsi qu'il est possible d'admettre que le spectateur poursuit la démarche initiée par l'auteur. Le propre de l'œuvre d'art n'est-il pas en définitive d'accéder à une forme de réalité à travers l'*expérience intérieure* qu'elle procure ? Elle nous permet par exemple d'entrer dans le monde intérieur d'Adolf Hitler à la suite de Éric-Emmanuel Schmitt – avec toutes les incertitudes qu'une telle démarche comporte –, autrement dit de comprendre *ce qui l'a fait concrètement* là où l'Histoire en reste à *ce qu'il a fait*, sans justifier ses

²²⁵⁶ Voir ci-dessous, chap. « Fiction et liberté de création », pp. 620 ss.

²²⁵⁷ Voir ci-dessus, p. 577.

²²⁵⁸ Cette remarque ne se limite pas aux seuls romans polyphoniques, autrement dit aux récits racontés par différents narrateurs, le point de vue interne de chaque personnage se confrontant à celui des autres. Deux des romans polyphoniques les plus connus sont *Le Quatuor d'Alexandrie*, de Lawrence Durrell, et *Une Saison blanche et sèche*, d'André Brink.

actes pour autant, bien au contraire²²⁵⁹. *La Part de l'autre* permet de comprendre à la suite d'Hannah Arendt en quoi ce personnage n'est pas un monstre ou le jouet du destin mais un être humain dont les perversions nous menacent tous, en fonction des choix que nous faisons de nous-mêmes²²⁶⁰. En cela, l'art est infiniment plus instructif que l'Histoire, puisqu'il ajoute un effort d'introspection à l'effort de mémoire qui nous est demandé.

Ainsi faut-il très sérieusement replacer dans son contexte l'approche du logicien Gottlob Frege lorsqu'il affirme que « le sens d'un discours de fiction ne renvoie pas nécessairement à une dénotation, il n'est pas un référent du réel », au point d'en conclure que « la valeur art est en contradiction avec la valeur vérité, car elle suscite le plaisir »²²⁶¹. L'art, tout d'abord, n'a pas pour fonction principale de procurer un plaisir esthétique ou la peinture d'agrémenter les murs des maisons bourgeoises. Il n'est pas davantage *contraire* à la valeur vérité, mais complète plutôt dans le domaine de la connaissance l'approche de la science, en ce qu'il vise un autre niveau de réalité qu'elle, plus fondamental – dans le sens de *plus intime*. Le sens de l'œuvre et sa cohérence interne attestent la valeur de vérité qu'elle véhicule. Prétendre le contraire, c'est tout simplement nier qu'il existe plusieurs rationalités²²⁶². En nous faisant découvrir la dimension intérieure de la réalité humaine, l'art atteint une dimension universelle qui n'est pas le fait de sa reproductibilité, mais qui interroge ce qui nous fait semblables, à la racine de notre intime :

« Une œuvre ne soutient-elle pas d'elle-même sa prétention à être une "Œuvre d'art" dans la mesure où la question qu'elle pose ("Qui es-tu ?") retentit effectivement bien au-delà de la culture qui l'a vu naître et de celles auxquelles elle était destinée ?

Le "Guernica" de Picasso n'est pas que le cri du peuple basque mutilé. Il est le cri universel de tous les opprimés »²²⁶³.

Si l'art ne recherche pas la vérité comme la science le fait, il la vise néanmoins à sa manière ; Jean Bédard distingue spontanément douze « signes de vérité » de l'œuvre d'art. J'en retiendrai sept, qui attestent de la capacité de l'œuvre à viser la vérité à travers sa cohérence même :

« la simplicité : plus l'œuvre a besoin d'explications, plus elle a de chance d'être fausse (il ne faut cependant pas confondre la simplicité et la facilité, une œuvre est facile lorsqu'elle est évidente pour une culture donnée) ;

l'irréversibilité : ce que j'ai vu est vu, je ne peux plus voir les choses comme avant ;

²²⁵⁹ Éric-Emmanuel SCHMITT, *La Part de l'autre*, biographie romancée, suivi du journal de *La Part de l'autre*, Albin Michel / Le Livre de poche, Paris 2001.

²²⁶⁰ Hannah ARENDT, *Eichmann à Jérusalem*, op. cit.

²²⁶¹ *Ibid.*, p. 158.

²²⁶² Voir ci-dessus, partie 02 (« De l'épistémologie du droit à la méthodologie transdisciplinaire »), chap. « Science et rationalité : l'exemple de l'économie », pp. 51 ss, et surtout partie 04 (« Dimensions socio-économique du droit d'auteur »), chap. « Une rationalité plurielle », pp. 367 ss.

²²⁶³ Jean-François MALHERBE, *L'Art et sa violence* [a], dans Jean BEDARD, Jean-François MALHERBE, *Telle une œuvre d'art », la vie...*, G.G.C., Sherbrooke (Canada) 2003, pp. 73-77, p. 77.

la densité : le sentiment qu'il y a beaucoup dans très peu d'espace et très peu de temps ;
l'intégration des opposés : lumière et ténèbres, espoir et désespoir, joie et douleur [...] se complètent et font sentir un au-delà du monde des contradictions ;
le pouvoir de transformation : la capacité d'une œuvre à bouleverser, à renverser les préjugés, à reconstruire l'âme [...] non seulement individuellement mais collectivement ;
l'invitation au dépassement : l'impression que l'œuvre ouvre d'autres chemins qui invitent à d'autres aventures ;
le sourire : l'œuvre produit elle-même la conscience de sa propre relativité »²²⁶⁴.

Plusieurs de ces signes invitent à lire l'œuvre comme un phénomène transdisciplinaire, en particulier sa capacité à intégrer les contraires et à inviter à leur dépassement. Le dernier signe énuméré ci-dessus, *le sourire*, m'amène à considérer la *manière* dont l'art vise sa vérité. Celui qui désire coûte que coûte faire passer un *message* à travers une œuvre prend le risque de passer à côté de l'essentiel de la vérité de l'art. Il semble en effet impossible d'atteindre ce type de vérité par la seule volonté, comme si elle ne pouvait l'être qu'à travers le crible du processus créatif, à travers une attitude d'accueil la laissant s'exprimer par elle-même :

« Lorsque la beauté est délivrée de son souci de vérité, l'imagination court. [...] L'art alors s'infiltré, puise, se nourrit, fabrique ses chefs d'œuvre. »²²⁶⁵

Une telle remarque, toutefois, ne s'oppose pas à l'unité du beau, du vrai et du bon perçue par les Grecs, à condition d'admettre que c'est sa part de vérité qui permet à l'œuvre d'art de rejoindre le beau plus que le contraire : l'œuvre ne serait ainsi réellement belle que dans la mesure de la vérité dont elle témoigne, faute de quoi la beauté encourrait le risque de se réduire à la séduction esthétique, autrement dit à la décoration, lesquelles sont tributaires des canons culturels²²⁶⁶. La beauté de l'œuvre d'art, c'est alors sa puissance : nous retrouvons, par une autre voie, l'idée d'une œuvre d'art « plus réelle que la réalité »²²⁶⁷.

□ Fiction et liberté de création

La nature fictionnelle de l'art ne manque pas d'influencer le débat concernant sa censure – du moins le devrait. Membre de l'Observatoire de la liberté de création – une instance fondée par la Ligue des droits de l'Homme –, Agnès Tricoire, dans son *Petit traité de la liberté de création*, défend l'idée que la liberté de création, bien qu'elle s'enracine dans la liberté d'expression, ne doit pas être confondue avec cette dernière et devrait en constituer un champ particulier, parce que l'art, précisément, n'est ni discours, ni message²²⁶⁸. Et c'est sur cette différence fondamentale qu'Agnès Tricoire

²²⁶⁴ Jean BEDARD, *L'Art et la vérité* [a], dans Jean BEDARD, Jean-François MALHERBE, *Telle une « œuvre d'art », la vie...*, G.G.C., Sherbrooke (Canada) 2003, pp. 101-126, pp. 104-106.

²²⁶⁵ *Ibid.*, p. 110.

²²⁶⁶ Jean-François MALHERBE, *Qu'est-ce qu'une œuvre d'art ?* [a], op. cit., pp. 147-148.

²²⁶⁷ Voir ci-dessus, chap. « L'art "plus réel que la réalité" », pp. 576 ss.

²²⁶⁸ Voir ci-dessus, chap. « L'art n'est ni une idée, ni un discours », pp. 606 ss ; Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 17 ; p. 148.

plaide pour une liberté artistique plus grande que la liberté d'expression, en raison de la distance avec la réalité immédiate que sa nature lui accorde. Michel Vivant et Jean-Michel Bruguère estiment important de préciser que la libre circulation des idées ne se réclame pas sans autre précision de la liberté d'expression, mais repose sur la liberté de création, qui lui est rattachée²²⁶⁹. Les concepts sur lesquels toute *expression* cohérente s'appuie engagent la responsabilité de son auteur, et le placent sous le coup des dispositions pénales régissant les atteintes contre l'honneur. Or les implications concrètes des concepts s'apparentent davantage au discours qu'au symbole²²⁷⁰. L'espace de la fiction, lui – précisément parce qu'il suppose une distanciation fondamentale de la réalité courante et que toute société responsable doit assurer un tel espace de « jeu » pour permettre le dialogue et l'expérience de la vie en commun (Immanuel Kant parlerait de *sensus communis*) –, doit être libéré de ce type de contrôle : ne pouvant mettre personne de particulier en cause, et laissant chacun face à ses propres jugements, la critique que propose la fiction ne peut qu'être constructive ou libératoire.

La liberté de la création, contrairement à celle d'expression, n'est pourtant pas reconnue comme telle par le droit, ce qui montre bien à quel point notre société néglige l'importance pourtant essentielle que l'art tient dans notre expérience du monde. L'« expressivité » de l'art n'a rien d'un discours, elle est la formulation d'une part de l'auteur mettant en œuvre son intelligence d'une manière plus fondamentale que la logique et qui correspond à ce que Louis Bouyer a appelé la dimension *mythopoétique* de la pensée²²⁷¹. Or liberté de création et droit d'auteur vont de pair²²⁷², puisqu'on perçoit mal en quoi la protection accordée par le droit d'auteur pourrait profiter à une œuvre dont la divulgation serait par ailleurs interdite au pénal.

L'autonomie de la création et la liberté qui l'accompagne s'opposent toutefois à une autre thèse en vigueur actuellement, qui tend à amoindrir leur portée : celle de l'unité de l'art. La discussion de cette théorie peut aboutir soit à la rejeter, au profit de l'autonomie et de la liberté artistiques ; soit à l'adopter, à leurs dépens ; soit à l'articuler avec la première, pour défendre à la suite de Richard Stallman²²⁷³ et de Mireille Buydens²²⁷⁴ l'idée d'une pluralité de régimes de protection.

²²⁶⁹ Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, op. cit., p. 68.

²²⁷⁰ Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 91.

²²⁷¹ Voir ci-dessous, chap. « L'art comme catalyseur de la réalité », pp. 567 ss.

²²⁷² Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 16.

²²⁷³ Richard M. STALLMAN, *Droit d'auteur et mondialisation à l'âge des réseaux informatiques* [a], op. cit.

²²⁷⁴ Mireille BUYDENS, *La Protection de la quasi-crédation*, Larcier, Bruxelles 1993.

Autonomie ou unité de l'art ?

❑ *L'opposition kantienne*

L'approche kantienne, selon laquelle la recherche du beau authentique est de nature gratuite, semble s'opposer frontalement à la théorie de l'unité de l'art selon laquelle la recherche du beau et celle de l'utile seraient complémentaires, voire *indépendantes*. Cette théorie prétend à un « cumul idéal » du beau et de l'utile²²⁷⁵, là où l'approche kantienne veut que plus il y a d'utile dans une œuvre, moins il y a de beau, de même que plus il y a d'intérêt personnel dans un geste, moins il y a d'éthique. Là où Immanuel Kant parle de *gratuité*, Bernard Edelman propose la notion de *liberté d'exécution* pour distinguer les œuvres susceptibles de protection par le droit d'auteur des autres produits de l'activité humaine ; on ne s'étonnera pas de constater que la notion d'originalité, prise dans le sens d'authenticité, suppose nécessairement une telle liberté. Et cette liberté rend compte des limites de la comparaison : la beauté n'est pas la liberté, si bien que là où, comme Michel Terestchenko le montre en éthique, l'intérêt personnel ne s'oppose pas à l'éthique, l'utile ne s'oppose pas nécessairement au beau mais à la liberté – plus exactement à la liberté d'exécution lors de l'élaboration de l'œuvre. La gratuité de l'art peut alors être posée non comme l'indice d'une occupation déconnectée de la réalité des hommes, mais comme le signe d'une activité qui intéresse le *soi* bien plus que le *moi* et l'immédiateté de ses calculs.

Le débat n'est pas seulement théorique, puisque, on va le voir, la thèse de l'unité de l'art contribue à permettre aux entreprises de capter à leur profit la protection théoriquement accordée aux auteurs. Il importe donc de s'interroger sur les fondements de cette théorie juridique qui a été adoptée par la loi française sur le droit d'auteur de 1902 et se trouve toujours d'actualité. On gardera en mémoire durant ce chapitre qu'un périmètre de protection excessif, loin de profiter aux auteurs, semble les desservir : associée à la théorie de l'unité de l'art, qui plaide en faveur d'un régime de protection unique, toute extension tend à abaisser l'exigence d'originalité de l'ensemble des œuvres et permet aux industriels et investisseurs de revendiquer cette protection aux dépens des auteurs, à titre par exemple d'employeurs, d'instigateurs et organisateurs du processus d'élaboration ou d'investisseurs. De plus, un champ de protection trop étendu peut de nos jours ruiner le principe même de ce droit, ainsi que la différence fondamentale séparant l'esprit du capitalisme de celui des Lumières.

❑ *Les origines de la théorie de l'unité de l'art*

C'est la difficulté éprouvée par le législateur à trouver un critère de distinction objectif entre la *production artistique* à proprement parler et celle des *arts appliqués* qui serait à l'origine de la thèse de l'unité de l'art. Il faut reconnaître que la notion d'arts appliqués – « arts appliqués à l'industrie » en France, « produits de l'art industriel » en

²²⁷⁵ Florence COTTIN-PERREAU, *Le Principe : un cumul idéal* [a], 01.05.2006, http://www.fcp-avocats.com/blog/index_files/principe_cumul_ideal.html.

Allemagne – est elle-même mouvante. Elle regroupe généralement les secteurs du dessin industriel (« *design* ») et de l'artisanat d'art (« arts décoratifs »), et il est courant de situer « l'esthétique industrielle » entre art et industrie dans la mesure où elle regroupe les activités visant à conférer un aspect esthétique aux objets de la vie courante (on retiendra ici la notion d'*aspect*). Plusieurs critères de distinction ont été défendus en France. Trois d'entre eux se démarquent : celui du *mode de reproduction*, proposé par le Conseil d'État français dans son avis du 30 mai 1823, voulait que les productions reproduites mécaniquement fussent protégées par la loi sur les dessins et modèles, le droit d'auteur ne protégeant que les œuvres exécutées à la main ; celui de la *destination de l'œuvre* distinguait les productions effectuées dans un but industriel des œuvres artistiques et littéraires ; celui de la *valeur artistique de l'œuvre* livrait la protection accordée par le droit d'auteur à l'appréciation esthétique des juges²²⁷⁶. Aucun de ces critères ne fut jugé satisfaisant, et la doctrine, comme la jurisprudence, leur reprocha d'être arbitraires et subjectifs : une affiche pouvait par exemple fort bien présenter d'indéniables qualités esthétiques, quelque soit sa finalité. Par ailleurs, le critère du mode de reproduction ne permettait pas de distinguer les œuvres artistiques des objets artisanaux, tous deux étant manufacturés²²⁷⁷.

C'est alors qu'Augustin-Charles Renouard défendit dans son *Traité* de 1838²²⁷⁸ l'idée que « le privilège existe pour les applications industrielles de tout genre, et de la plus chétive importance pourvu toutefois qu'elles soient dues à un travail particulier de l'esprit ». Ses idées furent reprises par le Bâtonnier Eugène Pouillet, qui soutint dans son *Traité* de 1879 qu'il n'existait qu'un seul Art, si bien que tout ouvrage littéraire ou artistique méritait d'être protégé par le droit d'auteur, indépendamment de considérations relatives à son mérite ou à sa destination. Au motif qu'il ne revient pas à la loi de juger les œuvres, la protection du droit d'auteur se trouvait ainsi accordée sans appréciation artistique préalable et la classification des œuvres en fonction de leurs caractéristiques perdait tout sens²²⁷⁹. Toutefois, la thèse de l'unité de l'art, réduisant la condition d'*originalité* à celle de simple *apport intellectuel*, rencontrera la forte réticence des tribunaux : le XIX^e siècle, dans son ensemble, s'opposa à l'idée d'inclure dans le champ du droit d'auteur les productions industrielles, à la protection desquelles une loi spécifique relative aux dessins et modèles avait été votée en 1806 sous la pression des milieux concernés²²⁸⁰. Entre-temps, le législateur crut bon d'y

²²⁷⁶ Hermine-Charlotte FOUCHER, *Le Concept des arts appliqués au travers de sa protection en droit français et allemand* [r] (ci-après : *Le Concept des arts appliqués*), <http://m2bde.u-paris10.fr/content/le-concept-des-arts-appliques-au-travers-de-sa-protection-en-droit-francais-et-allemand-par->, chap. I, « La question de la protection des œuvres androgynes – Les réponses apportées par les législations ».

²²⁷⁷ Hermine-Charlotte FOUCHER, *Le Concept des arts appliqués*, op. cit., introduction.

²²⁷⁸ Augustin-Charles RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les Beaux-arts*, op. cit.

²²⁷⁹ Hermine-Charlotte FOUCHER, *Le Concept des arts appliqués*, op. cit., chap. I, « La question de la protection des œuvres androgynes – Les réponses apportées par les législations ».

²²⁸⁰ Agnès TRICOIRE, *Le Droit d'auteur au service de l'industrie ou la mort de l'autonomie de l'art* [a], op. cit.

ajouter les logiciels et les bases de données, abaissant à chaque fois le critère de l'originalité, et modifiant de ce fait le paysage en profondeur.

L'exclusion de toute prise en compte du genre ou du mérite pour déterminer le champ de protection n'implique toutefois pas nécessairement l'accueil des produits de « l'art industriel ». Qu'en est-il du critère de la destination ? Si par *destination* on entend distinguer, comme on peut parfois le lire²²⁸¹, les œuvres de délassement de celles visant la réflexion par exemple, ce critère s'associe aux deux autres dans le dessein plus général d'interdire les jugements de valeur. Mais il en va tout autrement si l'on entend par destination la fonction *utilitaire* de certaines œuvres²²⁸². Or tel est visiblement le sens qu'Augustin-Charles Renouard et Eugène Pouillet entendaient lui donner et que la doctrine majoritaire lui reconnaît, puisqu'il s'agissait d'étendre la protection aux productions des « arts appliqués »²²⁸³. De même, l'exclusion du *mérite* est plus ambiguë qu'il ne le semble au premier abord : s'il s'agit de ne pas tenir compte de la *qualité* des œuvres ou du génie de leur auteur à l'intérieur d'un genre, nous sommes bien dans un rejet de la censure ; mais si l'on entend par mérite une forme de dignité, celle consistant pour l'œuvre à relever des Beaux Arts, qui rassemblaient les œuvres d'art « pur », alors nous rejoignons le souci d'intégrer les productions utilitaires poursuivi par le critère de la destination.

Les fondements du capitalisme nous révèlent dans quelle mesure l'exclusion des critères du *genre* et du *mérite* n'appelle pas nécessairement celle du critère de la *destination* : les deux premiers modèrent la censure au profit des auteurs là où le troisième favorise les entreprises au risque des auteurs, permettant à « l'art industriel » de bénéficier des droits qui leur avaient été conférés. Sous cet aspect au moins, la théorie de l'unité de l'art semble poursuivre des intérêts contradictoires. Le point est important et mérite qu'on s'y attarde. S'il semble parfaitement opportun de protéger une œuvre indépendamment de son *genre*²²⁸⁴ ou de son *mérite* – sa *valeur* en droit suisse –, ce qui permet d'éviter que les juges ne soumettent l'application de la loi à leur jugement esthétique personnel et ne jouent de ce fait le rôle de censeurs²²⁸⁵, la volonté marquée de ne pas prendre en compte le critère de la *destination* de l'œuvre pour limiter le champ de protection s'avère beaucoup plus discutable, et ne relève pas des mêmes considérations, contrairement à ce que la doctrine tant suisse que française

²²⁸¹ « quelle que soit la destination – ludique, contemplative, décorative... – de l'œuvre, elle mérite protection (Bernard EDELMAN, *La Propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 13).

²²⁸² Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, op. cit., p. 157, n°192.

²²⁸³ *Ibid.*, p. 157, n°192.

²²⁸⁴ Bernard Edelman évoque les « chansonnettes », les romans policiers et les films pornographiques (Bernard EDELMAN, *La Propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 12)

²²⁸⁵ Le beau ne joue aucun rôle dans la protection de l'œuvre ; voir notamment Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 21.

voudrait nous faire accroire²²⁸⁶. Refuser de prendre en compte la destination de l'œuvre, c'est ne considérer que l'œuvre finie au détriment de son processus d'élaboration et de son lien avec l'auteur. Lorsque le Bâtonnier Eugène Pouillet affirme que « la destination plus ou moins utile des objets n'enlève rien au génie qui les a créés »²²⁸⁷, son approche, séduisante à première vue, ignore la distinction essentielle existant entre les processus d'élaboration qui servent le projet initial coûte que coûte et ceux qui laissent la dynamique de création opérer au risque de ce dernier²²⁸⁸. L'exclusion du critère de la destination ignore en fait tout simplement de considérer les conséquences de la poursuite sans fin de la maximisation des profits. Pour la défense d'Eugène Pouillet, les dérives mercantilistes actuelles et l'inclusion dans le champ de protection des logiciels et des bases de données n'ont fait qu'augmenter la portée de l'exclusion du critère de la *destination*, bien que son enjeu industriel ait été indubitablement perçu à l'époque. Alors que la thèse de l'unité de l'art défendue par Eugène Pouillet est traditionnellement opposée à celle de l'autonomie de l'art, on s'aperçoit en y regardant de plus près que cette opposition ne concerne que le critère de la destination, ainsi qu'une interprétation possible du critère du mérite : l'exclusion du *genre*, voire du *mérite*, faisant échec à la censure, ne plaident-elles pas pour l'autonomie de l'art ? En refusant d'évaluer l'œuvre en fonction de ses qualités artistiques, ne vont-elles pas jusqu'à rompre avec l'*efficacité* esthétique nécessairement poursuivie par les « arts appliqués à l'industrie » ? Ne peuvent-elles pas dès lors pas s'entendre comme une prise en compte de la *gratuité* de l'œuvre ?

Cette intrusion de l'industrie dans un domaine aussi attaché à la personne de l'auteur conduira à assimiler l'œuvre à une marchandise ; elle cautionne de surcroît la négligence des industriels qui rechignent à enregistrer leurs productions pour pouvoir bénéficier de la protection des dessins et modèles – Agnès Tricoire parle de « corde de rappel » en faveur de l'industrie²²⁸⁹ –, tout en leur accordant des droits exorbitants pour une activité essentiellement mercantile. À l'inverse, l'exclusion du mérite permet de

²²⁸⁶ Par exemple : « Comme le droit d'auteur est indifférent au mérite, il ne s'arrête pas non plus à la destination de l'œuvre » (François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 47, n°73 ; c'est moi qui souligne). Autre exemple : « le législateur a tenu à formuler dans la loi un principe admis depuis toujours par la théorie générale du droit d'auteur, à savoir qu'une œuvre est protégée, quelle qu'en soit sa valeur sur le plan artistique ou le but qu'elle poursuit. Ainsi, le tableau d'un peintre du dimanche bénéficiera de la protection légale au même titre qu'un chef d'œuvre de Matisse ou de Picasso. » (François PERRET, *La nouvelle loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992* [a], dans SJ 1995 pp. 17-45, p. 20 ; c'est moi qui souligne). D'une part, il est flagrant que l'interdiction de juger *selon la destination* a suscité de très vives réactions de la part de ceux qui y voyaient à juste titre un véritable dévoiement du droit d'auteur ; à ne considérer que le passage en force qu'ont dû opérer les industriels pour la voir intégrée dans la loi, il est étonnant de prétendre que cette règle est admise depuis toujours par la théorie générale du droit d'auteur. D'autre part, d'un exemple portant sur la seule question du mérite, François Perret prétend justifier les deux interdictions (mérite et destination), comme si elles allaient de pair...

²²⁸⁷ Eugène POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, Marchal et Billard, Paris 1908 [1879].

²²⁸⁸ Voir ci-dessous, chap. « L'unité de l'art à l'épreuve du processus créatif », pp. 626 ss.

²²⁸⁹ Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 117.

maintenir une position personnaliste de la protection et de reconnaître un auteur dans tout salarié d'une entreprise, à la condition qu'il ait joui d'une marge de manœuvre suffisamment appréciable dans son intervention pour que l'on puisse encore parler de *création*, autrement dit d'*œuvre* et non de simple *travail*. Au demeurant, les entreprises qui revendiquent la propriété intellectuelle d'office des œuvres de leurs salariés vont à l'encontre des tendances actuelles en matière de valorisation des entreprises de service, qui considèrent que l'essentiel des actifs sociaux réside dans les qualités des collaborateurs, pas dans le portefeuille d'œuvres sous gestion. Je montrerai sous peu en quoi la cohérence aurait dû conduire le législateur à refuser la protection du droit d'auteur – dans l'hypothèse d'une pluralité de régimes de protection, à refuser au moins la protection la plus forte – aux productions dont le projet initial prend le pas sur le processus d'élaboration²²⁹⁰ ; cela revient, comme le propose Bernard Edelman, à réserver la protection aux œuvres dont l'auteur a pu bénéficier d'une *liberté* suffisante d'exécution²²⁹¹, partant, à tenir compte de la destination de l'œuvre dans la mesure où une destination industrielle suppose souvent un processus d'élaboration encadré par un cahier des charges assez strict. Lorsque l'employeur a donné des consignes très précises, a organisé et coordonné de manière approfondie l'activité de ses employés, il semble logique qu'il se voie reconnaître des droits sur le produit de cette activité, mais dans un autre cadre que le droit d'auteur – celui des dessins et modèles par exemple.

Les conséquences de l'unité de l'art sont nombreuses. Avec la conversion du critère d'*originalité* en simple *apport intellectuel*, elle réduit la *création* à un simple *travail*. Elle contribuera également à confondre les critères d'*originalité* et de *nouveauté*, pourtant peu compatibles, comme je le montrerai par la suite²²⁹².

□ *L'unité de l'art à l'épreuve du processus créatif*

Avec Immanuel Kant, le débat théorique traditionnel s'articule autour du *beau* et de l'*utile*, alors qu'il serait sans doute préférable de faire porter la réflexion sur les rapports de l'*artistique* à l'*utilitaire*, puisque toute démarche créatrice authentique est avant tout vécue pour elle-même, autrement dit pour ce qu'elle découvre et construit dans l'intime ; si elle poursuit le beau, c'est indirectement, sous peine de s'avérer « décorative », une manière parmi d'autres d'être utilitaire – entendre ici *rentable* – dans le contexte capitaliste actuel. À ce propos, on aura soin de se rappeler que les œuvres produites par l'industrie débordent actuellement le secteur des « arts appliqués », situé à la frontière de l'artisanat et de l'« esthétique industrielle » : sous l'impulsion des majorats des loisirs, le phénomène de l'industrialisation des processus touche l'ensemble des productions de nature culturelle, ce qui étend d'autant l'enjeu de ce débat.

²²⁹⁰ Voir ci-dessous, chap. « L'unité de l'art à l'épreuve du processus créatif », pp. 626 ss.

²²⁹¹ Voir ci-dessous, chap. « L'Œuvre, objet du droit d'auteur – Une œuvre de l'esprit », pp. 681 ss.

²²⁹² Voir ci-dessous, chap. « Ambiguïté de la notion d'"originalité" – Origines historiques de la confusion », pp. 655 ss.

Ceci posé, il importe d'analyser ce qui distingue essentiellement la pratique artistique et littéraire à proprement parler de l'activité industrielle, fût-elle soucieuse d'esthétique. Il a été longuement montré que le processus créatif au sens fort du terme consistait en une traversée de l'inconnu qui nous habite et du mystère des choses qui nous entourent, et que cette traversée ne pouvait se faire qu'au prix de l'abandon du projet initial ayant motivé la démarche créatrice, ou du moins au prix d'un changement de l'auteur²²⁹³. L'activité de création de type artistique est avant tout expression des *profondeurs* de l'auteur ; fondée sur l'imagination, elle fait la part belle au jeu complexe de l'intériorité en prise aux circonstances, en particulier aux conditions matérielles d'expression – que l'on appelle « système D » dans d'autres contextes. Plus profondément encore, l'art est avant tout plongée dans l'indifférencié du « senti-cru-pensé » des origines, là où toute recherche volontairement esthétisante souligne au contraire la distinction entre le beau et l'utile qui a pu s'opérer au cours de l'Histoire²²⁹⁴. Or la démarche des « créatifs » travaillant pour l'industrie, à l'instar des publicitaires, vise dès le départ un but mercantile, à savoir la réalisation ou la promotion d'un produit prédéfini, et les processus qui l'engendrent se donnent tous les moyens pour l'atteindre. Le propos de ces œuvres porte dès le départ sur une volonté de rentabilisation la plus forte possible des sommes investies dans leur élaboration. Cette rentabilisation passe par une séduction – vite racoleuse, voire brutalement manipulateur – du public le plus large possible. L'investisseur fait du reste dans ce contexte bien souvent aussi office de promoteur. C'est dans ce but de séduction qu'il est fait appel à une esthétique réduite à la fonction d'*habillage* du projet initial – on a aussi parlé de *parure*. Il n'est ainsi pas étonnant que la critique du caractère fonctionnel – autrement dit orienté vers l'utilitaire – des activités industrielles coïncide avec l'acception extensive du terme de « créativité » à laquelle certains milieux professionnels nous ont habitués. Ainsi René Barbier relève-t-il les oppositions existant à ses yeux entre *créativité* et *création* :

« La création est le privilège de l'être humain et n'a rien à voir avec la créativité, ce gadget pour spécialiste du marketing. La créativité est fonctionnelle et s'inscrit dans un régime économique, social et culturel fondé sur la négation du don et la proclamation du "prendre". La création s'appuie sur l'imagination radicale. »²²⁹⁵

Nous sommes bien, avec l'« esthétique industrielle », dans une démarche essentiellement *décorative* – entendre par là : soucieuse de l'apparence, sur un mode de *séduction* – et non de découverte de soi ou du monde, même si le résultat de l'entreprise se traduit par une œuvre belle. Cela souligne à quel point « l'art pour l'art », quelque artificiel qu'il puisse paraître, demeure fort éloigné du « décoratif » visant une séduction utilitaire. Une telle activité ne répond à l'évidence pas à la

²²⁹³ Voir ci-dessus, chap. « L'Art comme catalyseur de l'auteur », pp. 538 ss.

²²⁹⁴ Voir ci-dessus, chap. « Même "traversé", l'auteur demeure actif », pp. 547 ss.

²²⁹⁵ René BARBIER, *Création et transcréation chez l'homme d'aujourd'hui* [a], 20.01.2003, dans *Mémoire du XX^e siècle*, Cahiers 3-4 (mars 2002), *Création et transcréation*, Le Rocher, Paris 2002, pp 111-120.

gratuité attachée à la notion d'autonomie de l'art. Il s'agit en un mot de travaux de *commande*, et l'on a assez critiqué ce modèle en art s'agissant du passé, alors même qu'il n'attendait pas à la liberté essentielle du processus créatif, pour qu'il soit nécessaire d'insister sur ses déviances.

Cherchant à distinguer l'œuvre de ce qui n'en est pas, Agnès Tricoire reprend la très instructive distinction opérée par Rainer Rochlitz à la suite de Walter Benjamin, qui montre bien la différence de réception entraînée par les deux démarches : là où les industriels et ceux qu'ils emploient cherchent à établir une « communication directe » avec le public, comme attendant de lui une réponse immédiate – Bernard Stiegler parlerait de « réponse réflexe » –, l'œuvre d'art attend du spectateur une attitude réflexive et l'invite à l'appréhender dans sa globalité « avant de former son jugement et de réagir à l'ensemble »²²⁹⁶. L'œuvre d'art, toujours, passe par l'intériorité, fait appel au *sujet* et non au consommateur. Ce qui vient d'être dit de l'œuvre d'art peut être me semble-t-il étendu à toute œuvre dont le processus d'élaboration passe par une modification en profondeur du projet initial, y compris aux articles de communication scientifique lorsqu'ils ne se limitent pas à la description d'un simple protocole mais s'attachent à « réfléchir », à mettre en perspective une démarche, en élaborant un texte dont la structure n'est pas définie d'avance.

Il semble dès lors que dans la perspective phénoménologique du processus créatif la thèse de l'unité de l'art ne soit guère pertinente, et que celle de l'autonomie de l'art doive lui être préférée. Le processus créatif demeure en effet primordial dans les domaines où il s'agit davantage de *se découvrir* – dans le sens à la fois d'apprentissage de soi et de divulgation au monde – que ses compétences apprises. Il nous reste à confronter la théorie de l'unité de l'art aux divers principes juridiques qui ont été proposés au cours des dernières décennies pour délimiter le périmètre du droit d'auteur. François Dessemontet, partisan de la théorie de l'unité de l'art à défaut de trouver un critère de distinction trouvant grâce à ses yeux²²⁹⁷, passe en revue dans *Le droit d'auteur* les principaux critères proposés par la doctrine. Après avoir évoqué la réalité de la censure actuelle, je reprendrai à sa suite les thèses invoquées en Suisse, afin de voir ce qu'il faut en penser. Les principales théories françaises, à savoir celle du *mode de reproduction*, celle de la *destination de l'œuvre* et celle de la *valeur artistique de l'œuvre* viennent quant à elles d'être mentionnées²²⁹⁸.

²²⁹⁶ Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 154, citant Rainer ROCHLITZ, *Le Désenchantement de l'art*, Gallimard, Paris 1992.

²²⁹⁷ François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 54, n°80a.

²²⁹⁸ Voir ci-dessus, chap. « Les origines de la théorie de l'unité de l'art », pp. 622 ss.

❑ *Les critères juridiques opposés à la thèse de l'unité de l'art*

➤ **Le paradoxe du cumul de protection**

La théorie de l'unité de l'art apparaît encore aujourd'hui dans le principe voulant que toute œuvre de l'esprit doive être protégée « quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination »²²⁹⁹. Cependant, si le droit français a pleinement adopté la thèse de l'unité de l'art, il n'en est pas de même du droit suisse qui a mitigé sa position, choisissant certes d'admettre le cumul de la protection entre le droit d'auteur et celui des dessins et modèles, mais en réservant celui-ci aux seuls dessins et modèles présentant, au-delà de toute hésitation, une individualité suffisante pour leur permettre de profiter aussi de la protection offerte par le droit d'auteur. La jurisprudence a en effet instauré une *présomption* de banalité à l'encontre des dessins et modèles, si bien qu'au moindre doute ceux-ci se voient refuser la double protection²³⁰⁰. En France, suite à la transposition de la Directive européenne 98/17, dont l'article 17 laissait les pays décider du degré d'originalité requis pour chacune des deux protections, le cumul pur et simple a été abandonné : désormais, les dessins et modèles doivent remplir les conditions d'*originalité* pour bénéficier de la protection au titre du droit d'auteur et de *nouveauté* ainsi que de *caractère propre* pour les dessins et modèles, ce qui les rapproche du système helvétique. Néanmoins, le système conduit au paradoxe dénoncé par José Monteiro, pourtant directeur du département des marques et de la propriété intellectuelle chez L'Oréal, selon lequel « Les créations industrielles et utilitaires sont mieux protégées que les œuvres d'art pur »²³⁰¹.

➤ **La censure des œuvres à caractère violent ou pornographique**

Malgré les apparences, le principe fondamental de l'interdiction de censure faite aux juges (interdiction d'exclusion du champ de protection à l'aune du mérite) n'est pas, dans les faits, respecté par le législateur, puisque le droit suisse – pour ne prendre que son exemple – censure les documents à caractère pornographique ou violent, pour autant qu'ils ne présentent pas « une *valeur* culturelle ou scientifique *digne* de protection »²³⁰² ; cette disposition réintroduit ainsi par la négative l'appréciation des œuvres selon leur mérite, puisqu'on perçoit mal en quoi la protection accordée par le droit d'auteur pourrait profiter à une œuvre dont la divulgation serait par ailleurs interdite au pénal²³⁰³. À l'inverse, le respect de ce même principe n'empêche pas

²²⁹⁹ En droit français : art. L 112-1 CPI. En droit suisse : art. 2 al. 1 LDA, étant précisé que le droit suisse parle de *valeur* et de *destination*, la notion de valeur recoupant celle de mérite.

²³⁰⁰ François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., pp. 48-50, n°75-76 ; voir ATF 68 II 53, 61 ; ATF 113 II 190, 197.

²³⁰¹ José MONTEIRO, *Table ronde sur le cumul de protection*, 16.09.2011, intervention dans le cadre de l'Association des praticiens du droit des marques et des modèles (APRAM), sur le thème « 10 ans d'application du nouveau droit des Dessins & Modèles : bilan et perspectives », université Lyon II, p. 14.

²³⁰² Art. 197 al. 5 CPS (RS 311.0) ; c'est moi qui souligne.

²³⁰³ François Dessemontet admet ainsi : « le droit d'auteur est indifférent au mérite [...], sauf peut-être pour les œuvres contraires aux bonnes mœurs » (François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 47, n°73).

d'analyser la nature spécifique du droit d'auteur en considérant d'une manière privilégiée, parmi les œuvres protégées, les œuvres artistiques et littéraires, afin de comprendre ce qui justifie la protection caractéristique accordée à l'auteur et le bénéfice que la société civile tire d'une telle protection.

➤ **Le critère de la forme**

Le premier des critères de délimitation proposés, celui de la *forme*, veut que la protection soit réservée aux objets dont la forme n'est pas uniquement contrainte par leur fonction. François Dessemontet soulève l'objection que « l'expression [étant] fonction d'un but », l'œuvre n'est pas indépendante de sa forme, puisque la forme de toute œuvre reste tributaire de sa fonction ; il nuance toutefois sa position, invitant à repenser la vision classique d'une *indépendance* de la forme en un *dépassement* de la forme par l'œuvre. Il suffit par ailleurs que la même fonction puisse être remplie à travers plus d'une forme, ce qui est presque toujours le cas, pour qu'une forme ne soit pas exclusivement contrainte par sa fonction : la protection du droit d'auteur serait donc accordée à toute création des arts appliqués ; or la perspective est redoutée des industries suisses en raison du droit moral qui serait ainsi attaché aux modèles industriels. On remarque en passant mais avec intérêt que la thèse de l'unité de l'art, plébiscitée pour des raisons évidentes par les industriels français, fait malgré tout peur aux industriels suisses, qui voudraient bien hériter du monopole fort octroyé par le droit d'auteur sans avoir aucunement à tenir compte du droit moral, jugé trop invasif ! Enfin, souscrire à un tel critère remettrait en question la solution du cumul relatif adoptée par le législateur suisse²³⁰⁴.

Le critère de la forme résiste pourtant à la critique dès lors qu'il est repensé en fonction des caractéristiques du processus créatif, telles que je viens de les rappeler – en particulier la problématique de la nécessaire modification du projet initial, qui va de pair avec la *liberté* du processus d'élaboration telle que défendue par Bernard Edelman. Si le concepteur n'est pas libre du processus d'élaboration, comment peut-il prétendre au statut d'auteur ? Or tel est le cas de certaines élaborations collectives, où l'investisseur gère de manière appuyée l'ensemble du processus de conception et d'élaboration et peut, comme c'est le cas dans les milieux du cinéma aux États-Unis, décider du montage, donc de l'histoire et de sa structure propre. Protéger l'auteur, c'est renforcer les mécanismes permettant de lier la nature particulière du droit d'auteur à la particularité du processus créatif. L'auteur n'apparaîtrait alors plus comme l'élément importun qu'il convient de juguler, mais comme celui par qui advient la protection accordée à l'œuvre, dont peut *indirectement* profiter l'investissement qui la permet. L'activité qui s'inscrit dans un processus dont le but principal est de faire vendre, de rentabiliser l'investissement et même de maximiser le profit, et qui, de surcroît, limite

Agnès Tricoire le souligne de son côté pour ce qui est du droit français (Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. xxx).

²³⁰⁴ François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 48-50, n°75-76.

les libertés d'agir en fonction de ce propos, ne devrait pas bénéficier de la protection du droit d'auteur. Ainsi du travail des dessinateurs industriels, qui porte essentiellement sur l'apparence, avec un but précis. Dans un autre domaine, celui de l'artisan, agrémenter une cuillère en bois de motifs décoratifs participe bien de la même force qui nous pousse à la création artistique, mais les confondre serait réducteur pour l'art. On peut en dire autant du travail des stylistes. Même si quelques artistes ont pu se fourvoyer quant à la démarche artistique au point de la limiter à une fonction décorative, tout autre est l'exigence de l'art. L'art doit avec force revendiquer toute absence d'utilité, même en matière de représentation des valeurs morales de la collectivité ; sa seule « utilité » – qui n'a rien d'utilitariste – relève de l'apprentissage de soi.

Abordé sous cet angle, l'argument s'appuyant sur le fait que plusieurs formes peuvent servir la même fonction ne semble plus pertinent : il suffit que la forme ait été choisie en vertu d'une fonction commandée par le programme initial justifiant la production de l'objet pour conclure au fait qu'il ne s'agit pas d'une *œuvre*, mais d'un *travail*. On remarquera que l'exclusion permise par ce critère frappe bien davantage les objets industriels – fortement conditionnés par les fondamentaux capitalistes – que les arts appliqués au sens le plus général, en particulier les objets artisanaux. Les objets conçus en vue d'un processus de production industriel devraient ainsi être protégés exclusivement par le droit des dessins et modèles et non par le droit d'auteur.

➤ **Le critère de l'usage (ou de l'utilité)**

Le critère de l'*usage* voudrait que l'on tienne compte de l'*utilité* des productions, et que l'on protège en conséquence les œuvres utiles par le biais exclusif de la loi sur les dessins et modèles pour réserver le champ du droit d'auteur aux seules œuvres *inutiles*. Il s'avère fort proche du précédent, dès lors que le critère de la forme établissait déjà un lien entre une forme et une *fonction*, autrement dit une *utilité*. François Dessemontet prétend qu'il n'a jamais été invoqué pour justifier la reconnaissance du droit d'auteur, contrairement au mérite et au soutien des investissements²³⁰⁵. Cela est peut-être vrai si l'on considère les arguments expressément avancés pour justifier la protection ; cela l'est beaucoup moins si l'on considère les prolégomènes du droit d'auteur. Nous retrouvons ici le fameux critère kantien de l'*inutilité* de l'art. Prétendre que l'inutilité de l'art, caractéristique pour Immanuel Kant de la démarche artistique, n'a jamais été invoquée pour justifier la protection accordée aux auteurs revient à nier que le droit d'auteur doit son existence à cette nature particulière de l'art (« la plus sacrée... ») ; la limitation initiale de la protection accordée aux œuvres littéraires et artistiques le prouve du reste assez. L'art – mais aussi le droit d'auteur dans son ensemble – doivent avec force revendiquer toute absence d'utilité, même en matière de représentation des valeurs morales de la collectivité ; sa seule « utilité », qui n'a rien d'utilitariste, relève de l'apprentissage de soi. Ce critère de l'usage tente avant tout de conserver le lien

²³⁰⁵ *Ibid.*, p. 51 n°77.

existant entre la justification de la protection et ses effets, l'inclusion d'objets aussi hétéroclites que les logiciels, les bases de données et les boulons posant d'indéniables problèmes que reconnaît du reste François Dessemontet, pourtant président la troisième commission d'experts chargée de la révision de la loi suisse sur le droit d'auteur²³⁰⁶, laquelle a contribué à étendre le champ de la protection.

Défendre en amont du critère de l'usage celui de la liberté matérielle du processus d'élaboration de l'œuvre ne revient pas nécessairement à limiter la protection aux seules œuvres littéraires et artistiques, comme François Dessemontet le lui reproche, qualifiant cette position d'« inconcevable ». C'est au demeurant l'extension actuelle de la protection qui semble « inconcevable » : accorder la protection à des emballages pour œufs de cailles (!)²³⁰⁷ ne peut raisonnablement pas se recommander d'une incitation à la création ou d'une protection des *auteurs*. Or l'extension critiquable du périmètre des œuvres protégées observé ces dernières années résulte, comme on vient de le voir, d'un abaissement de la condition d'originalité, dont l'une des causes n'est autre que l'interdiction faite de recourir au critère de l'utilité pour refuser la protection. Il s'agit du reste d'envisager d'autres limites au champ de protection, plus large par certains aspects que celui des seules œuvres littéraires et artistiques, mais aussi plus restreint : la protection de toute œuvre du domaine littéraire pris au sens large, autrement dit qui « résulte de la seule intervention d'un langage, quel qu'il soit »²³⁰⁸, semble très discutable. Ni les logiciels, ni les modes d'emploi n'ont ainsi à être protégés par le droit d'auteur, contrairement à ce que la loi a admis fort complaisamment. La vocation du droit d'auteur est-elle vraiment d'assurer un monopole à tout écrit ?

Mais revenons à l'utilité. Agnès Tricoire insiste avec raison sur la polysémie de l'œuvre, condition de sa protection à ses yeux. C'est à ce titre qu'elle refuse la qualification d'œuvre protégeable aux produits publicitaires :

« Une œuvre qui ne peut se lire que d'une seule manière n'est pas une œuvre, mais une idée, ou un discours publicitaire, lequel peut être équivoque sans être pour autant polysémique [...], le message étant toujours la vente du produit ou du service, quelles que soient les fioritures, c'est-à-dire les arguments. Autrement dit, dans la publicité, contrairement à l'œuvre, c'est le message qui prime sur la façon dont il est exprimé. La publicité est faite pour un seul but, l'achat du produit. Mettre sur le même plan publicité et œuvre, c'est affirmer que l'œuvre est une marchandise. »²³⁰⁹

Revendiquer l'inutilité de l'art et affirmer que la protection accordée à l'œuvre doit prendre en compte sa destination n'implique toutefois pas nécessairement le refus de

²³⁰⁶ *Ibid.*, p. xxx

²³⁰⁷ Exemple cité par François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 47, n°73, le reprenant parmi les exemples donnés par André LUCAS, Henri-Jacques LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., pp. 83-84, n°75 (1^{ère} éd.).

²³⁰⁸ Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 121, rappelé p. 175.

²³⁰⁹ Agnès TRICOIRE, *Les Dangers du relativisme pour la liberté de l'art* [a], dans L'Étrangère (La Lettre volée), juillet 2009, pp. 121-156 ; http://www.agnestricoire-avocat.fr/IMG/pdf/etrangere_def.pdf, p. 143.

toute protection aux œuvres poursuivant une certaine utilité, pourvu que celle-ci ne contraigne pas le processus créatif au point d'en faire un simple *complément* (ou *habillage*) de l'objet produit. Il reste nécessaire d'accorder à l'œuvre proprement artistique une protection accrue en matière de droit d'auteur. L'art, encore une fois, ne circonscrit pas le champ des œuvres protégeables, mais il en constitue indéniablement le noyau ; et s'il semble possible de protéger certaines œuvres utiles, il n'est pas souhaitable que celles-ci se voient reconnaître le même type d'authenticité requise pour leur élaboration.

François Dessemontet voit dans les biens culturels une « fonction essentielle » : divertir²³¹⁰ ... C'est cette « fonction essentielle » qui, assez curieusement, justifierait à ses yeux une certaine gratuité, qu'il a beau jeu de disqualifier en montrant que les productions de l'industrie des médias ne justifient pas un traitement particulier par rapport à celles des « arts industriels ». Outre que l'art et la littérature ont des fonctions autrement plus essentielles que de divertir, il se trouve que c'est l'intérêt des majorats des loisirs à la protection de leur production qui nous a le plus éloignés de la notion de gratuité dans ce domaine et qui a renforcé l'approche propriétaire de ce droit. On peut donc voir, au contraire, dans ce recours à l'égalité de traitement un argument de plus pour exclure de la protection les productions de l'industrie des médias comme celles des « arts industriels » lorsque leur processus d'élaboration n'assure pas à l'auteur la liberté d'exécution nécessaire, qui, la plupart du temps, peut se déduire des modes même de la production industrielle et de ses buts.

➤ **Le critère du nombre d'exemplaires produits**

Ce critère voudrait que seules les pièces uniques soient protégées par le droit d'auteur. Dans la mesure où les « originaux » sont souvent produits à la main, ce critère recoupe en partie celui du mode de fabrication. Les objets industriels, qui ont vocation à être produits en de très nombreux exemplaires, seraient ainsi disqualifiés. François Dessemontet lui reproche son manque de pertinence dans la mesure où les œuvres d'art – *a fortiori* les œuvres littéraires que sont les livres – semblent de nos jours tout autant concernées par la multiplication de leurs copies que les objets industriels. S'agissant d'œuvres d'art, la Cour de justice européenne a ainsi admis jusqu'à 10'000 « originaux » en matière de tarifs douaniers²³¹¹. Par conséquent, ce critère n'aiderait guère à distinguer les unes des autres.

La plupart des œuvres d'art – hormis les sculptures, les gravures et les lithographies – étaient encore il y a peu produites en un original unique ; il restait possible de le distinguer de ses reproductions. L'industrialisation des procédés de reproductions graphiques a modifié en profondeur dans le domaine de l'art le rapport que l'original peut entretenir avec ses répliques, et c'est le mérite de Walter Benjamin que d'avoir

²³¹⁰ François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 52, n°77.

²³¹¹ Volker Huber c. Hauptzollamt Frankfurt am Main-Flughafen, Rec. 1988, aff. 291/87, p. 6449, cité par François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 53, n°78.

reconnu le phénomène dans toute son ampleur²³¹². Pour ce critique d'art, la reproductibilité de l'œuvre à l'infini, sa disponibilité en tous lieux éroderait sa présence, son « aura », au point de ruiner le concept d'œuvre et, par ricochet, celui d'auteur. Le développement de la photographie et des œuvres cinématographiques y a beaucoup contribué : l'original de ces œuvres en soi ne constitue-t-il pas déjà une forme de copie, si l'on considère que l'un et l'autre sont générés par les mêmes processus techniques ?

Michel Vergaelen, un internaute intervenant dans le site de Paul Robert « Arts et Lettres », offrait une lecture intéressante de la reproduction des œuvres d'art : « je ressens la reproduction de l'objet d'art comme une interprétation, au même titre que l'interprétation d'une partition musicale. »²³¹³ Cette réflexion offre en premier lieu le mérite de nous extraire de la logique de la protection du *copyright*, qui porte sur la copie, pour nous rapprocher de celle du droit d'auteur, qui vise la reproduction *en vue d'une distribution publique*, mais aussi la représentation ; elle montre aussi à quel point la reproductibilité des œuvres à l'infini les rend certes plus disponibles pour l'amateur, au prix d'une certaine virtualité, sans amoindrir pour autant la force de la présence de l'original et de la relation possible avec son spectateur. Elle souligne surtout qu'en art ce phénomène de la reproduction et les techniques utilisées pour la duplication ne semblent pas affecter la dynamique du processus créatif, contrairement à ce qui se passe pour des produits fabriqués en vue d'une maximisation du profit : leur reproduction est dans ce dernier cas inhérente à la stratégie de grande diffusion menée dès leur conception. On comprend alors que ce critère de la quantité de copies produites se trompe de cible, et qu'il entend de fait viser le système de production plus que les quantités produites, sans toutefois s'articuler clairement autour des fondamentaux du capitalisme.

➤ **Le critère des œuvres parallèles**

Ce critère soutient que le droit d'auteur n'est applicable que dans les domaines où une création parallèle est hautement improbable²³¹⁴. Il s'oppose de plein fouet à la conception de l'originalité ici défendue, synonyme d'authenticité, puisque cette dernière suppose précisément la possibilité de créations parallèles. Nous retrouvons une fois de plus la confusion de l'originalité avec la nouveauté – à travers une comparaison entre œuvres potentielles en l'occurrence : c'est parce que l'œuvre d'art est considérée dans le foisonnement des œuvres et formes possibles que l'on suppose la création parallèle improbable, perdant ainsi de vue son lien avec l'intime de l'auteur.

²³¹² Walter BENJAMIN, *L'Œuvre d'art à l'heure de sa reproductibilité technique* [a], op. cit.

²³¹³ Paul ROBERT, *L'Œuvre d'art à l'heure de sa reproductibilité technique* [a], billet du 08.10.2009 à 12 :32, à propos de l'essai éponyme de Walter BENJAMIN ; commentaire de Michel VERGAELLEN du 14.03.2010 à 19 :50, <http://artsrtlettres.ning.com/forum/topics/loeuvre-d-art-a-lheure-de-sa>.

²³¹⁴ François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 53 n°79.

➤ Conclusion

La critique des critères de délimitation du périmètre protégé par le droit d'auteur s'avère moins pertinente si l'on analyse la situation sous l'angle du processus créatif plutôt que du *corpus* des œuvres existantes ou potentielles. Elle permet de conserver l'esprit qui sous-tend ces démarches tout en les abordant en amont, d'un point de vue qui facilite l'analyse concrète des œuvres par genre.

Le critère de la primauté du processus d'élaboration sur le projet initial semble ainsi plus pertinent que ceux du « degré esthétique »²³¹⁵ ou de « l'impression esthétique »²³¹⁶ de l'œuvre posés par le *Bundesgerichtshof* allemand (théorie de la « prévalence ») pour distinguer les œuvres (créées par les auteurs) des dessins et modèles (produits par l'industrie), pour peu que l'on applique ce critère à un genre d'expression plutôt qu'à une œuvre en particulier, évitant ainsi d'en faire un procès d'intention. Contrairement à ce que prétend Ivan Cherpillod, l'approche personnaliste de la création (correspondant à l'approche « subjective » du droit d'auteur) n'implique pas nécessairement le refus de protéger ce que les Allemands ont appelé la « petite monnaie » du droit d'auteur, à savoir les œuvres de piètre qualité, pour ne pas dire laborieuses²³¹⁷. Procéder ainsi reviendrait à exclure certaines œuvres en fonction de leur *mérite*, ce qui n'est pas souhaitable en raison de la censure que cela permettrait. Il est toutefois possible de constater que les œuvres se prêtent à des *degrés différents* à l'expression de la personnalité de l'auteur selon leur *genre*, ouvrant la possibilité à une protection déclinée en plusieurs régimes distincts. Le critère du genre ne servirait dès lors pas tant à exclure la protection qu'à la moduler en fonction d'une pluralité de régimes de protection ; quant aux œuvres dont le genre serait exclu, comme les modes d'emploi par exemple, ils le seraient en raison du manque d'*originalité* attaché à ce type de productions. Mireille Buydens constatait déjà que certaines productions ne manifestent qu'une « dimension créative modeste » – soit : informations, publicité, mode, photographies documentaires, logiciels et « esthétique industrielle », qu'elle nomme le « quasi-crédations » – et s'accommodent mal du régime du droit d'auteur conçu pour les véritables créations, constatation qui l'amenait à proposer plusieurs régimes de protection²³¹⁸. La forte protection qui serait accordée par exemple en littérature au genre fictionnel s'appliquerait alors à toutes les œuvres littéraires de fiction, indépendamment de leur qualité individuelle, par souci de sécurité juridique.

²³¹⁵ GRUR 1981, pp. 517-519 (BGH « Rollhocker ») ; traduit et cité par Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 21 note 13.

²³¹⁶ RGZ 79, pp. 397 ss, pp. 400-401 ; traduit et cité par Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 21 note 13.

²³¹⁷ Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 116, n°203. Notons que pour François Perret, la notion de « petite monnaie » ne renvoie pas aux œuvres de « série B », mais plutôt aux annuaires commerciaux (François PERRET, *L'Autonomie du régime de protection des dessins et modèles – Essai d'une théorie générale des droits de propriété intellectuelle*, thèse Genève 1974, Georg, Genève 1974, p. 28, note 23). La distinction se fait alors davantage en fonction de l'originalité permise par le genre qu'en vertu du mérite.

²³¹⁸ Mireille BUYDENS, *La Protection de la quasi-crédation*, op. cit.

Cette approche, qui s'articule autour du processus d'élaboration, ne porte donc pas sur le processus propre à telle œuvre spécifique, mais de manière générale, en fonction de son genre. Le critère du processus de création se situerait donc en amont des critères de la forme et de l'usage, et permettrait un jugement plus sûr, qui évite les insécurités juridiques rencontrées dans la pratique. Du reste, le législateur, lorsqu'il établit une liste exemplative des œuvres protégées, ne restaure-t-il pas ainsi le critère du *genre* ? On aura alors soin de rattacher la production des « arts industriels » ou « appliqués » à la protection offerte par la loi sur les dessins et modèles, ou encore à celle sur la concurrence déloyale, applicable à tout *travail*.

Les ambiguïtés de la création

Il est à présent temps d'évoquer les ambivalences entourant notre compréhension de la notion même de *création* ; celle-ci fait à son tour appel à celle, en apparence parente, de *créativité*, ainsi qu'à celle d'*originalité*. Nous nous interrogerons donc sur ces notions, si souvent invoquées de nos jours, et sur les processus de création – en particulier sur la notion de *réappropriation* et celle d'*horizon d'attente* du public cible – en les confrontant à la figure de l'artiste solitaire que nous avons héritée des Romantiques.

Ambiguïté de la notion de « création »

Lorsque Damien de Callatay avance que la gratuité prolonge dans le monde extérieur la sphère de la liberté, qui relève du monde intérieur²³¹⁹, il exprime parfaitement le phénomène de la création et le mouvement à l'origine du double sens de ce terme : l'acte même de créer et son résultat ; François Perret parle pour sa part de la création comme « cause » ou « effet »²³²⁰. Ils sont pourtant fort différents, puisque le premier décrit un *processus* dynamique dont il a longuement été question auparavant²³²¹, alors que le second désigne un *objet* fini, inscrit dans une dimension culturelle. L'immatérialité du premier le rend fort mystérieux, ouvert sur la liberté intérieure (liberté du processus créatif) et marqué du sceau de la potentialité, alors que la matérialité du second en fait un objet fixé dans une *forme* et objet possible de commerce ou vecteur du don.

Une ambiguïté lourde de conséquences

La mise en perspective historique a permis de montrer que les régimes du *copyright* et du droit d'auteur se distinguaient en partie par leur compréhension différente de la

²³¹⁹ Damien DE CALLATAY, *Le Pouvoir de la gratuité*, op. cit., pp. 20-21 ; ce passage est cité ci-dessus dans partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « La grâce comme fondement positif ultime du domaine public », pp. 361 ss.

²³²⁰ François PERRET, *L'Autonomie du régime de protection des dessins et modèles*, op. cit., p. 69, n°43.

²³²¹ Voir ci-dessus, chap. « L'art comme catalyseur de l'auteur », pp. 538 ss.

notion de « création »²³²². Le droit d'auteur – approche personnaliste oblige – favorise le lien de « filiation » que l'auteur entretient à son œuvre et qui a tant marqué Grecs et Romains. Ce lien à la fois favorise une interprétation du terme « création » en tant que processus créatif et fonde les droits reconnus à l'auteur là où le *copyright* insiste sur la notion de création entendue comme objet fini, reproductible et commercialisable ; en insistant sur le processus créatif, le droit d'auteur entend – ou devrait entendre – l'originalité dans son sens de lien subjectif à l'auteur, une des formes de l'authenticité, là où le *copyright*, se focalisant sur l'objet fini, insiste en matière d'originalité sur la notion objective de nouveauté. Et n'est-ce pas en partie cette interprétation de l'œuvre qui pousse John Locke à utiliser le terme de *propriété* pour désigner le droit de l'auteur sur son œuvre, la création désignant pour lui avant tout un objet *matériel* et aisément attribuable ? C'est également cette ambiguïté qui peut en partie expliquer les errements du législateur américain, lorsque, sous la poussée des exigences capitalistes, il modifie du tout au tout le but de la protection, continuant de prétendre « inciter à la création » alors même qu'il est passé d'une incitation à la création – autrement dit à la créativité – jugée *utile* à la société civile en dehors de tout critère économique – à une incitation de l'investissement, laquelle ne peut concerner que les marchandises que sont devenues les œuvres. De fait, le législateur ne précise pas le type de « création » qu'il entend encourager.

Cette lacune est extrêmement regrettable, dans la mesure où l'on ne protège pas de la même manière la création entendue comme *processus* et comme *marchandise*. Alors que la plupart des droits nationaux actuels protègent davantage l'investisseur et les exploitants que l'auteur, montrant par là qu'ils s'inscrivent dans le paradigme de l'*œuvre-marchandise* – qui s'inscrit à son tour dans les exigences d'un marché pensé comme contraignant –, le *processus créatif* ne peut quant à lui être favorisé que par une politique encourageant le développement de la création par appropriation, ce qui implique la reconnaissance d'un domaine public positif et le renforcement de la position de l'auteur par rapport aux investisseurs et aux intermédiaires. La condition matérielle de l'auteur doit être prise en compte, non pas dans une optique de maximisation des profits, mais plutôt dans la perspective de lui assurer le « minimum vital » qui lui permettra de vivre décemment le temps nécessaire à la gestation de sa prochaine œuvre.

Cette différence d'approche de la création se retrouve tout au long de l'Histoire. Là où John Locke limite la *création* à un simple *produit*, Denis Diderot, lorsqu'il s'écrit qu'une œuvre est « la substance même de l'homme qui écrit »²³²³, entend la création dans un sens beaucoup plus complet et y intègre sans aucun doute la dynamique créatrice à l'origine de ce lien à l'œuvre très particulier revendiqué par les auteurs dès

²³²² Voir ci-dessus, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), chap. « Conclusion intermédiaire », pp. 511 ss, cinquième point.

²³²³ Denis DIDEROT, *Lettre sur le commerce de la librairie*, op. cit., p. xxx.

l'Antiquité. L'ambiguïté du terme « création » se retrouve tout autant dans le domaine de la thérapie par l'art. Les tenants de l'art thérapie ont une approche qui s'articule davantage autour de l'œuvre finie. Ils insistent sur l'aboutissement du processus créatif, à savoir l'œuvre matérielle, et voient en elle le moyen d'améliorer l'image que le patient a de lui-même. À l'issue du processus, il pourra, disent-ils, exposer son œuvre, voire la vendre et s'insérer ainsi dans un mouvement social de reconnaissance et d'échanges. Les Ateliers de l'Art Cru, dirigés à leurs débuts par Jean Broustra et Guy Lafargue, insistent au contraire sur l'importance du processus créatif vécu pour lui-même, au motif qu'une attention trop appuyée sur la production de l'œuvre comme finalité du processus alourdit inutilement les enjeux et fausse la dimension d'abandon nécessaire propre à toute démarche artistique. Fonder la thérapie sur la reconnaissance du participant grâce à son œuvre, c'est le livrer au jugement du public et lui faire prendre le risque de revivre un rejet de plus, qui peut s'avérer bien plus qu'inconfortable pour certains. Jean Broustra et Guy Lafargue parlent de libérer leurs participants du « projet de l'exposition et de l'astreinte angoissée de la preuve »²³²⁴ ; pour eux,

« L'objet produit [...] ne constitue pas un but à atteindre exclusivement afin d'être immédiatement exposé au regard des autres, ce qui fait différence encore une fois avec certaines pratiques de l'art thérapie. »²³²⁵

En centrant leur attention sur l'acte créateur et non sur l'œuvre, les deux initiateurs de ce mouvement se réfèrent au travail d'Arno Stern. Ce dernier a structuré son atelier d'éducation créatrice en s'inspirant de la conception du travail analytique élaborée par Carl Rogers²³²⁶, dont les principes sont les suivants : non-directivité du processus d'énonciation, absence d'évaluation morale ou esthétique sur la production, absence de toute interprétation des contenus latents de la création, « centration » sur l'acte créateur et non sur l'œuvre, clôture protectrice de l'atelier par rapport au monde extérieur²³²⁷. La « centration » sur l'acte créateur plutôt que sur l'œuvre constitue la principale différence qui distingue leur approche de l'art thérapie. Elle permet de libérer plus aisément le patient de tout type de censure intérieure ou d'évaluation esthétique de son travail pour lui permettre de mieux se centrer sur ce qui cherche à sortir de lui et qu'il lui faut libérer.

L'œuvre finie comprise comme « médium »

Il n'est guère nécessaire de s'attarder sur la notion d'œuvre, car elle a été abondamment traitée ailleurs. Je rappellerai toutefois que la notion de *médium*, dont il a beaucoup été cas dans les lignes qui précèdent à propos de la « résistance » de la matière, si elle concerne habituellement la technique utilisée par l'artiste, peut aussi

²³²⁴ Jean BROUSTRA, Guy LAFARGUE, *L'expression créatrice*, op. cit., p. 28.

²³²⁵ *Ibid.*, p. 33.

²³²⁶ Carl ROGERS, *Le Développement de la personne*, Dunod, Paris 1967.

²³²⁷ Jean BROUSTRA, Guy LAFARGUE, *L'expression créatrice*, op. cit., p. 15.

s'étendre à l'œuvre elle-même. De fait, l'œuvre est médium à double titre : à travers sa capacité à transformer le projet initial de l'auteur dans le même temps qu'elle est transformée et élaborée par l'auteur, mais aussi en tant qu'intermédiaire entre l'auteur et son public, entre le projet initial et ses multiples interprétations possibles. C'est en effet par l'œuvre que l'art existe pour le public.

Les théories littéraires placent l'œuvre au centre de la question de l'explication ou de l'interprétation du travail de l'auteur. Son autonomie matérielle, mais aussi psychique d'avec l'auteur une fois que ce dernier a décidé librement de la divulguer au public, lui a permis de passer d'une subordination totale à la biographie de l'auteur à une position centrale une fois ce dernier « mis à mort » par les théoriciens²³²⁸. La vérité se trouve sans doute, comme dans la plupart des domaines de la vie, entre ces deux extrêmes. Si l'art, plus encore que l'artisanat, nous rappelle à l'humanité qui nous habite, c'est notamment parce que l'œuvre, au contraire de tous les objets industriels – profondément impersonnels –, peut être rattachée à un visage, celui de son auteur²³²⁹. Cet aspect de l'œuvre nous permet de dépasser l'horizon restreint occupé par l'histoire de l'art, dont « l'attention se porte sur la singularité de l'objet créé récusant à la fois l'histoire collective dans laquelle l'œuvre s'inscrit et l'histoire individuelle des créateurs »²³³⁰.

Pour le surplus, si le législateur a privilégié, dans son interprétation de la notion de création, le sens d'œuvre matérielle, c'est parce que cette acception remet l'art à la disposition de l'économie, et, sous prétexte de « protéger l'auteur », lui permet de favoriser l'exploitant de ses œuvres. L'œuvre, par sa matérialité même, échappe au pouvoir exclusif de l'auteur et permet sa mainmise par le pouvoir économique. Elle ouvre l'art au jeu du marché et à une marchandisation de la culture dont Louis Bouyer, en 1982 déjà, avait pressenti les désastres, mettant cependant sur le compte de la bourgeoisie ce qu'il faut attribuer au capitalisme :

« pour une civilisation bourgeoise, dont la seule fonction est l'argent, la culture ne peut plus être qu'un avoir, ce qui la prive de sens, car elle n'est rien sinon l'agir qui la fait être de plus en plus pleinement. Sans doute, dès lors que la cité se fonde sur une spécialisation des activités, l'art, la « poésie » au sens étymologique, la création véritable autrement dit, pour la majorité des citoyens, sera l'objet d'une acquisition, et non de leur propre développement. [...] Pour le marchand ou le banquier, [l'œuvre d'art] ne saurait être qu'une acquisition. [...]

Comment cultiver, en effet, sans d'abord enraciner ? Mais une culture toute faite d'acquis tendra au contraire à l'enrichissement factice d'un cosmopolitisme et d'un historicisme incapables d'en multiplier, ou plutôt d'en accumuler les richesses sans les avoir au préalable frappées à mort. Car, en les arrachant à leur milieu nutritif, à leur moment créateur, on leur ôte, avec leur vitalité, jusqu'à leur sens. »²³³¹

²³²⁸ Roland BARTHES, *La Mort de l'auteur* [a], op. cit.

²³²⁹ Richard SENNETT, *Ce que sait la main*, op. cit.

²³³⁰ Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit., p. 6, se référant à Tzvetan TODOROV (dir.), *Théorie de la littérature. Textes des formalistes russes*, Seuil, Paris 1965.

²³³¹ Louis BOUYER, *Cosmos*, op. cit., p. 207.

C'est pour cela que l'encouragement à la création bien compris ne peut passer que par une politique visant à favoriser non pas la multiplication d'œuvres, mais la facilitation de leur genèse, non pas l'acquisition d'œuvres mais leur production, non pas la consommation de culture mais la *pratique* de l'art pour mieux en goûter les œuvres, retrouvant le souci de *pratique* en matière culturelle exprimé par Bernard Stiegler²³³².

Ambiguïté de la notion de « créativité »

Une composante de la confusion

La notion de créativité contribue aussi sans doute à la confusion opérée entre authenticité et nouveauté, entre création artistique et innovation scientifique. La créativité est en effet couramment comprise comme un processus transverse susceptible de s'appliquer aussi bien à la pratique de l'artiste qu'à celle du scientifique, autrement dit de l'inventeur ; si cette approche peut se défendre, encore faut-il garder à l'esprit les différences qui séparent aussi les deux pratiques.

Une notion banalisée

La notion de « créativité » fait aujourd'hui l'objet d'une forte médiatisation, et se trouve impliquée dans tous les contextes : il n'est pas jusqu'aux financiers et aux gestionnaires qui s'imaginent être « créatifs » dans leur domaine, pourtant dominé par les modèles cognitifs qui en semblent les plus éloignés, dirigés qu'ils sont par un projet de maîtrise de la réalité confinant au pathologique. De même, les publicitaires se définissent eux aussi comme « créatifs », si bien que ce terme fait partie des poncifs de notre société. Poursuivant un but extrêmement directif, que ce soit en termes d'« efficacité » ou de maximisation du profit, il est assez douteux pourtant qu'ils puissent encore prétendre à une créativité définie comme un apprentissage du monde et de soi-même sans préconçus, jalonné de surprises et respectueux de notre nature profonde. La « créativité » à la mode consiste au contraire la plupart du temps à trouver d'autres chemins, plus courts de préférence, pour se rendre en un lieu connu et fixé d'avance. Il est donc important de déterminer en quoi la créativité artistique se distingue des autres activités humaines.

On notera toutefois quelques analogies possibles entre ces « créativités » et la créativité artistique étudiée ici, à travers la notion flexible d'*ouverture*, comprise dans le cadre de l'approche d'un *problème*. Cette créativité peut ainsi se définir comme « l'aptitude qu'a l'esprit d'organiser ou de réorganiser de manière novatrice des éléments entre eux »²³³³. On admettra que si cette définition décrit assez bien ce qui se passe au cours d'une séance d'associations d'idées (« *brainstorming* »), pourtant

²³³² Éric BENHAMOU, *Le consumérisme a atteint ses limites* [a], entretien avec Bernard Stiegler, 23.07.2009, dans La Tribune.fr, <http://www.latribune.fr/actualites/economie/france/20090723trib000402565/le-consumerisme-a-atteint-ses-limites.html>.

²³³³ Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit., p. 4.

canalisée par un but défini, ou si elle rend compte de l'esprit d'ingéniosité requis par tout créateur dans le domaine scientifique ou des arts industriels, elle ne dit par contre pas grand chose du processus créatif propre à la peinture ou à la littérature. Retenons toutefois qu'il semble exister un tronc commun entre les « créatifs » de la publicité et les artistes, qui consiste dans leur capacité de réorganisation. Le publicitaire le fera davantage sur la base d'un programme de type manipulateur visant à associer dans l'esprit du consommateur une émotion à un produit incapable de la lui offrir dans la réalité, alors que l'artiste, qu'il s'agisse d'arts appliqués à l'artisanat, de peinture, de littérature ou d'écriture musicale, réorganisera les éléments à l'appel de son imaginaire. Cette réorganisation propre à l'art se distingue de la première en ce qu'elle suppose dans un premier temps une *distanciation* fondamentale d'avec la dimension utilitaire de notre environnement, pour en quelque sorte lui « donner la parole ». Y est associée étroitement en retour une dimension mystérieuse présidant à la réorganisation proprement dite, qui correspond à ce que l'on nomme l'*inspiration*, laquelle puise dans les facultés *imaginaires* de chacun. Il s'agit de se laisser guider par ce que l'on rencontre et que l'on a sous la main, autrement dit de renoncer à tout plan préétabli pour réinterpréter et combiner les éléments à disposition, tout en acceptant la contrainte d'une certaine pauvreté de moyens.

Les arts appliqués à l'artisanat sont ainsi très parlants : ils permettent de mettre en relief la capacité créative de certains dans sa dimension la plus fondamentale. Les tapisseries qui songent à agrémenter leurs œuvres de bouts de lichen ou de matériaux trouvés qu'ils intègrent à leurs fils pour produire un effet surprenant de matière révèlent sous un jour nouveau et plus ouvert à la fois le lichen et ce qu'il décrit par réassignation – rocher, feuillage, nuage, écume de l'eau... De même, certains créateurs de pulls comme Kaffe Fassett²³³⁴ savent créer à l'aide d'associations inédites de couleurs, de matières et de motifs des effets surprenants qui nous donnent l'envie d'exister autrement dans un monde différent. La création d'un pull peut donner pouvoir à l'imaginaire, et permet de se jouer de la forme du vêtement imposée par son usage. À l'opposé, rien n'est tant éloigné de cette créativité originelle que les « kits » vendus dans le domaine des loisirs, où les éléments sont tous sélectionnés dans les quantités et couleurs adéquates pour permettre à l'utilisateur, en suivant un mode d'emploi qui le guidera pas à pas, d'obtenir un résultat prédéfini. Ces ensembles préparés d'avance, censés faciliter un premier accès à certaines techniques, ne laissent pas la moindre place à l'imagination ou à l'inspiration du moment et misent de manière abusive sur le caractère « créatif » de l'*occupation* – le terme est significatif – qu'ils proposent.

En comparaison des arts appliqués à l'artisanat, les arts appliqués à l'industrie ne sont pas seulement conditionnés par l'usage de l'objet, mais aussi par des impératifs techniques de fabrication en série, de rentabilité et de manipulation de l'acheteur visant

²³³⁴ Kaffe FASSETT, *Kaffe's classics – 25 Glorious Knitting Designs*, Taunton, Newtown (UK).

à susciter son *désir* d'achat²³³⁵. Ils donnent de ce fait davantage lieu à la démonstration d'un savoir-faire technique que d'un imaginaire au pouvoir, ces conditionnements se révélant extrêmement coercitifs : pour le *design*, l'objet est, avant tout autre considération, destiné au *marché*, et le marché capitaliste, nous l'avons vu, est avant tout *contrainte*²³³⁶.

Confusion entre création et innovation

Vu la banalisation de la « créativité » et la tendance actuelle à vouloir tout expliquer par des processus rationnels, il n'est pas étonnant de constater que la plupart des spécialistes tendent à confondre créativité artistique et innovation. Mihaly Csikszentmihalyi, dans son livre *La Créativité*, définit tout d'abord la créativité par ses effets extérieurs : pour lui, elle n'est autre qu'un « processus par lequel un domaine symbolique de la culture se trouve modifié »²³³⁷. L'approche qu'il adopte est donc plus conforme à la conception moderne qui prévaut dans le monde de la publicité et de la « communication » qu'à l'expérience vécue de l'intérieur par les artistes, telle qu'ils la décrivent. De plus, cette approche descriptive de la créativité conduit à une notion de l'originalité qui la rapproche de la *nouveauté* plutôt que de l'*authenticité* ; ces tentatives d'objectification des phénomènes – ici en matière de créativité – ne peuvent que conduire sans surprise à une assimilation de la créativité artistique à l'invention scientifique, et donc à la fonder comme cette dernière sur la recherche de la nouveauté²³³⁸.

L'idée clef de Mihaly Csikszentmihalyi est d'aborder la créativité non en tant qu'expérience subjective mais à travers ses fondements *objectifs*. Après avoir distingué deux types de créativité, celle, individuelle et subjective, qu'il attribue aux « inventifs », et celle qui contribue à changer la culture, qu'il rattache aux Créateurs avec un « C » majuscule, Mihaly Csikszentmihalyi en vient à évacuer la première de sa préoccupation principale en tant même qu'elle est subjective : « aussi importante que soit cette forme de créativité pour ceux qui la pratiquent, il est difficile d'en parler étant donné sa nature subjective »²³³⁹. La seconde reposant nécessairement sur les interactions sociales dans lesquelles elle s'inscrit, elle le conduit à l'analyse « objective » de la créativité à travers ce qu'il nomme ses fondements : « la créativité avec un C majuscule, celle qui transforme certains aspects de la culture, n'est jamais, par définition, le produit d'un esprit individuel ». Mihaly Csikszentmihalyi s'attache dès lors à définir la créativité comme « l'invention de quelque chose d'authentiquement nouveau qui soit suffisamment apprécié pour être intégré à la

²³³⁵ Voir ci-dessous, chap. « Le droit d'auteur face aux arts appliqués », pp. 765 ss.

²³³⁶ Voir ci-dessus, chap. « Contrainte par le marché », pp. 152 ss.

²³³⁷ Mihaly CSIKSZENTMIHALYI, *La Créativité – Psychologie de la découverte et de l'invention*, Robert Laffont, coll. Pocket Évolution, Paris 2006 [1996], p. 16.

²³³⁸ Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit., pp. 20-21.

²³³⁹ Mihaly CSIKSZENTMIHALYI, *La Créativité*, op. cit., p. 38.

culture »²³⁴⁰. La créativité aurait ainsi trois fondements : le *domaine*, qui correspond à la notion de discipline – l'ensemble des domaines décrivant la culture –, le *milieu*, à savoir l'ensemble des personnes « qui jouent le rôle de gardiens du seuil d'un domaine particulier », et la *personne*, autrement dit l'auteur. Reprenant ces trois fondements, Mihaly Csikszentmihalyi reprend sa première définition pour la formuler comme suit :

« il y a créativité quand une personne, à partir des symboles d'un domaine comme la musique, l'ingénierie, les affaires ou les mathématiques, produit une idée ou une configuration nouvelle, et quand cette nouveauté est retenue par le milieu dont elle dépend pour être intégrée à leur domaine. »²³⁴¹

Arthur Danto définissait l'AC par une théorie, un milieu et un plasticien²³⁴² : nous ne pouvons que nous étonner de la similitude de ces conditions avec celles posées par la définition de la créativité donnée par Mihaly Csikszentmihalyi. Cette dernière consacre toutefois deux confusions de taille et présente un défaut majeur. Elle confond tout d'abord *inventions* et *créations*, qui sont pourtant fort différentes dans leurs effets. Création artistique et invention scientifique aboutissent à des résultats très différents : l'œuvre artistique pour la première, l'invention brevetable pour la seconde, même si les inventions scientifiques peuvent relever d'une intuition, et s'apparenter en cela aux créations ; elles s'appliquent toutefois à des événements *reproductibles* et leur vérification reste soumise à une méthode, là où la création est souvent le reflet d'un moment *unique* et fugitif. L'innovation se focalise sur un but et se propose de parvenir à un résultat rationnel, susceptible d'être évalué selon des critères de type scientifique ; tel n'est assurément pas le cas de la création artistique, et, plus généralement, de toute création qui transforme son auteur et l'oblige à renoncer en tout ou partie à son projet initial. La définition de la créativité donnée par Mihaly Csikszentmihalyi confond ensuite *nouveauté* et *authenticité*, car seule la nouveauté, de nature objective, est susceptible d'être validée par le milieu. L'authenticité de l'acte créateur, définie comme ce qui est « tiré de son propre fonds », ne peut être validée de façon ultime que par le sentiment intime de l'auteur lui-même. Par dessus tout, cette définition, qui ne dissocie pas la créativité de sa validation, confond la cause (la créativité, la source d'inspiration, le « lieu » d'où parle l'auteur) et ses effets sur le public. Elle suppose qu'un peintre comme Raphaël Sanzi ou qu'un musicien comme Jean-Sébastien Bach auraient *cessé d'être créatifs* (et non pas cessé d'inspirer !) durant les périodes où leur œuvre a été dédaignée :

« D'après l'emboîtement des systèmes, on est parfaitement fondé à dire que Raphaël était créatif aux XVI^e et XIX^e siècles mais pas entre-temps ni après. [...] Si la créativité n'est pas un simple talent individuel, si elle est cocrée par des domaines, des milieux et des personnes, alors elle peut être construite, déconstruite plusieurs fois au cours de l'Histoire. »²³⁴³

²³⁴⁰ *Ibid.*, p. 37.

²³⁴¹ *Ibid.*, p. 41.

²³⁴² Voir ci-dessous, p. 802.

²³⁴³ Mihaly CSIKSZENTMIHALYI, *La Créativité*, op. cit., p. 44.

Cette manière de voir présente l'avantage, aux yeux des « sciences » humaines, d'évacuer le mystère de la personne humaine en faisant de l'artiste le produit de son milieu et des relations qu'il entretient avec ses contemporains :

« Pour être créatif, nous devons disposer d'un surplus d'attention. C'est pourquoi les centres de créativité que furent la Grèce au V^e siècle avant notre ère, Florence au XV^e siècle et Paris au XIX^e siècle étaient des lieux où l'argent permettait à certains individus de se cultiver et de faire des expériences sans rapport avec les nécessités de la survie. [...] Si la créativité est une propriété strictement individuelle, il faudra supposer que, pour une raison quelconque, un nombre inhabituel d'artistes créateurs sont nés à Florence dans les dernières décennies du XV^e siècle. Une mutation génétique bizarre ou un changement spectaculaire dans l'éducation des enfants aurait permis à ces petits Florentins de devenir plus créatifs. Mais l'influence du domaine et du milieu paraît plus probable. »²³⁴⁴

Les arguments exposés ci-dessus, qui donnent une importance excessive aux interactions sociales pour expliquer, rappelons-le, non pas l'effervescence artistique d'une ville mais la créativité, l'inspiration artistiques, sont fallacieux. L'attention et les moyens financiers d'un banquier ne suffisent malheureusement pas à faire naître la créativité, faute de quoi il y a longtemps que celle-ci apparaîtrait sur commande. On notera en passant que Cosimo de Medicis est un bien mystérieux banquier, poussé par des motifs qui, à l'heure actuelle, n'ont toujours pas été sérieusement élucidés. Sa motivation, elle aussi, relève du mystère de la personne plus que d'un programme coopté. Mihaly Csikszentmihalyi n'explique pas davantage pourquoi Lorenzo Ghiberti fut un artiste créatif et non tel obscur maçon vivant pourtant à son époque dans les mêmes conditions d'attention portée aux artistes. Que l'émulation aide la créativité à se manifester, ou que la création s'opère principalement par assimilation du style de nos prédécesseurs, qui en doute aujourd'hui ? Mais en quoi cela explique-t-il le mystère de l'inspiration créatrice ?

Certes, comme l'indique Arnold Hausser, au début de la Renaissance le point de départ de la production artistique s'ancre bien dans la tâche assignée à l'artiste par son client, mais cela n'enlève rien au besoin de créer et à « l'expression subjective et l'inspiration spontanée de l'artiste », qui préexiste dans chaque artiste, sans lesquels le programme du client resterait lettre morte. Prétendre comme le fait Mihaly Csikszentmihalyi qu'« il n'est pas vrai [...] que [l'auteur] initie le processus créateur »²³⁴⁵ revient à confondre la créativité et sa manifestation matérielle, sous prétexte de commandes dont personne ne songe à nier l'existence. Le style de chaque artiste renaissant – du moins s'il était créatif – s'est distingué de celui des autres indépendamment du programme qui lui était soumis. L'émulation entre artistes, quant à elle, peut les inciter à davantage aller chercher dans leur propre fonds afin de se démarquer de leurs concurrents ; elle ne crée pas pour autant ce fonds. On peut en outre difficilement prétendre que les Impressionnistes aient été très soutenus par leurs contemporains : cela n'a pas empêché la plupart d'entre eux de persévérer dans leur approche et de

²³⁴⁴ *Ibid.*, p. 17 ; pp. 47-50.

²³⁴⁵ *Ibid.*, p. 66.

continuer de peindre malgré les quolibets et le désintérêt du marché. Et comment expliquer la démarche d'un Paul Gauguin ?

L'approche de Mihaly Csikszentmihalyi démontre en fait une volonté *a priori* de s'appuyer sur des critères « objectifs », critères que le psychologue décrète plus réalistes sans le premier début d'une démonstration. Il est du reste piquant de constater que quelques pages plus loin Mihaly Csikszentmihalyi se prend à son propre jeu lorsqu'il note, à propos d'un artiste actuellement reconnu : « son succès grandissant, le milieu *découvrit enfin* sa créativité »²³⁴⁶. Comment *découvrir* ce qui ne préexiste pas à ce que l'on repère ? Et pourquoi ce « enfin » ?

Si l'innovation est souvent confondue avec la créativité artistique, c'est en raison du caractère très extensif de la notion actuelle de la créativité, qui rassemble à la fois des processus techniques d'émulation d'idées et les modes d'expression artistiques de la personnalité²³⁴⁷. Il peut de ce fait être utile de suivre Guy Aznar lorsqu'il propose de distinguer la *créativité artistique* de la *créativité d'idées*, cette dernière devenant synonyme d'innovation ; commune aux « créatifs » du secteur tertiaire et aux artistes, elle ne peut pour autant prétendre circonscrire la créativité artistique prise au sens strict du terme. Guy Aznar la définit en ces termes :

« Aptitude individuelle à produire du nouveau, ou à produire de nouvelles combinaisons, ou à déceler des problèmes, ou à les résoudre... Elle peut désigner un processus mental servant à définir les qualités d'un objet, d'un style. »²³⁴⁸

Mihaly Csikszentmihalyi prétend – avec une pointe de raillerie – qu'il serait présomptueux de notre part de penser avoir su déceler le génie de Vincent Van Gogh que ses contemporains auraient été incapables de repérer :

« La tendance habituelle consiste à dire que Van Gogh, par exemple, fut un authentique génie créateur que ses contemporains n'ont pas su reconnaître ; heureusement, nous avons découvert quel magnifique peintre il était et rendu justice à sa créativité. Aussi présomptueuse qu'elle soit, une telle assertion ne choque pas grand monde. Pourtant, elle sous-entend que nous savons beaucoup mieux que les contemporains de Van Gogh – ces bourgeois philistins – ce qu'est le grand art. Qu'est-ce qui – en dehors d'un mépris inconscient – justifie cette croyance ? Il est beaucoup plus objectif, pour décrire l'apport de Van Gogh, de dire que sa créativité est advenue au moment où un assez grand nombre d'experts ont perçu que sa peinture apportait quelque chose d'important au domaine de l'art. Sans cette réaction, Van Gogh serait resté ce qu'il était, un artiste fou qui peignait des toiles étranges. »²³⁴⁹

Mais ce ne sont pas les experts qui font que Vincent Van Gogh a su atteindre et exprimer quelque chose du monde qui nous interroge et nous ouvre le regard, qualité qui reste à l'origine de sa reconnaissance actuelle. Et l'on ne voit pas en quoi il serait

²³⁴⁶ *Ibid.*, p. 67 ; c'est moi qui souligne.

²³⁴⁷ Paul TORRANCE, *Source Book for creative problem solving*, Creative Education Foundation Press, Amherst, MA (USA) 1992.

²³⁴⁸ Guy AZNAR, *Idées – 100 techniques de créativité pour les conduire et les gérer*, Eyrolles, coll. Références, Paris 2005, introduction, p. 4.

²³⁴⁹ Mihaly CSIKSZENTMIHALYI, *La Créativité*, op. cit., p. 45.

plus présomptueux d'affirmer que *nous* avons pu déceler son génie plus tôt que d'affirmer que cette reconnaissance proviendrait d'*experts* – qui n'étaient, quoi qu'il en soit, pas contemporains du peintre...

Il n'y a aucun mépris – inconscient ou pas – à concevoir qu'un artiste qui ouvre une voie ne puisse pas être reconnu tout de suite par la majorité. La « plongée vers l'indifférencié » lui permet parfois d'accéder à des zones où le public a besoin d'une période d'adaptation pour le rejoindre et comprendre ce qui vient d'être ouvert. Certes Mihaly Csikszentmihalyi reconnaît que la créativité n'est pas qu'une question d'attribution, que le créateur n'est pas un « écran vide sur lequel le consensus social projette des qualités exceptionnelles » et qu'il serait erroné de prétendre que « tout individu est également capable de produire de la nouveauté »²³⁵⁰. Mais son erreur consiste à attribuer un trop grand rôle au consensus social dans un domaine aussi intime que la créativité, pour avoir confondu l'authenticité, à laquelle aspire l'artiste, avec la nouveauté, qui est le but de tout inventeur. Là encore, le processus créatif est confondu avec l'œuvre, la créativité avec l'art tel que l'appréhende l'histoire de l'art.

L'art est au contraire avant tout *expérience* du monde, et c'est justement de l'expérience considérée comme telle que part l'approche phénoménologique : il ne peut qu'être profitable d'apprendre d'elle ce qu'est la créativité qui demeure au cœur de l'entreprise artistique.

L'approche phénoménologique

□ Pertinence de l'approche en matière de processus créatif

À travers le travail de Didier Anzieu, Alexia Jacques et Alex Lefebvre ont exposé l'importance de l'engagement physique de l'artiste dans le processus de création, et le rôle de représentation des sensations joué par l'œuvre. La continuité du Moi-peau avec le support de l'œuvre – notamment la toile blanche pour le peintre, présentée comme un analogue de la peau – rend inopérante l'approche classique voulant que nous ne puissions connaître le monde que par représentation. À ce titre, l'approche phénoménologique initiée par Edmond Husserl et développée au plan herméneutique par Hans-Georg Gadamer²³⁵¹ et Paul Ricœur²³⁵², qui part de l'expérience vécue pour aborder la connaissance qu'elle induit, s'avère plus pertinente lorsqu'il s'agit de décrire le processus créatif en tant que tel²³⁵³.

Pour aborder la créativité par une approche ouverte capable de tenir compte à la fois du caractère unique et personnel de l'expérience artistique – dont on peut d'emblée supposer qu'elle met en jeu la personnalité toute entière – et de rejoindre la profondeur

²³⁵⁰ *Ibid.*, p. 67.

²³⁵¹ Hans-Georg GADAMER, *Vérité et Méthode*, Seuil, Paris 1996 [1960].

²³⁵² Paul RICŒUR, *Le Conflit des interprétations – Essais d'herméneutique*, Seuil, Paris 1969.

²³⁵³ Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit., p. 8.

humaine où chacun se retrouve – faute de quoi l'art ne pourrait rien apprendre au spectateur – il convient de sortir des explications causales, afin de découvrir « le *sens* qu'elle revêt dans l'expérience humaine ». C'est cet impératif qui a conduit Chantal Deschamps, unique titulaire d'une chaire universitaire dans ce domaine, à aborder la créativité par le biais de la phénoménologie²³⁵⁴. Dire que la phénoménologie, en tant qu'elle ne sépare pas le sujet et l'objet, estime « inconcevable de dissocier le créateur de son processus vécu et de l'œuvre qu'il enfante »²³⁵⁵, c'est admettre pleinement la nature à la fois forte et très particulière qui unit l'auteur à son œuvre, et donc valider l'approche personnaliste retenue par le droit d'auteur, tout en l'enrichissant d'une vision plus ample de la personne humaine.

L'art, on l'a vu, est une voie privilégiée pour se découvrir soi et dévoiler le monde, donc pour devenir sujet. Il n'est dès lors pas surprenant de constater que la phénoménologie se présente comme idéale pour nous permettre d'appréhender la créativité :

« pour comprendre l'expérience humaine, il faut reconnaître que les *actes intentionnels* (ici l'expérience créatrice) et les objets les constituant (tels que le processus de création, les œuvres ou les produits créés, les événements circonstanciés, etc.) sont inextricablement liés les uns aux autres, puisque l'*objet intentionnel* provient de la relation qu'il établit avec le contexte d'un *acte intentionnel* particulier. Ce qui est dévoilé immédiatement à la conscience dans l'expérience créatrice n'est pas une collection de faits et d'idées ou un concept arbitraire ou encore une invention de la personne qui vit cette expérience, mais essentiellement la signification de l'expérience de la créativité [...].

C'est pour cette raison qu'il importe d'ouvrir les horizons auxquels est restreinte la créativité et de faire valoir l'intérêt de considérer avant tout la créativité comme un phénomène humain ; c'est-à-dire suivant une compréhension qui rend compte de la créativité du point de vue de l'expérience vécue où le créateur n'est en aucun cas dissocié de son processus et de son œuvre, soit : une compréhension phénoménologique de la créativité. »²³⁵⁶

□ *Pertinence de l'approche en matière juridique*

On a affirmé qu'il serait possible de vérifier une approche juridique ou les effets d'une loi par la méthode phénoménologique, cette dernière venant « en appoint » de développements conceptuels²³⁵⁷. Le prétendre contrevient toutefois à la démarche phénoménologique elle-même : pour Edmund Husserl, l'observation du phénomène doit impérativement être première et diriger toute la démarche du philosophe ; et si le phénomène doit primer sur le concept, *a fortiori* le doit-il sur la loi ou le raisonnement juridique qui lui tient lieu de justification. Il est toujours délicat d'appliquer une pensée « à la carte », de n'en prendre que la part qui semble convenir en dépit de ses principes fondateurs. C'est donc la démarche phénoménologique qui devrait être première, la loi n'ayant pas d'autre mission que d'édicter des normes adéquates par rapport à la réalité

²³⁵⁴ *Ibid.*, pp. XI-XII ; p. 7 ; p. 4.

²³⁵⁵ *Ibid.*, p. 10.

²³⁵⁶ *Ibid.*, pp. 6-7.

²³⁵⁷ Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 114 n°198.

appréhendée et au but poursuivi. Procéder autrement reviendrait à renoncer à toute critique de la loi hormis sous l'angle de l'arbitraire, alors qu'il est ici recherché la *meilleure* solution possible pour protéger les auteurs. L'analyse phénoménologique de la création devrait donc à la fois s'imposer au législateur et valider les propositions qui s'en inspirent, sous peine de prêter flanc à la critique. Il semble pour cette raison souhaitable de tabler sur l'approche personnaliste, pour, dans un second temps, tâcher de structurer le droit d'auteur en conséquence, quelles que soient les difficultés de l'opération.

□ *Tentative de définition de la créativité*

Chantal Deschamps propose plusieurs définitions de la créativité. La première reprend l'idée qu'on en a couramment depuis un demi-siècle, sous l'influence du terme anglo-saxon *creativity* : « aptitude qu'a l'esprit d'organiser ou de réorganiser de manière novatrice les éléments entre eux. »²³⁵⁸ Si cette définition s'avère intéressante en ce qu'elle suggère, par la souplesse du comportement requis, l'idée d'une réalité qui résiste et avec laquelle il convient de composer, les théories cognitives ont eu tôt fait de la comprendre comme un potentiel latent que de simples techniques suffisent à développer, comme un processus cognitif ou comme un comportement appris²³⁵⁹. Là comme ailleurs, le *savoir-faire* occulte le *savoir-être* qu'enseigne pourtant la créativité. C'est cette définition de la créativité à laquelle reste Mihaly Csikszentmihalyi²³⁶⁰.

Dans un second temps, Chantal Deschamps entame une définition plus personnelle de la créativité et souligne alors sa relation à l'authenticité, la définissant en tant que

« phénomène humain qui se dévoile au créateur comme une manière d'être authentique et unique ; soit une manière particulière (ou créatrice) d'entrer en relation avec le monde et d'exister dans le monde »²³⁶¹

Chantal Deschamps décompose la créativité en quatre aspects que sont : le potentiel créateur, le processus sous-jacent, la personnalité créatrice et le produit de création. Nous retrouvons parmi ceux-ci et sans grande surprise les deux significations du terme « création » d'où nous sommes partis²³⁶². Le « processus sous-jacent » est le plus mystérieux, et nombre de disciplines ont tenté de le formaliser, mais sans résultat probant semble-t-il, ainsi que j'ai tenté de le montrer. La notion de personnalité créatrice ne cache pas autre chose qu'une tentative, instructive mais peu probante là

²³⁵⁸ Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit., p. 4.

²³⁵⁹ Respectivement C. W. TAYLOR (éd.), *Creativity : Progress and Potentiality*, McGraw-Hill, New-York 1964, William Edgar VINACKE, *The Psychology of Thinking*, McGraw-Hill, New York 1952 et B. F. SKINNER, *Beyond Freedom and Dignity*, Knopf, New-York 1971, cités par Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit., pp. 4-5.

²³⁶⁰ Mihaly CSIKSZENTMIHALYI, *La Créativité*, op. cit.

²³⁶¹ Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit., p. 8.

²³⁶² *Ibid.*, p. 3.

encore, de répertorier les traits de caractère les plus courants propres aux personnes jugées créatives.

Ambiguïté de la notion d'« originalité »

S'interroger sur la créativité revient, d'une manière ou d'une autre, à se pencher sur la question de l'*originalité*, en tant que marque de la « personnalité de l'auteur ». Malgré son caractère essentiel, la notion d'originalité s'avère pourtant tout aussi ambiguë que celles de « création » ou de « créativité », si bien que son usage semble préjudiciable au droit d'auteur, alors que la notion d'*authenticité* apparaît comme une condition plus proche de l'esprit inspirant la protection qu'il accorde.

La notion de nouveauté

La *nouveauté* compte parmi les conditions de protection imposées par le droit des brevets, par celui des dessins et modèles comme par le *copyright*. La doctrine majoritaire ne cesse pas de la distinguer de l'*originalité*, propre au droit d'auteur²³⁶³. Cependant, la notion d'originalité, d'émergence progressive dans les travaux de doctrine, a d'abord été confondue ouvertement avec la nouveauté²³⁶⁴. Elle l'est encore souvent dans les faits, comme je l'ai déjà souligné. Or la nouveauté est nécessairement *relative* : est nouveau ce qui n'a jamais été vu auparavant, si bien que l'analyse d'une œuvre prise isolément ne peut renseigner sur sa nouveauté. C'est ce caractère relatif qui explique en partie l'approche de Mihaly Csikszentmihalyi en matière de créativité. Il n'en est pas nécessairement de même avec l'originalité. Celle-ci peut être aussi comprise dans un sens *absolu*. Lorsqu'elle est comprise dans son sens relatif, c'est-à-dire lorsque l'on ne conclut à l'originalité d'une œuvre qu'après l'avoir comparée avec toutes les autres œuvres existantes²³⁶⁵, y compris celles du domaine public, voire avec les œuvres à venir²³⁶⁶, elle se confond avec la nouveauté. Certains auteurs affirment également que l'originalité serait relative en ce sens que l'examen de cette condition n'a de sens que dans le contexte d'une plainte pour contrefaçon²³⁶⁷. L'originalité est, au contraire, « absolue » non pas dans la mesure où elle serait radicalement nouvelle,

²³⁶³ Notamment : François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 120, n° 171 ; Hélène MAUREL-INDART, *Du Plagiat*, op. cit., pp. 135-136.

²³⁶⁴ Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, op. cit., pp. 161-162, n°199.

²³⁶⁵ D'aucuns estiment que le caractère relatif de l'originalité tient au fait qu'il est possible de comparer plusieurs œuvres pour déterminer laquelle est la plus originale : une telle approche semble toutefois relever du non-sens (*contra* : ATF 117 II466, not. pp. 468 ss ; ACJ du 19.11.1993, in RSPI 1994, p. 183, not. pp. 188-189 ; François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 119, n° 169, qui les cite sans les critiquer).

²³⁶⁶ Certains préconisent de comprendre l'originalité comme ce qui distingue une œuvre non seulement de toutes les œuvres du passé, y compris celles du domaine public, mais également de celles à venir ; il s'agirait alors d'une forme de comparaison dont la virtualité permettrait de distinguer l'originalité de la nouveauté. On comprend toutefois mal ce que signifie une comparaison dont l'un des membres n'existe pas encore. Il convient donc d'abolir ce type d'approche (François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 121, n° 171a, citant Max Kummer, *Das urheberrechtlich schützbares Werk*, Berne 1968, p. 30).

²³⁶⁷ François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 119, n° 170.

auquel cas la condition ne serait jamais remplie²³⁶⁸, mais en ce qu'il est possible d'analyser l'originalité de l'œuvre en elle-même, en dehors de toute comparaison avec d'autres œuvres ; cela revient à la considérer dans le lien que son auteur entretient avec elle. L'originalité se définit aussi de manière à en faire une condition *objective* ou *subjective*²³⁶⁹, autrement dit comprise en référence à l'auteur ou considérée en fonction de l'œuvre elle-même. Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière montrent dans un raccourci éclairant en quoi l'originalité du droit d'auteur est nécessairement *subjective*. Partant de l'affirmation d'Henri Desbois selon laquelle il suffit pour qu'une œuvre donne prise au droit d'auteur qu'elle soit *originale*, sans qu'il lui soit nécessaire d'être *nouvelle*²³⁷⁰, et occupés à montrer en quoi elle est conforme à la loi bien que ce principe n'y soit pas expressément formulé, ils indiquent :

« Le droit d'auteur [...] est tout entier construit sur une conception personnaliste. [...] l'œuvre, dans cette vision des choses, est la projection même de l'auteur. Dès lors, si l'œuvre est protégée, c'est parce que l'auteur y est présent et, en ce sens, l'originalité ne peut être que subjective. L'œuvre, c'est l'auteur. Et l'originalité, pour reprendre la formule la plus couramment utilisée, c'est l'empreinte même de la personnalité de l'auteur. »²³⁷¹

On remarque ainsi que les caractères *absolu* et *subjectif* de l'originalité sont étroitement liés. François Dessemontet évoque une dernière distinction possible entre nouveauté et originalité : la première ne nécessiterait aucun *jugement de valeur*, au contraire de la seconde²³⁷². C'est ce genre d'approche qui justifie la thèse que je défends d'une authenticité *subjective*, mais *absolue* et exempte de tout jugement de valeur, avec cette précision que l'œuvre – plongée dans l'indifférencié oblige – *n'est pas l'auteur* et s'en distingue, sans pourtant s'en détacher complètement, ce qui donne tout son intérêt à la question de la forme comme condition de la protection²³⁷³.

Si Ivan Cherpillod affirme que l'originalité, notion qu'il va jusqu'à situer « au centre de la création »²³⁷⁴, doit se traduire en droit d'auteur par une nouveauté *objective* – adoptant en cela l'idée que s'en font les intervenants de l'AC²³⁷⁵ aux dépens de l'expérience éprouvée par les artistes traditionnels –, les arguments qu'il avance pour distinguer cette nouveauté de celle requise en droit des brevets fondée sur un « état de la technique » peinent à convaincre²³⁷⁶ : même sans référence à un « état de l'art et de la littérature », la nouveauté objectifie l'œuvre et la soumet à un examen d'absence

²³⁶⁸ *Ibid.*, p. 119, n° 169.

²³⁶⁹ Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 62, note 157 *in fine*.

²³⁷⁰ Henri DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, op. cit., n°3.

²³⁷¹ Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, op. cit, pp. 162-163, n°200.

²³⁷² François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 120, n° 171.

²³⁷³ Voir ci-dessous, chap. « L'administration de la preuve au regard de la forme », pp. 751 ss.

²³⁷⁴ Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 129.

²³⁷⁵ *Ibid.*, p. 132.

²³⁷⁶ *Ibid.*, p. 128, note 73, se référant à François PERRET, *L'Autonomie du régime de protection des dessins et modèles*, op. cit., pp. 92-93.

d'antériorités²³⁷⁷ beaucoup plus proche du droit des brevets que du processus créatif prenant en compte les créations parallèles. Si l'on prend le cas du droit suisse des brevets, la condition de nouveauté correspond plus précisément à une *absence d'antériorité*²³⁷⁸ – l'absence de toute divulgation similaire antérieure au dépôt –, utilement complétée par l'exigence d'une *activité inventive*²³⁷⁹, qui se traduit aux États-Unis par une *absence d'évidence* pour l'homme de l'art à même de susciter sa surprise ou de répondre à un besoin technique longtemps insatisfait²³⁸⁰. On voit par là combien l'examen juridique de l'originalité en matière de droit d'auteur la confond fréquemment avec la nouveauté, que ce soit par les examens d'antériorité – comparaison objective – ou par l'exigence d'une œuvre exempte de banalité – comparaison subjective souvent assortie d'un jugement de valeur, mais comparaison encore –, sans tenir compte ni des liens qui la rattachent à son auteur ni même du processus de création par assimilation. Il est certes acceptable de se référer au critère de nouveauté pour attribuer une invention à un inventeur particulier : nous nous trouvons dans un contexte fortement tributaire de contraintes d'ordre technique et scientifique, si bien qu'il n'est pas rare que plusieurs inventions similaires majeures aient été déposées à quelques heures ou jours de distance par deux inventeurs ignorant tout des recherches de l'autre, même s'il est vrai que cette synchronicité tient aussi de ce qui rend possible les créations parallèles. Il en fut ainsi par exemple pour le moteur à explosion et pour la machine à vapeur. Ces inventions faisaient partie de « l'état de la science », qui procède par *accumulation*, si bien qu'il est raisonnable d'affirmer qu'une invention donnée finira tôt ou tard par être déposée, pourvu qu'elle s'avère cohérente avec la structure de la matière. Quant au *copyright*, la notion de nouveauté correspond à l'objectification attachée à ce droit qui s'est rapidement ancrée autour de l'œuvre matérielle, commercialisable et reproductible par l'industrie. Françoise Chaudenson évoque une

« différence d'appréciation entre des formes de droit distinct, droit d'auteur personnaliste et droit de reproduction plus lié à l'industrie : en effet le tribunal américain évalue avant tout un "produit", en termes de *nouveauté* par rapport au *copyright* déjà déposé, acception qui s'apparente au concept de la propriété intellectuelle comme au droit des brevets, et le tribunal français tente plutôt d'apprécier l'*originalité* de l'auteur, au sens artistique du terme. »²³⁸¹

Il en est autrement dans le domaine de la création artistique : si Vincent Van Gogh n'avait pas peint, il est fort peu probable que le tableau de *La Nuit étoilée* ait jamais été produit, voire que son style si particulier ait été développé par un autre. Dans le même ordre d'idées, si John Ronald Reuel Tolkien n'avait pas écrit *Le Seigneur des Anneaux*, cette œuvre considérée actuellement comme incontournable n'aurait très probablement

²³⁷⁷ Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 127, n°215.

²³⁷⁸ En droit suisse: art. 1 ; 7 ; 7a à 7c LBI (RS 232.14) ; en droit européen : art. 54 CBE 2000.

²³⁷⁹ En droit suisse: art. 1 al. 2 LBI (RS 232.14) ; en droit européen : art. 56 CBE 2000.

²³⁸⁰ ATF xxx

²³⁸¹ Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit., p. 123 ; c'est l'auteur qui souligne.

jamais vu le jour sous cette forme, et peut-être en serait-il autant du genre qu'il a suscité, la *fantasy*. La raison tient à l'ouverture des possibles, beaucoup plus grande en art qu'en science, et à l'importance de chaque détail sur l'ensemble. D'où que vienne l'inspiration, c'est par l'auteur qu'elle passe. Même les Impressionnistes, habités qu'ils étaient par des approches assez parentes de la peinture et nourris des échanges intenses qu'ils pouvaient avoir entre eux, ont développé chacun son propre style. Dans le domaine littéraire, le groupe des *Inklings*, bien que divisé sur la vision de certains de ses membres à propos la question – essentielle à leurs yeux – de la vérité des mythes, donnera des œuvres aussi différentes que *Le Seigneur des Anneaux* de John Ronald Reuel Tolkien et les *Chroniques de Narnia* de Clive Stample Lewis²³⁸². Ce n'est que lorsque les artistes s'inspirent de l'actualité ou des thèmes à la vogue que leurs œuvres peuvent se rapprocher sensiblement les unes des autres, au point de faire parfois croire à une contrefaçon. En regard, l'AC, attaché aux inventions formelles, et récusant dans l'originalité qu'il recherche toute forme d'authenticité, s'éloigne en cela de la recherche artistique pour se rapprocher de la démarche propre à l'innovation technique. Ce n'est pas un hasard s'il semble rapidement être arrivé à bout de souffle, tant il est difficile de trouver d'innovations formelles en art qui soient justifiées par la démarche artistique elle-même plutôt que par le désir de faire sensation et d'attirer l'attention sur soi.

L'originalité, entre nouveauté et authenticité

La notion d'*originalité* est aujourd'hui « vivement critiquée, et depuis fort longtemps, tant par les auteurs eux-mêmes, que par les philosophes et même, désormais, par certains tribunaux »²³⁸³. Il s'avère ainsi crucial de se pencher sur l'ambivalence propre au concept d'originalité dans son application au droit d'auteur. Le terme recouvre en effet deux sens fort distincts : la notion de *nouveauté* – d'ordre formel et objectif – et celle d'*authenticité* – qui vise plutôt la dimension subjective de l'œuvre, autrement dit la qualité du lien qui la rattache à l'auteur. L'œuvre nouvelle (innovante, inédite, neuve, première, jamais vue) correspond à une œuvre objectivement différente de toutes celles qui l'ont précédée, alors que l'œuvre authentique (personnelle, originelle, intègre) est celle qui est *tirée du propre fonds de l'auteur*, autrement dit qui n'est pas le résultat d'une imitation.

Les deux notions diffèrent au point qu'une œuvre peut être authentique sans être nouvelle, ou s'avérer nouvelle sans être nécessairement authentique. Un auteur peut ainsi, en toute bonne foi, avoir créé une œuvre fort similaire à une œuvre antérieure dont il ignore jusqu'à l'existence ; il s'agira alors d'un cas de *création parallèle* ; mais il est également possible qu'il produise une œuvre sans précédent formel qui ne reflète

²³⁸² Voir notamment Michael COREN, *J.R.R. Tolkien – Le créateur du Seigneur des Anneaux*, Hurtubise HMH, Montréal 2001, pp. 82 ss.

²³⁸³ Christiane CARLUT, *Contribution à une réflexion sur la liberté artistique d'appropriation*, op. cit., chapitre « L'auteur et son œuvre : critique de l'originalité ».

pas pour autant ses préoccupations intimes ni ne porte sa marque personnelle et, pour ainsi dire, irréductible ; tel sera notamment le cas des communications scientifiques ou techniques, qui visent davantage la nouveauté que l'authenticité. La différence entre les deux notions ne tient pas seulement au fait que, les *idées* n'étant pas protégeables, « une création reprenant une idée antérieure peut être originale »²³⁸⁴ : cette approche, somme toute assez courante, fait appel à la notion de *création parallèle* en vertu de laquelle on admet généralement que les techniques d'expérimentation ou les idées – même portant sur la mise en forme d'une œuvre – puissent donner naissance à plusieurs œuvres également originales :

« un auteur sera toujours libre d'aligner des boîtes de soupe Campbell à la Warhol, car le droit d'auteur des ayants droits d'Andy Warhol ne porte que sur la reproduction de son propre assemblage. Si la seconde expérience se rapproche dans son résultat du résultat de la première, il s'agit d'un cas de création parallèle laquelle sera protégée en elle-même.

[...] G. Karnell semble avoir démontré que les hypothèses de créations parallèles sont fréquentes dans l'art contemporain²³⁸⁵ : la réflexion à ce propos fait découvrir la vraie nature du droit d'auteur et celle des exigences en matière d'originalité. L'on remarquera deux cas récents de créations parallèles jugées par la jurisprudence, concernant une école Bauhaus²³⁸⁶, et une voiture en damier par le peintre Yves Corbassière²³⁸⁷ alors que d'autres peintres avaient déjà eu cette idée auparavant. »²³⁸⁸

Plus profondément, la notion de création parallèle devrait même s'appliquer à certaines œuvres dont la *forme* est commune, en ce sens que deux œuvres formalisées – autrement dit exprimées – de manière très similaire peuvent néanmoins s'avérer authentiques, pour autant que chacune d'elles ait été tirée du propre fond de son auteur. Certes, ce cas reste théorique en raison de la multiplicité potentielle des formes adoptées par l'art et ouvertes à toute œuvre. Il reste néanmoins essentiel de défendre le critère spécifique de l'originalité comprise dans le sens d'authenticité si l'on veut résolument le distinguer de la notion de nouveauté. La délicate question de la preuve juridique que l'auteur accusé de contrefaçon pourra apporter pour sa défense ne change rien sur le fond ; on imagine que celle-ci puisse notamment consister en la présentation de ses nombreux tâtonnements ou repentirs en cours de gestation.

²³⁸⁴ S.A.C.D. (SOCIÉTÉ DES AUTEURS ET COMPOSITEURS DRAMATIQUES), *L'Auteur et son œuvre* [a], <http://www.sacd.fr/L-auteur-et-son-œuvre.202.0.html>, chap. « Premier crière : l'originalité de l'œuvre ».

²³⁸⁵ Gunnar KARNELL, *Die Doppelschöpfung als urheberrechtliches Problem*, dans *Mélanges Joseph Voyaume*, Payot, Lausanne 1989, pp. 149 ss, cité par François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 40, n°57.

²³⁸⁶ ATF 117 II 466.

²³⁸⁷ CA Paris, 26 février 1991, Gazette du Palais 18/19 septembre 1991, pp. 16 ss

²³⁸⁸ François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., pp. 39-40, n°57 ; il n'est toutefois pas certain que le droit d'auteur actuel soit aussi permissif que François Dessemontet l'affirme, en raison notamment des lois internationales applicables en la matière et de l'influence grandissante du *copyright* sur les autres systèmes. De nombreux exemples témoignent d'une interdiction des créations parallèles dans les faits (voir notamment ci-dessus, partie 04 05 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur – Mises en perspective technique, économique et sociale »), chap. « Les "industries culturelles" », à propos de Tim WU, *Harry Potter and the International Order of Copyright* [a], op. cit.).

La notion d'originalité est souvent entendue dans le langage courant en tant que synonyme de *nouveauté* : original est celui qui se démarque des autres. C'est en quelque sorte pour la plupart d'entre nous le pendant *externe* – pour ne pas dire *visible* – de l'authenticité : une source autonome devrait, pense-t-on, déployer des effets qui lui sont propres, aisément distinctifs. Mais la notion de nouveauté étant plus évidente à conceptualiser que celle d'originalité, la jurisprudence illustre en maintes décisions la tendance des juges à affirmer de manière appuyée la différence existant entre originalité et nouveauté alors qu'*in concreto* ils les confondent quelques lignes plus loin²³⁸⁹. Hélène Maurel-Indart écrit, à l'appui de son affirmation « Original n'est pas nouveau »²³⁹⁰ :

« Tandis qu'en droit français l'originalité est une notion subjective, liée à l'empreinte personnelle de son auteur, le *copyright* considère une œuvre comme originale dès lors qu'elle n'est pas copiée d'une œuvre et même si elle est banale et ordinaire. C'est le critère objectif utilisé, indépendamment de toute appréciation sur le caractère novateur ou personnel de cette œuvre. L'essentiel est qu'elle émane de l'auteur, même si elle ne présente aucun intérêt particulier. »²³⁹¹

Il n'est toutefois pas certain que ces considérations correspondent à la réalité des prétoires. N'entend-t-on pas couramment par « original » ce qui sort de l'ordinaire, ce qui n'est pas banal ? Et l'ordinaire n'est-il pas le « déjà vu », ce qui s'oppose à la nouveauté ? Cette confusion se retrouve à toutes les étapes de l'examen opéré par les juges. Ainsi l'existence d'une contrefaçon suppose que l'œuvre contrefaite soit protégée, donc originale. Mais les juges, pour en décider, entreprennent une recherche d'antériorités – critiquable en elle-même²³⁹² – l'originalité tombant « dès lors qu'est établi qu'au moins une œuvre similaire lui est antérieure »²³⁹³. Outre qu'un examen d'antériorité consacre *de facto* une présomption fort discutable en faveur de l'œuvre réputée contrefaite²³⁹⁴, l'existence de toute *antériorité* ne prouve-t-elle pas plutôt l'absence de *nouveauté* ?

La nouveauté est un critère extérieur et relatif : est nouvelle l'œuvre qui se distingue peu ou prou quant à la forme de toutes celles qui l'ont précédé. Elle convient davantage de ce fait à la conception de l'AC, ainsi qu'aux créations industrielles. La démarche de l'AC, qui vise non à faire de l'art mais à développer un « discours sur

²³⁸⁹ Voir notamment Cass., Ch. Crim., 22.06.1967, Citroën ; Cass., Ch. com., 24.01.1995, dessin de virole ; Cass., Ch. civ. 1, audience publique 05.07.2006, à propos de l'arrêt de la CA Paris, 4^{ème} ch., citées par Agnès TRICOIRE, *Le Droit d'auteur au service de l'industrie ou la mort de l'autonomie de l'art* [a], op. cit., pp. 6-7, notes 9 à 12.

²³⁹⁰ Hélène MAUREL-INDART, *Du Plagiat*, op. cit., p. 135.

²³⁹¹ *Ibid.*, p. 140.

²³⁹² Exemple : TGI de la Seine, 08.03.1963, Dame Soïme c. Henri Salvador et autres, dans RIDA n°41 (octobre 1963).

²³⁹³ Philippe MOURON, *De la contrefaçon en matière musicale stricto sensu*, <http://junon.u-3mrs.fr/03ired01/Main%20docn/PLA/chron-contrefaçon.pdf>, chap. « Règles de détermination », p. 3

²³⁹⁴ Voir ci-dessous, chap. « Critique de l'examen de similitude », pp. 723 ss.

l'art », le condamne à toujours viser la nouveauté formelle. Or la recherche d'une nouveauté formelle s'oppose à l'idée que l'art n'a pas d'histoire, donc ne peut fondamentalement pas évoluer comme le font les techniques²³⁹⁵. Quant aux « arts industriels », les impératifs pratiques qui dirigent l'industrie tracent les lignes d'un programme qui va guider de part en part la démarche du concepteur, et qui, le plus souvent, relève de l'apparence et du décoratif. Les productions des graphistes, des stylistes et autres dessinateurs industriels (« *designers* ») ne poursuivent-elles pas avant toute autre considération le but de faire vendre un objet en le rendant désirable ?²³⁹⁶ Et n'est-ce pas l'*apparence* sensible de l'objet que le droit des dessins et modèles, conçu tout spécialement pour elles, entend avant tout protéger ?

Dès lors que les deux acceptions de la notion d'originalité semblent irréductibles, comment expliquer leur confusion presque constante par le législateur et par les juges ? Il convient de comprendre ses origines historiques et idéologiques.

Origines historiques de la confusion

Malgré leur différence essentielle, nombreux sont ceux qui amalgament les deux notions d'*originalité* et de *nouveauté*, notamment dans le domaine artistique. D'où vient donc cette confusion ? Sur le fond, elle semble avoir deux origines distinctes : capitaliste, d'une part, mais aussi – on le néglige trop souvent – romantique, aux effets convergents. S'y ajoute un regrettable souci d'« objectivité », dans un domaine où le souci de la *sujétité* devrait prédominer.

Le mythe romantique du génie solitaire a gravé dans les consciences l'image d'un auteur ne devant rien à ses prédécesseurs, « imperméable à toute influence extérieure » ; c'est ainsi que, dans la lignée de l'approche personnaliste, la production artistique a été posée comme l'« expression de la personnalité » de l'auteur, expression par laquelle le législateur tente de définir la notion d'originalité en matière de droit d'auteur. Mais en donnant à croire qu'il s'agit d'une production maîtrisée et élaborée par une personnalité autarcique, cette vision occulte les apports nécessaires de la tradition à la maturation de l'œuvre. L'idée que l'*originalité* doive passer par la proposition de formes *nouvelles* tient ainsi de l'idéologie romantique de l'auteur solitaire ne tirant son œuvre que de sa propre substance ; dès lors en effet que toute œuvre est créée pour ainsi dire *de rien*, à l'image de l'univers dans le récit de la Genèse, elle ne peut qu'être nouvelle en plus d'être authentique²³⁹⁷.

²³⁹⁵ Voir ci-dessus, chap. « Art et artisanat : l'art est-il une technique ? », pp. 596 ss.

²³⁹⁶ Voir ci-dessus, chap. « Autonomie ou unité de l'art ? – L'unité de l'art à l'épreuve du processus créatif », pp. 626 ss.

²³⁹⁷ Christiane CARLUT, *Contribution à une réflexion sur la liberté artistique d'appropriation*, op. cit., chap. « L'auteur et son œuvre : critique de l'originalité » ; toutefois, contrairement à ce que semble indiquer Christiane Carlut, il me semble que c'est la position autarcique de l'auteur romantique qui engendre nécessairement l'originalité de son œuvre et non le contraire.

De son côté, on l'a vu, le capitalisme a transformé l'œuvre en marchandise, à travers l'influence du *copyright* dont la tradition a évacué plus tôt qu'en droit civil le rapport de l'auteur à son œuvre²³⁹⁸. Perdant dans un tel contexte toute valeur intrinsèque, les œuvres ne peuvent que s'apprécier de manière relative, *a fortiori* dans un monde où leur reproduction, les multipliant à l'infini, semble avoir évacué leur *aura*²³⁹⁹ ; or la *nouveauté* ne se constate que par comparaison avec ce qui précède – d'où son caractère à la fois objectif et relatif – alors que l'*authenticité* relève du lien existant entre l'auteur et son œuvre – d'où son rattachement à la fois subjectif et absolu. On retrouve cette perte de valeur intrinsèque de l'œuvre dans le glissement opéré par la théorie de l'unité de l'art, qui, au-delà de ses aspects théoriques, poursuit le but manifestement mercantile exposé en 1939 par le député Joseph Massé : rendre « l'industrie artistique » française compétitive²⁴⁰⁰. C'est pourtant avec sens que le législateur avait soumis la protection du droit d'auteur à la condition d'originalité – pour autant qu'on l'interprète dans le sens d'authenticité – dont le caractère *absolu* s'associe bien au lien *intérieur* unissant l'œuvre à son auteur à travers le processus créatif –, et qu'il avait en regard soumis celle accordée aux dessins et modèles à la condition de *nouveauté*²⁴⁰¹, qui, en tant que critère *relatif*, répond bien à l'intérêt porté par les dessinateurs industriels à l'*apparence* des produits. La thèse de l'unité de l'art et le cumul de protection qu'elle rend possible conduit à une confusion entre ces deux critères pourtant incompatibles.

Les juges n'ont fait que suivre : la direction des affaires juridiques du CNRS confirme sur son site que les juges français du fond « distinguent de moins en moins les notions de nouveauté et d'originalité, notamment en matière d'art appliqué. Le critère d'originalité n'est plus subjectif mais devient objectif et l'on parle alors plus volontiers d'*apport intellectuel* de l'auteur »²⁴⁰². Il en est par exemple ainsi lorsque les juges parlent de « reprise des *éléments caractéristiques* fondant l'originalité de l'œuvre »²⁴⁰³. Agnès Tricoire relève de son côté plusieurs jurisprudences confondant allègrement les

²³⁹⁸ Voir ci-dessus, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « Les "fondamentaux" du capitalisme – une logique d'extension », pp. 154 ss.

²³⁹⁹ Walter BENJAMIN, *L'Œuvre d'art à l'heure de sa reproductibilité technique* [a], op. cit. ; l'analyse de Walter Benjamin est toutefois nuancée sous chap. « Le critère du nombre d'exemplaires produits », pp. 633 ss.

²⁴⁰⁰ Débat de la chambre des députés sur le projet de loi sur le droit d'auteur et le contrat d'édition présenté par Jean Zay, 1^{ère} séance du 29 juin 1939, JO 30.06.1939, n°46, cité par Agnès TRICOIRE, *Le Droit d'auteur au service de l'industrie ou la mort de l'autonomie de l'art* [a], op. cit., p. 3.

²⁴⁰¹ Pour être plus précis, c'est à l'exigence de *caractère propre* qu'il est ici fait référence. La loi française sur la protection des dessins et modèles industriels soumet en effet sa protection à deux conditions cumulatives : la *nouveauté*, qui s'entend ici comme une exigence de non-divulcation du modèle antérieure au dépôt, et le *caractère propre*, qu'il est tentant de rapprocher avec la notion d'originalité entendue dans le sens courant de « nouveauté » (C. N. R. S., *Droit d'auteur* [a], 07.09.2006, <http://www.sg.cnrs.fr/daj/propriete/droits>).

²⁴⁰² *Ibid.*, chap. « L'œuvre protégeable – l'originalité » ; c'est moi qui souligne.

²⁴⁰³ CA Paris, 2^{ème} ch., 07.01.2011, Tête à tête Arts c/ galerie Memmi, cité par Nadia WALRAVENS-MARDARESCU, *Les tables d'Yves Klein et le constat de contrefaçon : une protection effective par le droit d'auteur* [a], dans RLDI, n°74 (août/septembre 2011), pp. 6-11, p. 7 ; c'est moi qui souligne.

deux notions d'originalité et de nouveauté et note que la Cour de cassation elle-même consacre cette erreur²⁴⁰⁴. Au demeurant, l'examen préalable pourtant classique de la *banalité* d'une œuvre, afin de considérer si elle est digne de protection, relève bien lui aussi d'une notion de l'originalité qui l'assimile à la *nouveauté* : la banalité ne s'assimile-t-elle pas au *déjà-vu* ? Ce glissement peut aussi être imputé au constant souci juridique de s'ancrer sur des critères « objectifs » de protection, qui a lui aussi logiquement porté les juges, malgré leurs dénégations constantes, à donner à la condition d'originalité une tournure la rapprochant de la notion de nouveauté. Cette objectivation conduit à un changement de paradigme insidieux, parallèle à celui opéré en économie par le capitalisme, l'objet du droit passant en toute logique d'une œuvre considérée en regard de son auteur à une œuvre examinée dans son rapport aux autres œuvres, ce qui amène à voir en elle une simple *marchandise*. Si le souci de précision est louable, celui d'objectivité peut s'avérer pernicieux en matière de droit d'auteur, comme en tout domaine où la défense de la *sujétité* devrait prédominer.

À l'heure où les autofictions sont à la mode, d'autres causes travaillent à l'affaiblissement de la notion d'*authenticité* et œuvrent à la confusion générale dénoncée. L'*authenticité* ne saurait se confondre avec l'exemplaire original confronté à ses innombrables reproductions, ou la recherche du spontané, voire le respect idolâtrique du passé – du moins de l'idée qu'on s'en fait²⁴⁰⁵ –, encore moins avec la tentation d'atteindre une réalité « objective » à travers les fictions et les mondes virtuels qui nous sont proposés. Elle ne prétend pas davantage faire fusionner l'art avec la vie²⁴⁰⁶. L'*authenticité* dont il est avant tout question ici invite l'auteur à prendre une certaine distance avec les données quotidiennes afin de découvrir l'espace intérieur qui lui est propre et que sa vocation d'être humain le pousse à habiter :

« Deux aspects traversent cette aspiration pour ce qui semble vrai, naturel, authentique : tout d'abord le rejet de ce qui apparaît comme réification de l'individu pris dans le processus de mécanisation apparu au XIX^e siècle doublé d'une suspicion forte envers le processus industriel, qui transforme l'œuvre d'art en produit culturel dont la matérialité va se rapprocher d'une marchandise banale. »²⁴⁰⁷

D'autre part, privilégier le sens de *nouveauté* sur celui d'*authenticité* ne revient-il pas à favoriser le *savoir-faire* par rapport au *savoir-être*, tendance marquée et pour ainsi dire obsessionnelle de notre époque ? Martin Legros nous invite à réfléchir à propos des transformations que l'Internet exerce sur le savoir à travers la notion de *disponibilité* évoquée par Martin Heidegger. Les outils, les moyens de notre action, se caractérisent

²⁴⁰⁴ Cass., Ch. Crim., 22.06.1967, Citroën ; Cass., Ch. com., 24.01.1995, dessin de virole ; Cass., Ch. civ. 1, audience publique 05.07.2006, à propos de l'arrêt de la CA Paris, 4^{ème} ch., citées par Agnès TRICOIRE, *Le Droit d'auteur au service de l'industrie ou la mort de l'autonomie de l'art* [a], op. cit., pp. 6-7, notes 9 à 12.

²⁴⁰⁵ Françoise Chaudenson signale à juste titre certains paradoxes qui inspirent cette recherche d'authenticité historique (Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit., pp. 256-257).

²⁴⁰⁶ Voir ci-dessus, chap. « Art = vie ? », pp. 567 ss.

²⁴⁰⁷ Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit., p. 251.

par leur disponibilité ; il en est de même avec les reproductions des oeuvres. Or, pour le Martin Heidegger de *Sein und Zeit*²⁴⁰⁸, nous n'abordons pas comme « simplement subsistantes » (« *Vorhanden* ») les choses que nous considérons comme « sous la main » (« *Zuhanden* ») – autrement dit *disponibles* : la connaissance des choses sous un de ces deux modes d'être est irréductible à l'autre, si bien que le passage de l'un à l'autre suppose une « rupture de la préoccupation ». La perte de l'aura de l'œuvre que déplore Walter Benjamin ne vient-elle pas de la disponibilité des reproductions ? Martin Heidegger constatait en 1927 déjà que le régime d'utilité, appliqué initialement aux outils, s'étendait peu à peu à l'ensemble du monde environnant. Ainsi retrouvons-nous l'influence du rationalisme utilitariste, en particulier celui du capitalisme dénoncé plus haut²⁴⁰⁹. L'Internet, en nous apprenant à considérer la connaissance comme « à disposition », la prépare à sa lecture capitaliste de *marchandise*²⁴¹⁰

Outre que cette vision pointe sur la confusion actuelle entre *données* et *savoir* – on voit difficilement comment un *savoir* peut être « à disposition » autrement que comme *donnée* pour celui qui n'a pas fait l'effort de le faire sien –, elle montre à quel point nous nous fourvoyons dans une démarche d'accumulation là où la pléthore de données et d'opinions qui nous assiège devrait nous inciter à la distanciation intérieure que, parmi d'autres démarches, la création artistique rend possible. Mais elle ne le fait qu'à travers un travail personnel, un engagement de soi qui implique la confrontation à la réalité, à sa structure, à ce qui « résiste » à notre projet initial et nous pousse en conséquence à aller au-devant de la part de nous-même qui nous est inconnue. Et c'est précisément de ce travail que l'Internet prétend à tort nous affranchir : chercher à se libérer des contraintes pour pouvoir mieux penser, c'est encore se situer dans le régime général de l'« utilité » et refuser l'indispensable travail sur soi-même nécessaire à la découverte de nos réponses authentiques. C'est sans doute ce qui fait tenir à Maryanne Wolf ces propos critiques à propos de l'influence d'Internet sur l'espace d'intériorisation que constitue pour elle la « lecture profonde » :

« Le principe proustien touche précisément à cette dimension de la lecture dont l'avenir est, je le crains, en question avec le développement du numérique : observer ce qui se présente à nous et ensuite éprouver le désir de penser par nous-mêmes, d'interpréter, d'analyser, d'apposer un regard critique – c'est tout cela que j'appelle la lecture profonde. C'est un lieu propice à l'épiphanie, l'apparition de ce qui était auparavant caché. »²⁴¹¹

Il ne s'agit pas de décrier sans nuances Internet, mais de rendre compte de l'illusion qu'il ne manque pas de nourrir chez celui qui croit pouvoir grâce à lui s'affranchir de

²⁴⁰⁸ Martin HEIDEGGER, *Être et Temps*, Nrf Gallimard, coll. Bibliothèque de philosophie, Paris 1986 [1927].

²⁴⁰⁹ Voir ci-dessus, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « Objectification et destruction de la Nature », pp. 186 ss, p. 187.

²⁴¹⁰ Martin LEGROS, *Apprendre à l'ère d'Internet* [a], dans Philosophie Magazine, n°62 (septembre 2012), pp. 36-37, p. 37.

²⁴¹¹ Julien CHARNAY, *Pourquoi nous ne lisons plus comme avant* [a], op. cit., pp. 40-41 ; voir la citation complémentaire de Maryanne Wolf ci-dessus, p. 582, note 2101.

ce travail intérieur. Loys Bonot, cet enseignant parisien qui s'est fait remarqué sur l'Internet par son article où il décrit de quelle manière il a pu piéger ses élèves dans le cadre d'un commentaire de texte, a cet aveu d'une grande profondeur :

« j'ai voulu prouver [à mes élèves] que, davantage que la paresse, c'est un manque cruel de confiance en eux qui les pousse à recopier ce qu'ils trouvent ailleurs, et qu'en endossant les pensées des autres ils se mettent à ne plus exister par eux-mêmes et à disparaître. »²⁴¹²

Internet, en un mot, ne nous affranchira pas du travail d'appropriation nécessaire à toute création²⁴¹³. Il s'agit à présent d'en éclairer les mécanismes.

Originalité et création par appropriation

L'œuvre ne vient pas *de rien* à son auteur, et très rarement de sa seule expérience. Macrobie, conscient de la nature compilatrice de ses *Saturnales* – et, sans doute, de nombreuses autres œuvres – ne disait-il pas déjà « omne meum, nihil meum », que l'on peut traduire par « Tout est mien, et pourtant rien n'est mien » ? Le concours des influences donne toutefois souvent lieu à la constitution d'une œuvre *originale* dont l'unité lui vient d'un propos distinct capable de réorienter ses emprunts. Robert Burton, citant Macrobie, l'admet dans la préface qu'il donne à son *Anatomie de la mélancolie* :

« Une bonne ménagère tisse une pièce de tissu avec diverses toisons, une abeille récolte la cire et le miel dans une multitude de fleurs, ainsi nous nous saisissons de tout et le mettons sous un nouvel emballage »²⁴¹⁴.

Sans doute Robert Burton se sent-il en 1621 écrasé par la pléthore de livres que l'imprimerie à caractères mobiles suscite depuis plus d'un siècle, mais le travail du miel à partir de pollen consiste en davantage qu'un simple « changement d'emballage ». C'est la structure même qui est ici originale, le « fil rouge » autour duquel l'œuvre s'organise et qui donne un tour nouveau à ce qui fait sa matière. Ainsi, le processus de création par appropriation ne se résume pas à la somme des emprunts pratiqués par l'auteur, raison qui explique les limites de la démarche d'un Gustave Lanson lorsqu'il tentait de dégager l'originalité propre de l'œuvre par retrait de toutes les sources extérieures détectées. Comme le souligne fort justement Hélène Maurel-Indart, « La méthode des sources suppose que le processus de création fonctionne par *augmentation*, en négligeant tout ce phénomène *fusionnel* qui fait de l'œuvre non pas un texte totalement nouveau mais original »²⁴¹⁵. La création par appropriation pratique une *transposition* fondamentale de ses sources d'inspiration, qu'il s'agisse de la Nature ou d'œuvres de prédécesseurs, une véritable *métamorphose*, ou, plus prosaïquement, une forme de *manducation*. L'œuvre, à

²⁴¹² Loys BONOD, *J'ai piégé le Net pour donner une bonne leçon à mes élèves* [a], 22.03.2012, dans Rue89, <http://www.rue89.com/2012/03/22/jai-piege-le-net-pour-donner-une-lecon-mes-eleves-230452>.

²⁴¹³ *Ibid.*

²⁴¹⁴ Robert BURTON, *Anatomie de la mélancolie*, Corti, Paris 2000 [1621], cité par Sylvie BALLESTRA-PUECH, *La naissance du roman moderne ou l'« écho du rire de Dieu » : rire et mélancolie dans le Tiers Livre, Don Quichotte et Tristram Shandy* [a], dans Loxias n°15 (15 décembre 2006 – *Autour du programme d'Agrégation de lettres 2007*) : rire et mélancolie dans le Tiers Livre, Don Quichotte et Tristram Shandy, p. 16.

²⁴¹⁵ Hélène MAUREL-INDART, *Le Système citationnel* [a], op. cit., p. 79 ; c'est moi qui souligne.

l'instar d'un organisme biologique, forme un tout dont chacune des parties, chacun des aspects rejaillit sur l'ensemble. Comme nous l'apprenait déjà Aristote, « Le tout est supérieur à l'ensemble de ses parties », et l'œuvre, en cela, ressortit bien d'une économie du sujet. La personnalité de l'auteur exerce une grande influence sur les directions de son travail, ses sujets, son traitement, ce qu'il révèle du monde. La notion capitale de « création de filiation », appelée aussi *création par appropriation*, se situe ainsi entre reprise et originalité, entre inspiration et contrefaçon, incluant les *transpositions* littéraires – à l'exclusion notoire des traductions.

La création par appropriation nous est d'autant plus difficile à appréhender que l'opposition entre création et imitation est fortement ancrée dans la tradition occidentale : François Flahault la fait remonter à Platon dans le domaine de l'être-soi, autrement dit de l'individualisation : à la conception de la personne authentique conçue comme « substance atemporelle indifférente aux âges de la vie » et qui, parfaitement autonome, ne tirerait sa substance que d'elle-même, tel l'arbre portant déjà sa forme parfaite dans la graine, s'oppose l'être-en-société, présenté comme radicalement aliénant²⁴¹⁶. L'opposition est d'autant plus forte que la voie médiane, qui voit l'individu devenir lui-même grâce à ses relations avec les autres et conçoit « le "naturel" comme une qualité acquise au contact des autres », est devenue « difficilement pensable », au sens littéral du terme, depuis le romantisme²⁴¹⁷. C'est du reste de cette époque, on s'en souvient, que remonte le mythe de l'artiste ne devant rien à personne.

Que faut-il donc entendre par *appropriation*? Pour Andrea Pinotti, « *Emprunter* signifie [...] reprendre, non pour imiter, répéter, mais plutôt pour transformer, varier, et, à la limite, inverser. Continuer pour rompre ou rompre pour continuer ? »²⁴¹⁸. Antoine Compagnon définit de son côté l'appropriation de manière plaisante : « S'approprier, ce serait moins saisir que se ressaisir, moins prendre possession d'autrui que de soi »²⁴¹⁹. Il éclaire ainsi un fait capital : c'est l'œuvre autant que lui-même que l'auteur découvre à travers le processus créatif et à travers ce qu'il emprunte à autrui. La création par appropriation rend justice à la dette que tout auteur contracte envers ses prédécesseurs, autrement dit envers la société comprise comme véhicule de la tradition, et comme son propre révélateur :

« Dans toute création, il y a une part qui incombe spécifiquement à l'auteur et une autre qui incombe à la société. Toute œuvre est faite d'emprunts plus ou moins directs qui traduisent la

²⁴¹⁶ François FLAHAULT, *Be yourself !*, op. cit., p. 59; p. 81; p. 84.

²⁴¹⁷ *Ibid.*, pp. 106-107

²⁴¹⁸ Andrea PINOTTI, *Archéologie des images et logique rétrospective – Note sur le « Manétisme » de Warburg* [a], (ci-après : *Archéologie des images*), dans *Images Re-vues*, hors série n°4, (2013, *Survivance d'Aby Warburg*), n°18 ; c'est l'auteur qui souligne.

²⁴¹⁹ Antoine COMPAGNON, *La Seconde Main*, Le Seuil, Paris 1979, p. 351, cité par Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit., p. 301.

dettes de l'auteur par rapport à la société »²⁴²⁰.

L'intégrité de la démarche créatrice n'est pas remise en cause pour autant ; il est toutefois incontestable que tous les grands noms de la littérature ont plagié, au sens (trop) extensif que nous donnons à l'heure actuelle à ce terme, tant il est vrai que le caractère exclusif du droit de propriété âprement défendu par les pourfendeurs de contrefaçons le rapproche de l'hypothèse romantique :

« peu d'écrivains du passé, notamment parmi les plus célèbres, échappent à l'accusation de plagiat ou de reprise : que ce soit La Fontaine, Racine ou Shakespeare, on cherche vainement quel grand auteur échappe totalement à cette suspicion généralisée »²⁴²¹.

La création, même la plus personnelle, se développe en effet essentiellement par réappropriation²⁴²², comme le suggère notamment la théorie schumpetérienne de la « destruction créative » applicable au domaine des inventions, si bien que tout peintre ou écrivain, fût-il de génie, cache un emprunteur, pour ne pas dire un plagiaire :

« Le recours ou l'emprunt aux prédécesseurs ou aux concurrents, parfois assumé, parfois contourné, se retrouve en permanence dans l'histoire de toutes les littératures et ces pratiques en sont même constitutives. Montaigne, comme tant d'autres, ne faisait pas mystère de ces emprunts »²⁴²³.

Cette appropriation se distingue de la réappropriation telle que l'AC la conçoit, par reprise d'une partie de l'œuvre d'autrui pour la retravailler, la déformer et l'intégrer dans une autre construction, par « copier / coller » en quelque sorte ; ainsi de certains montages vidéo, de photo-montages ou de la pratique musicale du « *sampling* ». L'appropriation dont il est fait cas ici est d'ordre plus essentiel. Il s'agit non pas de reprendre les éléments de l'œuvre d'un tiers, mais de l'étape nécessaire d'un processus d'assimilation, d'intériorisation, ou, pour mieux dire, d'*individualisation* du regard de l'auteur, et, marginalement, de son style. Lorsque Édouard Manet peint en 1863 *Le Déjeuner sur l'herbe*, qu'il dénommait alors *Le Bain*, deux peintres l'inspirent : le Titien, par son *Concert champêtre* exécuté en 1508, lui offre le thème de base, l'idée d'un groupe assis de deux hommes, habillés à la mode du temps, accompagnés d'une jeune femme dévêtue, en pleine campagne, une seconde jeune femme, tout aussi dévêtue, se démarquant du groupe²⁴²⁴ ; un détail du *Jugement de Pâris*, de Raphaël Sanzio, dessin aujourd'hui perdu que nous connaissons à travers une gravure de Marcantonio Raimondi exécutée entre 1514 et 1518, qui lui servira pour le choix de la pose de ses trois personnages principaux. Quant à Raphaël, il semble lui-même s'être inspiré pour ce groupe du détail d'un bas relief hellénistique du III^e siècle de notre ère intégré à un sarcophage romain figurant une nymphe et deux dieux-fleuve. Alors que sur le bas-relief la nymphe regarde le ciel, la gravure de Marcantonio Raimondi la

²⁴²⁰ Dominique SAGOT-DUVAUROUX, *La Propriété, c'est le vol !* [a], op. cit., p. 11.

²⁴²¹ Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art ?*, op. cit., p. 126.

²⁴²² Ejan MACKAAY, Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, op. cit., n°1144, p. 320 ; n°1146, p. 321.

²⁴²³ Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art ?*, thèse, op. cit., p. 381.

²⁴²⁴ Andrea PINOTTI, *Archéologie des images*, op. cit., n°21.

figure regardant directement le spectateur ; or c'est ce détail repris par Édouard Manet qui a précisément le plus choqué ses contemporains²⁴²⁵.



Titien, *Le Concert champêtre*, 1508 ; Musée du Louvre, Paris.



Marcantonio Raimondi, détail, d'après le *Jugement de Pâris* de Raphaël Sanzio, vers 1515 ; source : <http://www.idixa.net/Pixa/pagixa-0707172255.html>

Le résultat, quoique visiblement inspiré des deux premières œuvres, est très original. C'est un Manet, indiscutablement, tant par le traitement de la scène que par son thème – deux jeunes étudiants allongés discutent avec conviction dans un parc, accompagnés d'une jeune femme rêveuse qui se sèche au soleil sur la couverture improvisée de ses vêtements, après s'être baignée dans l'étang du second plan où la compagne de l'autre personnage se trouve encore. Édouard Manet pousse plus loin la démarche du Titien, jouant non seulement du contraste entre les formes et la nudité crues de la jeune distraite et les vêtements sombres de l'étudiant qui lui fait face, mais, par le regard de cette dernière fixant le spectateur et, l'incluant de ce fait dans la construction, crée un espace qui se prolonge encore par un troisième plan créé par la figure intermédiaire de la baigneuse, vêtue dans le simple appareil d'une chemise mouillée aux plis clairs et fragiles.

²⁴²⁵ Hubert DAMISCH, *Le Jugement de Pâris, Iconologie analytique*, vol. 1, Flammarion, coll. Champs Arts, Paris 2011 [1992], p. 116 ; p. 168.



Édouard Manet, *Le Déjeuner sur l'herbe* (titre original : *Le Bain*), 1863 ; Musée d'Orsay, Paris.

Ce n'est pas un hasard si le tableau choque à l'époque, alors qu'au Louvre le *Concert champêtre* du Titien voit dans le même temps défiler des dizaines d'amateurs sans éveiller de scandale : il s'agit bien d'une scène contemporaine, le corps dénudé est celui, concret, d'une jeune femme dont la peau blanche et les formes ne sont pas celles d'une muse ; le tableau trahit le regard original d'un homme qui appartient à son siècle.



Pablo Picasso, *Le Déjeuner sur l'herbe*, 1961



Francis Moreeuw, *Le Déjeuner sur l'herbe*, 1987

En 1961, Pablo Picasso s'inspire du tableau d'Édouard Manet et le réinterprète à sa façon, avec son regard et son style, à travers deux versions très différentes l'une de l'autre. En 1987, Francis Moreeuw s'attelle à son tour, après de nombreux autres, à la reprise du thème ; là encore, on reconnaît aisément tant la source que les apports

personnels du peintre. L'art, comme la littérature, sont ainsi faits d'influences, de reprises, de réinterprétations, d'imitations, voire de copies, de démarquages aussi. Aby Warburg, le père de l'iconologie, a ainsi illustré à travers toute son œuvre en quoi la force des grandes œuvres ne tient pas « dans le rejet des formes anciennes, mais dans les écarts subtils induits par leur transformation »²⁴²⁶, ce que Pierre Delain traduit par l'idée que « ce qui compte est moins ce qu'une œuvre représente ou manifeste que ce qu'elle transforme »²⁴²⁷. Nombreux sont les peintres qui ont fait leurs débuts en imitant les Maîtres, apprenant ainsi leur propre langage à travers la découverte de ce qui leur échappe mais qui ne manque pas de sourdre à la surface de la toile. Un trait commun les rassemble : en reprenant ce thème, aucun d'entre eux n'a craint un procès pour contrefaçon. Aucun d'entre eux n'a même eu l'idée de consulter un avocat pour savoir s'il avait le droit de le faire.

Le domaine public se construit lui aussi selon un processus cumulatif, chaque élément de culture éclairant tous les autres de sa profondeur :

« toute forme de connaissance et d'expression culturelle humaine est cumulative, en ce sens que les innovations s'ajoutent à la marge, s'édifiant sur du contenu existant ou recombinaison celui-ci »²⁴²⁸.

Luis Ansa nous rappelle ce principe de la création, faite d'apports successifs qui nourrissent une démarche qui reste personnelle :

« L'homme seul n'existe pas. Chaque "auteur" n'est en réalité que le terminal temporel d'une longue chaîne de recherche, le résultat d'une évolution consciente, incluant ceux qui le précédèrent et préparèrent son éclosion. Nous l'avons peut-être oublié, mais la réalité de toute œuvre majeure est, en fait, l'aboutissement d'un processus évolutif contenant des agents fécondateurs si discrets qu'ils furent rarement identifiés comme tels. »²⁴²⁹

Cet exemple nous montre qu'il est essentiel, afin d'accorder au domaine public une protection positive, de ne pas se contenter de l'asseoir sur une simple limitation de principe de la durée des droits conférés à l'auteur, mais d'établir la durée des droits en appréciant l'obsolescence estimée de l'œuvre, afin de ne pas encourir le risque de ne voir intégrer le domaine public que des œuvres ayant perdu tout intérêt pour la collectivité. Ce souci est par exemple évoqué par Stéphanie Carre :

« Peut-on affirmer que les frontières du droit d'auteur, dans le temps et dans l'espace, sont dessinées par l'intérêt du public ? [...] La limite dans le temps de la propriété littéraire et artistique sera

²⁴²⁶ Aby Warburg, *Le « Déjeuner sur l'herbe » de Manet – La fonction préfiguratrice des divinités élémentaires païennes pour l'évolution du sentiment moderne de la nature* (ci-après : *Le « Déjeuner sur l'herbe » de Manet*), dans *Miroirs de faille. À Rome avec Giordano Bruno et Edouard Manet*, 1928-29, M. Ghelardi, Les presses du réel, Paris 2011, p. 126.

²⁴²⁷ Pierre Delain, *Ce qui compte est moins ce qu'une œuvre représente ou manifeste que ce qu'elle transforme* [a] (ci-après : *Ce qui compte*), <http://www.idixa.net/Pixa/pagixa-1202171811.html>.

²⁴²⁸ Ejan Mackaay, *Analyse économique de la vie*, op. cit., p. 3.

²⁴²⁹ Luis Ansa, *Le Quatrième Royaume*, op. cit., pp. 81-82.

analysée afin de déterminer si l'expiration du monopole d'exploitation manifeste la prise en compte de cet intérêt collectif. »²⁴³⁰

C'est pour cela qu'il importe de prendre en compte le processus par appropriation pour concevoir le périmètre et l'intensité des droits octroyés à l'auteur, au-delà des aléas culturels du moment. L'Antiquité considérait tout savoir comme une résurgence d'un passé mythique, le Moyen Âge voyait à sa suite la création comme un « héritage réactivé », là où le XVIII^e siècle, en raison de la montée de l'individualisation, perçoit dans la création l'« expression inédite » d'un individu isolé²⁴³¹ ; par un mouvement de balancier, l'intertextualité post-moderne, la pratique numérique du copier-coller et les hyperliens d'Internet nous rapprochent de la vision médiévale par le caractère collectif de la création, assortie toutefois d'un rapport à la tradition plus flou dû à l'explosion du nombre d'écrits disponibles²⁴³² et à la difficulté de l'homme moderne – de moins en moins cultivé²⁴³³ – à comprendre ses prédécesseurs.

La notion d'*appropriation* est souvent perçue comme synonyme d'*emprunt*. Il est impératif de l'en distinguer soigneusement, comme je le montrerai à propos du plagiat²⁴³⁴ : elle relève en effet davantage de l'influence inspirante que de l'emprunt de la forme, *a fortiori* de la copie servile. Son mécanisme fondamental consiste à appréhender le réel en parallèle de la connaissance rationnelle par une *assimilation* kinesthésique opérée à travers une véritable transposition formelle et imaginaire, qui fait dire au peintre Christine Sefolosha que « Ce qu'on n'a pas dessiné, on ne l'a pas vu »²⁴³⁵. Le philosophe Charles Pépin insiste lui aussi sur le caractère non dualiste de l'émotion esthétique lorsqu'il écrit : « une émotion esthétique peut [...] être définie comme une manière de *penser avec son corps* »²⁴³⁶. Cette association étroite du corps dans la compréhension du monde renvoie bien sûr au processus créatif lui-même et ne se limite pas seulement à l'émotion esthétique du spectateur de l'œuvre ; elle rappelle de manière puissante l'analyse de Jean-Paul Jouary concernant l'art paléolithique, pour qui l'esthétique se présente comme « la seule possibilité que l'humanité s'est donnée d'unir ce qui relève à la fois de la sensibilité et de la compréhension, sans que jamais l'une se déploie au détriment de l'autre »²⁴³⁷.

²⁴³⁰ Stéphanie CARRE, *L'Intérêt du public en droit d'auteur* [r], op. cit., vol. 2, n°595, pp. 458-459.

²⁴³¹ Hélène MAUREL-INDART, *Le Système citationnel* [a], op. cit., p. 80.

²⁴³² *Ibid.*, p. 80.

²⁴³³ Le système d'éducation contemporain se focalise sur l'acquisition de compétences, aux dépens de la culture générale (Angélique DEL REY, *À l'École des compétences*, op. cit.).

²⁴³⁴ voir ci-dessous, chap. « Le plagiat, repoussoir de l'originalité », pp. 705 ss.

²⁴³⁵ Patricia BRAMBILLA, *L'Art somnambule – Le monde de Christine Sefolosha* [a], op. cit., p. 103.

²⁴³⁶ Charles PÉPIN, *Quand la Beauté nous sauve*, Robert Laffont, coll. Les mardis de la philo, Paris 2013, p. 65 ; c'est l'auteur qui souligne.

²⁴³⁷ Jean-Paul JOUARY, *Préhistoire de la beauté – Et l'art créa l'homme*, op. cit., p. 117.

La notion d'appropriation prend alors deux sens, complémentaires : celui d'intériorisation du motif observé et celui d'intégration des modèles offerts par les prédécesseurs dans le flux d'une tradition inspirante. Comme observé à propos de *La Bicyclette bleue* de Régine Deforges, il peut y avoir appropriation par *transposition*²⁴³⁸, puisque cette dernière permet l'élaboration d'une œuvre « nouvelle et personnelle »²⁴³⁹, autrement dit *authentique*. L'œuvre transposée dans un autre contexte culturel ou expérientiel est originale au point qu'elle ne pourrait pas être créée par l'auteur de l'œuvre de référence, même s'il le désirait ; c'est ainsi que Joanne Kathleen Rowling, l'auteur de Harry Potter, aurait été proprement incapable d'écrire le livre de Dmitry Yemetz, *Tanya Grotter and the Magic Double Bass*, tout simplement parce qu'elle n'est pas slave²⁴⁴⁰. Ses éditeurs ont pourtant obtenu de l'éditeur de Dmitry Yemetz qu'il supprime le titre de son catalogue, alors qu'il était parfaitement autorisé à commercialiser les aventures de *Tanya Grotter* selon les lois de son propre pays et que son livre s'y était vendu à près d'un million d'exemplaires. Le tort de Dmitry Yemetz est d'avoir admis s'être inspiré du personnage créé par Joanne Kathleen Rowling et d'avoir eu l'intention d'écrire « une sorte de réponse russe à Harry Potter »²⁴⁴¹. Il est inquiétant que la loi internationale ait permis qu'on l'en empêche.

Cela est d'autant plus fâcheux que Joanne Kathleen Rowling s'est permise des emprunts assez évidents sur le plan symbolique non seulement à la tradition de féerie et à la mythologie, mais également au *Seigneur des Anneaux* de John Ronald Reuel Tolkien. Deux exemples parmi d'autres, mais combien significatifs : les « horcrux » façonnés par Voldemort, l'ennemi juré de Harry Potter, en particulier la bague de Gaunt, pour la fonction de l'objet, et le médaillon de Serpentard, pour l'influence néfaste qu'il exerce sur son porteur²⁴⁴², reprennent les caractéristiques essentielles et originales de l'Anneau Unique, bien qu'ils restent plus superficiellement liés à la quête de l'immortalité qu'à celle, plus universelle encore, du pouvoir ; la « pensine » de Dumbledore offre quant à elle d'étranges similitudes avec le « miroir » de Galadriel. John Ronald Reuel Tolkien a toutefois puisé à son tour son inspiration dans le patrimoine mondial, et son Anneau Unique rappelle la légende romaine de l'anneau de Gyges pour sa capacité à rendre invisible son porteur. Comble de l'ironie, il évoque aussi la légende russe du Géant sans cœur, connue sous le nom de *Koshchey l'immortel* : s'il est impossible de tuer Koshchey en l'affrontant en combat singulier,

²⁴³⁸ Tim WU, *Harry Potter and the International Order of Copyright* [a], op. cit.

²⁴³⁹ CA Paris, 21.11.1990, Régine Deforges et édts Ramsey c./ Trust Company Bank et héritiers Margaret Mitchell; voir ci-dessous, chap. « L'administration de la preuve au regard de l'originalité – préséance donnée à l'examen des différences », pp. 719 ss.

²⁴⁴⁰ Tim WU, *Harry Potter and the International Order of Copyright* [a], op. cit.

²⁴⁴¹ *Ibid.*

²⁴⁴² les « horcrux » apparaissent sur le devant de la scène dès le tome 6, *Harry Potter et le Prince de Sang-Mêlé* ; le médaillon de Serpentard apparaît lui aussi dans le tome 6, mais ses effets sur son porteur sont surtout décrits dans le tome 7, *Harry Potter et les Reliques de la Mort*.

c'est que son immortalité tient à un artifice : son principe vital, excorporé, a été placé dans une aiguille, cachée dans un œuf, lui-même celé dans le ventre d'une cane, nichée dans un lièvre, qui se trouve dans un coffre. Joann Kathleen Rowling n'a donc pas inventé grand'chose en imaginant le personnage maléfique de Voldemort « diviser son âme » et l'incorporer dans plusieurs objets qui devront impérativement être détruits avant qu'il ne redevienne mortel. Il ne s'agit pas ici de condamner de telles transpositions, propres à la création, mais de s'étonner que ceux qui la pratiquent puissent avec l'appui de la loi – ou de sa menace – empêcher d'autres d'en faire autant. Joann Kathleen Rowling et ses éditeurs se comportent comme s'ils étaient titulaires d'un monopole sur les récits se déroulant dans les écoles de sorciers, et cela n'est assurément pas fait pour « inciter à la création ». C'est ainsi avec une certaine surprise que l'on peut voir affirmé ici et là que le droit d'auteur actuel ne constituerait pas un monopole en raison de l'existence de créations parallèles également protégées²⁴⁴³ ; ces avis ne tiennent assurément pas compte de l'influence que le *copyright* exerce sur le droit d'auteur par le biais des conventions internationales. La possibilité théorique de créations parallèles semble brandie pour minimiser auprès du public la puissance de blocage effective des titulaires du droit d'auteur : la réalité du terrain dépasse largement le monopole attribué à une forme définie.

Cette attitude incisive de Joann Kathleen Rowling, qui affirmait vouloir se battre pour que personne ne puisse « profiter » des retombées de son personnage Harry Potter, s'accorde mal à la manière dont elle a littéralement *reçu* l'inspiration de cet univers qui allait en faire la première fortune d'Angleterre avant même la Couronne :

« C'est en 1990 que l'idée de Harry Potter et de son école de sorciers germe dans son imagination, lors d'un voyage en train. Elle voit alors une galerie de personnages aller envahir son esprit avec un réalisme saisissant »²⁴⁴⁴.

Encore une fois, que cette *vision* ou ce *rêve éveillé* lui soit venu à elle – à elle et personne d'autre –, et qu'aucun tiers n'ait à utiliser le fruit de son activité ou sa notoriété à ses dépens est une chose entendue. Mais s'opposer à ce qu'aucun autre auteur ne puisse prendre sa relève, même à travers des œuvres originales n'entamant aucunement l'intégrité de sa propre œuvre ou n'entravant pas ses ventes en est une autre. On ne peut ici s'empêcher de renvoyer à une règle évangélique, que l'on retrouve dans la sagesse des contes populaires : « Ce que vous avez reçu gratuitement, donnez le gratuitement ». Cette auteure, après cette vision, s'est vaillamment mise au travail et à cru à l'univers qui venait de lui apparaître, et cela mérite reconnaissance et moyens matériels. Mais inspiration, persévérance et travail ne justifient pas tout.

²⁴⁴³ Notamment : François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 122, n°171a.

²⁴⁴⁴ Joanne Kathleen ROWLING, *Harry Potter et les Reliques de la Mort*, (Harry Potter, tome 7), notice sur Joanne Kathleen Rowling, p. 887.

Précisons que la création par appropriation, telle qu'elle est ici comprise, doit être clairement distinguée de celle pratiquée par l'AC et les méthodes de « remix » ou de collage, courantes à notre époque. Avec la création par appropriation, l'influence de l'œuvre de référence porte sur l'*idée*²⁴⁴⁵, elle exerce le rôle de source d'inspiration. Si l'œuvre de référence sert de modèle, c'est toutefois de manière détournée, au point que le second auteur en revoit la trame en profondeur. L'appropriation prônée par l'AC s'en distingue en ce sens que l'œuvre de référence sert de *matériau de base* à l'élaboration du nouveau travail. La reprise de la forme d'une œuvre, en principe interdite, est ici autorisée dans la mesure où cette reprise n'emprunte que ses « éléments de base » pour les mettre au service d'une forme d'ensemble radicalement nouvelle : l'extrait d'une photographie sera par exemple utilisé dans un montage au service d'un motif et d'un propos tout différent, le son initial sera traité et déformé pour s'inscrire dans une autre composition au point souvent d'en devenir méconnaissable. À chaque fois, déformé ou non, l'élément emprunté est replacé dans une nouvelle perspective qui constitue l'objet de la nouvelle œuvre. Le cas limite est atteint par les « mosaïques » de photographies où des centaines de clichés sont assemblés en fonction de leur tonalité d'ensemble pour constituer un sujet totalement différent qui ne devient lisible qu'en prenant du recul : les clichés en question sont alors bien mis en perspective, mais restent pour la plupart reconnaissables, et c'est du reste ce qui constitue le nerf de l'effet d'étonnement recherché.

Dans le domaine visuel, c'est dans la structure même des images que s'inscrirait la dynamique de la création par appropriation. Ce processus ouvre ainsi de nouvelles pistes moins rigides et plus respectueuses du processus créatif que celles empruntées par le droit lorsqu'il entend établir la contrefaçon par simple comparaison entre deux œuvres. Serge Tisseron évoque trois corps de l'image, indissociables et complémentaires : un corps de *signification* – autrement dit sa valeur de représentation –, un *corps de transformation* – par lequel il entend son pouvoir dynamique d'unir, de désunir et de lancer l'imagination sur de nouvelles pistes –, et un *corps d'enveloppe* – en qui nous retrouvons le Moi-peau de Didier Anzieu²⁴⁴⁶. Alors que l'Occident n'a depuis des siècles reconnu à l'image que sa dimension signifiante, la réduisant souvent au rôle de « copie » ou de « reflet » du réel²⁴⁴⁷, c'est l'importance de ses corps d'enveloppe et de transformation qui la distinguent le plus du langage²⁴⁴⁸ ; or, dans les arts visuels comme dans la poésie, la création par appropriation fait avant tout appel au

²⁴⁴⁵ La distinction classique entre idée et forme est reprise ici par facilité, bien qu'elle se révèle, sans explication complémentaire, assez inadéquate pour établir le champ de protection souhaitable en matière de droits d'auteur (voir ci-dessous, chap. « Incarnation dans une forme », pp. 736 ss).

²⁴⁴⁶ Serge TISSERON, *Psychanalyse de l'image*, op. cit., p. 259.

²⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 19.

²⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 260.

corps de transformation de l'image. À ce titre, Serge Tisseron indique, après remarqué que *copier* une image est déjà une manière de la *transformer* :

« chacun tente toujours d'approprier les images étrangères créées par autrui en les utilisant comme matière des siennes propres. »²⁴⁴⁹

Cette transformation des images s'avèrerait d'autant plus vitale pour le sujet qu'elle lui évite d'être transformé par elles. Serge Tisseron montre en effet qu'à chaque type de désir fondamental correspond une forme d'angoisse : à celui de posséder l'objet en l'absorbant, qui est celui qui s'approche le plus du processus d'intériorisation du monde poursuivi par l'art²⁴⁵⁰ – bien qu'il s'en distingue encore fortement –, correspond l'angoisse d'être absorbé par l'objet²⁴⁵¹. Bien que le processus d'intériorisation soit beaucoup plus subtil et respectueux de l'autre que celui de sa possession par absorption²⁴⁵² – ce que la tradition théologique a éclairé en distinguant les notions d'*amour de charité* et d'*amour de concupiscence* – la transformation créative des œuvres d'autrui nous permettrait ainsi de juguler cette peur, voire de s'ouvrir et d'adopter une attitude autonomisante autant qu'active.

Originalité et œuvres collectives

Le développement actuel d'œuvres collectives nécessitant la collaboration de nombreuses professions sous la férule de l'industrie des loisirs complique cette relation de l'auteur au collectif par le biais de la tradition et à l'œuvre par le biais de l'organisation du processus de son élaboration; il fait prédire à certains une autre forme de la mort de l'auteur par « dissolution de la singularité de l'artiste »²⁴⁵³ et sa transformation en travailleur²⁴⁵⁴. Cette opinion est-elle justifiée ? Cela pourrait advenir si toutes les productions actuellement protégées par ce droit continuent à l'être selon un régime unique de protection. Il en va autrement s'il s'avère qu'il n'est pas justifié de faire bénéficier les ouvrages collectifs de la même protection que les œuvres individuelles. Le critère du processus d'élaboration permet-il de faire la part des choses, lui qui pèse tant dans le rôle que les industries des loisirs jouent actuellement ?

L'élaboration de ces produits mercantiles s'effectue selon une organisation pensée pour assurer à l'œuvre un succès populaire, et la réception de l'œuvre est souvent fabriquée par une publicité tapageuse. Sont concernés les films hollywoodiens, les dessins animés, les jeux vidéo ainsi que les livres à succès poussés par les grands groupes chapeautant le monde de l'édition, les fameux « *blockbusters* ». L'imitation

²⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 271.

²⁴⁵⁰ Voir ci-dessus, chap. « Vérification de l'approche personnaliste », pp. 562 ss, p. 565 ; chap. « L'art comme catalyseur de la réalité », pp. 567 ss.

²⁴⁵¹ Serge TISSERON, *Psychanalyse de l'image*, op. cit., p. 282.

²⁴⁵² Voir notamment ci-dessus, chap. « Même "traversé", l'auteur demeure actif », pp. 547 ss, p. 549.

²⁴⁵³ Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit., p. 295.

²⁴⁵⁴ Pierre-Michel MENER, *Portrait de l'artiste en travailleur*, op. cit.

des modèles ne se fait alors plus dans la perspective du développement de sa propre voix par l'intégration du style des auteurs précédents, mais de la reprise la plus étroite possible d'une recette qui a fait ses preuves et dont on désire reproduire le succès. La dimension collective de l'œuvre porte alors davantage sur l'organisation des processus d'élaboration, de financement et de réception que sur la chaîne des modèles qui l'inspirent – que l'on appelait la *tradition*. Et si l'on peut parler de *reprise* pour ces produits collectifs de l'industrie des loisirs, elle porte avant tout sur les recettes des succès précédents et vise autant que faire se peut la reproduction du *même* afin de réduire au maximum les risques de rentabilisation des investissements – d'où la prolifération de suites cinématographiques ou de séries télévisuelles ; nous sommes donc dans un modèle de maximisation du profit très différent de la création par appropriation où l'auteur cherche à évoluer par tâtonnements en se positionnant par rapport à ses prédécesseurs. Or la maximisation du profit nous fait retrouver la notion d'*utilité*. Nous en savons à présent assez sur le capitalisme et ses ressorts²⁴⁵⁵ pour évaluer la différence entre une production « culturelle » suscitée et diligentée par un investisseur poursuivant un but mercantile et une création dont l'auteur cherche le crédit afin d'être reconnu du public et – accessoirement – d'en vivre. Il n'est de ce fait pas certain que ces œuvres collectives constituent toujours des œuvres au sens strict du terme, ne fût-ce qu'au sens du droit souhaitable prôné par le présent travail.

Quant aux « œuvres libres », qui ne se limitent pas au domaine logiciel²⁴⁵⁶, il faut tout d'abord admettre que l'Internet et, de manière plus générale, les TIC favorisent comme jamais la création d'œuvres collectives dont le développement se fait par *apports successifs et non concertés*. En d'autres termes, le code distribué sous licence libre par le contributeur initial est suivi de développements effectués postérieurement par des individus qu'il ne connaît pas et dont l'effort est rarement fédéré par une feuille de route commune (« *road map* ») ou par un coordonnateur. Une fois le code divulgué, il échappe donc à son auteur initial, et le cours de ses évolutions est imprévisible. Cette caractéristique est si particulière que le droit français ou le droit canadien ne reconnaissent toujours pas les logiciels libres en tant qu'œuvres collectives, alors qu'ils concernent l'activité de millions de personnes : le droit français distingue en effet les œuvres créées à plusieurs de concert (œuvre de collaboration²⁴⁵⁷), les œuvres incorporant une œuvre préexistante reprise sans modifications (œuvre composite²⁴⁵⁸) et

²⁴⁵⁵ Voir ci-dessus partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), en particulier chap. « Les "fondamentaux" du capitalisme », pp. 151 ss.

²⁴⁵⁶ Il ne s'agit en effet pas seulement de codes, mais aussi de textes (on songe par exemple aux articles de l'encyclopédie libre Wikipedia) et d'œuvres visuelles (telles que celles protégées par la licence *Art Libre*).

²⁴⁵⁷ L'« œuvre de collaboration » est le résultat d'un travail commun antérieur à la première divulgation, dont les coauteurs ont agi de façon concertée dans la poursuite d'un objectif commun ou dont il est impossible de distinguer les apports de chacun.

²⁴⁵⁸ L'« œuvre composite » (art. L. 113-2 al. 2 CPI) est une « œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière », autrement dit une œuvre qui intègre telles quelles une ou plusieurs autres œuvres en son sein. Ainsi en est-il d'un programme d'ordinateur

les œuvres créées par plusieurs auteurs dont les contributions sont coordonnées par l'auteur initial (œuvre collective²⁴⁵⁹). Les conditions attachées à ces trois régimes particuliers en excluent on le voit presque systématiquement les développements effectués par les communautés du monde « libre » et investissent d'office l'auteur de l'œuvre originale des droits d'auteur sur les apports des contributeurs subséquents, ce qui justifie leur qualification d'« œuvre collective dérivée » par certains juristes²⁴⁶⁰ et s'oppose à l'application de règles spécifiques et supplétives à l'œuvre créée dans le cadre du modèle libre. Le droit canadien, qui applique à ce qu'il qualifie d'« œuvres collectives » les règles de la copropriété indivise, exige pour sa part qu'il soit impossible de disjoindre les apports de chaque contributeur²⁴⁶¹. Or tel n'est peut-être pas le cas des développements libres effectués dans le cadre de la licence libre la plus populaire, la GNU GPL, puisque celle-ci demande à chaque contributeur d'identifier ses apports dans le code source²⁴⁶². Le droit suisse, lui, par la simplicité de son système, reconnaît à ces développements le caractère d'œuvre commune, mais il le fait presque par accident : l'article 7 al. 1 LDA (« Qualité de coauteur ») attribue depuis la nouvelle loi de 1992 un droit d'auteur en commun dès que « plusieurs personnes ont concouru en qualité d'auteurs », autrement dit dès qu'il y a eu « création en commun »²⁴⁶³. Il suffit d'avoir concouru à la création d'une œuvre dans le cadre d'une

incorporant un correcteur d'orthographe (François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 240, note 813).

²⁴⁵⁹ L'« œuvre collective » (art. L113-2 CPI) suppose en droit français la réalisation de deux conditions cumulatives : l'existence d'un coordonnateur ayant eu l'initiative de l'œuvre, ainsi que l'impossibilité d'attribuer à chacun des auteurs des droits distincts sur l'ensemble. Le coordonnateur est alors seul investi des droits sur l'ensemble, aux dépens des autres collaborateurs. Il n'est pas certain que l'œuvre collective au sens du droit français corresponde à une application développée sous une licence libre telle que la GPL : soit qu'il soit possible d'identifier les apports respectifs des différents contributeurs, soit que l'existence d'un coordinateur soit niée, l'auteur initial ne donnant pas d'instructions de travail aux contributeurs (Mélanie CLEMENT-FONTAINE, *La Licence publique générale GNU (logiciel libre)*, op. cit., n°20 ; *contra* : Jean-Baptiste SOUFRON, *La Licence Publique Générale*, op. cit., pp. 9-10). On peut toutefois admettre que l'auteur initial qui gère les évolutions de son œuvre par le biais de versions de référence joue un rôle de coordinateur.

²⁴⁶⁰ Jean-Baptiste SOUFRON, *La Licence Publique Générale*, op. cit., p. 10.

²⁴⁶¹ Pierre-Paul LEMYRE, Richard WILLEMANT, *Problématiques juridiques des logiciels libres et ouverts : défis et solutions pour le gouvernement du Québec (RESOLL)* [r], Rapport de projet, Montréal 2005, <http://cirano.qc.ca/pdf/publication/2005RP-06.pdf>, p.48, § 133 s.

²⁴⁶² La version 2 de la GNU GPL semble clairement ôter toute chance à un code distribué sous son égide de se voir qualifiée d'« œuvre collective » par le droit canadien, puisque son art. 2 précise clairement : « Vous pouvez modifier votre copie ou vos copies du Programme [...] à condition de Vous conformer également aux conditions suivantes : [a] Ajouter aux fichiers modifiés l'indication très claire des modifications effectuées, ainsi que la date de chaque changement. ». Cela est beaucoup moins certain avec la version 3 de la GNU GPL. Son article consacré aux « Conditions de transmission des versions sources modifiées » stipule en effet de manière plus évasive que « la création doit comporter des mentions proéminentes indiquant que vous l'avez modifiée, et donnant une date correspondante » (art. 5 let. a GNU GPL v3, trad. française inofficielle établie par la Free Software Foundation, disponible à l'adresse <http://www.fsf.org/>).

²⁴⁶³ François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., pp. 240-241.

« collaboration créatrice » pour être coauteur au sens de l'article 7 al. 1 LDA²⁴⁶⁴. L'impossibilité de disjoindre les apports de chaque contributeur n'est plus un critère retenu par la loi.

Raffaele Simone évoque quant à lui un autre aspect – moins positif celui-là – du caractère collectif de la création : « la perte de la notion de textualité, avec la structure interne qui l'accompagne, et, au fur et à mesure, la disparition de l'idée même de l'"auteur" d'un texte »²⁴⁶⁵, due au caractère *impersonnel* ou consensuel de leur structure, de leur style et de leur propos, voire à l'impression fragmentaire qui s'en dégage. Il y a toutefois « œuvre collective » et « œuvre collective » : si les remarques de Raffaele Simone se justifient parfaitement, elles ne touchent qu'un certain type d'œuvres, dont le contenu peut s'accommoder d'un mode consensuel de gestation et qui correspondent dans les faits aux *œuvres libres*. Ces dernières, parfois aussi appelées à juste titre « œuvres évolutives », rassemblent pour l'essentiel des productions développées dans un but d'appropriation collective de contenus « utilitaires » ou « de référence » (une application logicielle, un article encyclopédique...) qui ne supposent pas un engagement intime de leurs auteurs comme le nécessitent des œuvres littéraires de fiction. Elles se *veulent* au contraire impersonnelles, fondées sur une mise en commun de compétences ou de connaissances « objectives », et s'il est requis des contributeurs qu'ils « signent » leur apport, c'est avant tout pour permettre à la communauté de se défendre contre d'éventuelles actions en contrefaçon émanant d'un tiers. Tel est le cas on l'a vu des logiciels libres et de l'encyclopédie libre Wikipédia, laquelle – fait significatif – indique à l'attention de ses contributeurs qu'elle n'entend pas voir ses articles devenir eux-mêmes des sources primaires, ceux-ci devant se contenter de renvoyer à de telles sources²⁴⁶⁶. Ceci dit, tout texte ayant la prétention de « faire lien » entre plusieurs sources primaires ne peut s'affranchir d'un effort soutenu dans la rédaction. Afin d'éviter toute lecture tronquée des sources, perte de structure ou contradiction dans le discours, leur mise en rapport suppose que l'on tienne compte du contexte et des présupposés propre à chacun des textes cités. C'est sans doute notamment ce type de démarche que Raffaele Simone évoque lorsqu'il souligne que « tous les médias de la connaissance [...] incorporent une épistémologie, une manière de penser et de se comporter que les utilisateurs doivent partager s'ils veulent se servir de ces ressources. »²⁴⁶⁷ Quant aux textes dont on

²⁴⁶⁴ Denis BARRELET, Willi EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur*, op. cit., p. 35 n°4 ad art. 7 LDA.

²⁴⁶⁵ Chiara PASTORINI, *Pourquoi nous n'étudions plus comme avant – entrevue avec le linguiste italien Raffaele Simone* [a], dans *Philosophie Magazine*, n°62 (septembre 2012), pp. 52-53, p. 53.

²⁴⁶⁶ « Wikipedia n'est pas une source primaire. Wikipedia rédige des articles sur un maximum de sujets, mais toujours en s'appuyant sur des sources externes. Pour chaque article, les références devraient être accessibles par les annotations et la bibliographie. Ceci permet au lecteur d'avoir à tout moment une idée de la fiabilité du contenu ou bien d'aller compléter ses recherches. » (http://www.fr.wikipedia.org/wiki/Aide:Tout_l_indispensable).

²⁴⁶⁷ Chiara PASTORINI, *Pourquoi nous n'étudions plus comme avant* [a], op. cit., p. 53.

s'attend au contraire à ce qu'ils soient personnels, autrement dit qu'ils expriment la pensée de leur auteur, ils ne peuvent pas faire l'impasse d'une réflexion propre de l'intéressé, qui implique un cheminement intérieur et une évolution de perspective ; cette démarche approche tout travail de recherche un tant soit peu sérieux d'une création au sens fort, avec les multiples remises en question et l'abandon (au moins partiel) du projet initial qui l'accompagnent. C'est du reste ces doutes et ces modifications qui permettent précisément l'évolution de l'œuvre et son accès à une forme de maturité. En regard, les travaux rassemblant d'autres travaux antérieurs en dépit du bon sens ou de l'honnêteté intellectuelle la plus élémentaire ne peuvent être qualifiés d'œuvres collectives ; plus exactement, ce n'est pas la notion d'œuvre collective qu'il faut mettre en question à travers ces mosaïques mais l'attitude inadéquate de leur « auteur » prétendu.

Les œuvres artistiques distribuées sous la licence *Art Libre* visent quant à elles avant tout la restauration d'une création par appropriation mise à mal par les derniers développements monopolistiques des lois sur le droit d'auteur, sans prétendre pour autant favoriser une création commune où l'apport de chacun ne serait plus reconnaissable²⁴⁶⁸. Les œuvres de *mix*, par exemple, dont la licence facilite la création, ne reprennent les œuvres précédentes qu'à titre de matériau pour les intégrer à une forme originale, ce qui ne correspond pas à la notion d'œuvre collective au sens formel du terme. Elles ne prétendent donc pas, en tant qu'œuvres collectives, à remplacer les œuvres individuelles, mais au contraire en facilitent l'élaboration.

Plusieurs conclusions peuvent être tirées de ce qui vient d'être dit. On peut s'étonner en premier lieu de ce que les œuvres libres et les millions de contributeurs qui les élaborent ne soient toujours pas pris en compte par les législateurs. Très à l'écoute des revendications bruyantes des majorats, les députés ne prennent toujours pas acte de ce mouvement de fond qui se déploie au bas mot depuis plus de vingt ans et fédère les efforts de millions de contributeurs à travers le monde. Les lois n'intègrent en effet tout simplement pas ce mode spécifique d'œuvre collective, alors qu'il mériterait à l'évidence un régime de protection particulier²⁴⁶⁹. Et si le droit suisse leur reconnaît le statut d'œuvre collective, c'est somme toute par hasard, par suite de la définition très large de ce type d'œuvre. Il y a quelque chose de choquant dans cette surdité. Ceci dit, la stratégie contractuelle mise en place par Richard Stallman et la Free Software Foundation, elle, s'avère payante, puisque de nombreux systèmes juridiques reconnaissent à l'heure actuelle la validité de la licence GNU GPL²⁴⁷⁰, pourtant la plus

²⁴⁶⁸ Antoine MOREAU, *Le Copyleft appliqué à la création hors logiciel* [r], op. cit.

²⁴⁶⁹ Mélanie CLEMENT-FONTAINE, *L'Œuvre libre*, op. cit. ; Mélanie CLEMENT-FONTAINE, *Faut-il consacrer un statut légal de l'œuvre libre ?* [a], op. cit.

²⁴⁷⁰ Le 12 avril 2006, dans la cause opposant Harald Welte, le fondateur du projet gpl-violations.org, à la société Fortinet pour violation des clauses de la GPL, la Cour de justice de Munich confirmait sa décision provisoire

intransigeante de toutes les licences libres. Enfin, les œuvres libres, bien qu'elles ne se limitent pas au domaine logiciel mais concernent également les domaines littéraire (certaines licences Creative Commons), artistique (licence Art Libre²⁴⁷¹) et scientifique, ne menacent pas comme on a pu le dire trop souvent la position personnaliste ici défendue, mais la complètent au contraire et illustrent la dimension collective de la création en facilitant la problématique de l'assimilation.

Les trois acceptions possibles de la notion d'authenticité

S'il semble préférable d'adopter le terme d'authenticité plutôt que celui d'originalité pour décrire une des conditions de la protection, la notion d'authenticité recouvre cependant au moins trois sens. Cette richesse sémantique invaliderait-elle à son tour le choix de ce terme ?

Passons tout d'abord en revue ces trois significations. (1) Le sens actuellement le plus courant du mot « authenticité » dans le monde de l'art et dans le domaine du droit d'auteur atteste du rattachement d'une œuvre à son auteur ou à une époque ; il s'agit alors d'une simple attribution, autrement dit d'un lien objectif de rattachement établi entre un auteur et son œuvre. Ainsi parlera-t-on d'un *authentique* Degas, marquant par là que le tableau en question a bien été peint par Degas. La question de l'authenticité des œuvres a de la sorte été récemment débattue, concernant les « tableaux-piège » de Daniel Spoerri²⁴⁷², sous l'angle de la possible délégation par l'artiste de la réalisation de ses œuvres. Walter Benjamin l'a également posée à travers le rapport de l'œuvre originale à ses copies²⁴⁷³. (2) Par une première extension, est authentique ce qui « exprime une vérité profonde de l'individu et non des habitudes superficielles, des conventions » et s'avère synonyme de « sincère », « naturel » ou « vrai »²⁴⁷⁴ ; (3) par une seconde extension enfin, l'authenticité désigne également la « qualité d'un fait qui mérite d'être cru, qui est conforme à la vérité » et prend le sens de « véracité »²⁴⁷⁵. Les trois sens s'avèrent intimement liés, et se rapportent à la notion de vérité : (1) vérité du

du 14 avril 2005 et reconnaissait sur le fond la validité juridique du mécanisme central de cette licence libre, condamnant Fortinet pour avoir utilisé le noyau du système d'exploitation Linux – sous GPL – dans son système d'exploitation dérivé FortiOS sans fournir le code source du programme ni indiquer qu'il était régi à son tour par la GPL. Il s'agit de la première décision entrée en force traitant de la validité de la GPL. Cette décision et celles qui ont suivi ont mis fin aux principaux arguments des détracteurs de la GPL, selon lequel le seul fait pour l'auteur de mettre son logiciel à disposition des tiers emportait abandon pur et simple de ses droits d'auteur sur son œuvre et l'empêchait dès lors en cas de violation des conditions assorties de faire valoir ses droits en justice et d'obtenir leur respect (Thomas PETAZZONI, *Le Tribunal de Munich confirme de nouveau la validité de la GPL* [a], 16.04.2005, <http://linuxfr.org/2005/04/16/18740.html> ; voir aussi Yves DROTHIER, *Licences GPL – Jurisprudences allemandes et françaises* [a], 18.04.2005, http://solutions.journaldunet.com/0504/050418_fortinet_gpl.shtml).

²⁴⁷¹ <http://artlibre.org/licence/lal>, v 1.3.

²⁴⁷² Cass 1^{ère} ch. Civ., 15.11.2005, arrêt n°1520, CA Paris (1^{ère} ch. Sect. G), 08.10.2003, Spoerri.

²⁴⁷³ Walter BENJAMIN, *L'Œuvre d'art à l'heure de sa reproductibilité technique* [a], op. cit.

²⁴⁷⁴ Paul ROBERT, *Petit Robert*, éd. 1967, entrée « Authenticité ».

²⁴⁷⁵ Paul ROBERT, *Petit Robert*, éd. 1967, entrée « Authentique ».

rattachement objectif à l'auteur, (2) vérité de l'auteur et honnêteté de sa démarche créative, dont on présume qu'elle sont décelables dans son œuvre, et (3) vérité des faits que relate l'auteur, voire expérience que l'auteur peut avoir des faits qu'il relate. Cette convergence partielle de sens conduit à préférer le terme d'« authenticité » à celui, beaucoup plus ambigu, d'« originalité ». De ces trois sens toutefois, le troisième peut ouvrir sur l'universalité de toute vérité subjective lorsqu'elle se dégage du plus profond de l'être²⁴⁷⁶.

C'est la seconde des trois acceptions de la notion d'« authenticité » qui correspond le plus à celle visée dans les développements qui précèdent. Elle relate la qualité d'une personne dont les actes et les pensées témoignent de la relation à la fois vivante et ouverte qu'elle entretient avec son être profond, ce que l'on pourrait appeler sa « liberté d'être » ou son *intégrité*. Lorsque cette qualité de la personne rejaillit sur ses œuvres, on peut affirmer que celles-ci sont *tirées du propre fonds de l'auteur*. Leur structure et leur « musique » intimes reflètent alors la relation vivante que l'auteur entretient avec ses émotions et ses sentiments, avec son imagination. En proposant de traduire la condition d'originalité dans son sens d'authenticité, il s'agit de l'entendre essentiellement dans le sens d'« expression d'une vérité profonde de l'auteur ». Elle inclut alors *a fortiori* le sens restreint et objectif de rattachement d'une œuvre à un auteur ; cette acception permet, comme l'a montré la jurisprudence relative aux tableaux-pièges de Daniel Spoerri²⁴⁷⁷, d'écarter de la protection du droit d'auteur les œuvres effectuées par procuration, lesquelles, par définition, ne peuvent relever que du savoir-faire. Opter pour le critère d'authenticité permet ainsi de gagner sur les deux fronts, en limitant le périmètre de protection de manière cohérente sans pour autant entrer dans des débats esthétiques, liés au mérite de l'œuvre.

Il peut certes sembler délicat de juger impartialement de l'authenticité d'une œuvre. Toutefois, comprise comme *expression d'une vérité profonde de l'auteur*, la condition d'authenticité permet de rendre compte du fondement personnaliste de la protection accordée, dès lors qu'il n'existe pas d'autre assise à même de justifier l'existence du droit d'auteur comme protection spécifique par rapport au droit de la concurrence déloyale. C'est à ce « noyau dur » qu'il semble impératif de toujours revenir pour considérer le périmètre de protection. En ancrant la protection de l'œuvre sur la notion de *personne* prise au sens le plus profond du terme, cette notion d'authenticité permet de la rattacher à la notion de *sujété*²⁴⁷⁸.

Ceci dit, cette condition doit être interprétée de manière extensive, afin de ne pas se limiter aux seules œuvres artistiques et littéraires, mais à toute œuvre dont

²⁴⁷⁶ Voir ci-dessus, chap. « Le fonds sans fond – L'autonomie du sujet », pp. 137 ss.

²⁴⁷⁷ Cass 1^{ère} ch. Civ., 15.11.2005, arrêt n°1520, CA Paris (1^{ère} ch. Sect. G), 08.10.2003, Spoerri.

²⁴⁷⁸ Voir ci-dessus, partie 02 (« De l'épistémologie du droit à la méthodologie transdisciplinaire »), chap. « La "sujété" », pp. 62 ss.

l'élaboration a nécessité un réel engagement personnel de son auteur – une activité qui, davantage qu'un simple travail, le reflète et dise une part de Qui il est. Un article juridique ou un documentaire peuvent ainsi se situer dans le périmètre protégé, mais certes ni un boulon²⁴⁷⁹, ni une petite culotte, ni une base de données, *a fortiori* un mode d'emploi, ne devraient l'être ; ces derniers, bien qu'ils mettent à profit l'intelligence de leur auteur, n'engagent en effet pas *en tant qu'œuvre* sa personnalité mais se résument au fruit de son travail. Il en va autrement des *remix*, qui, dans leur essence même, dès lors qu'ils ne consistent pas en une simple juxtaposition d'extraits créés par d'autres mais bien en une refonte complète utilisant les sons repiqués comme un simple matériau au service d'une mélodie originale, constituent bien une œuvre nouvelle.

Il est temps de voir à présent la manière dont on entend la notion d'originalité – nouveauté ou authenticité – influe sur la manière d'aborder les conditions de la protection et la gestion de la preuve en matière de contrefaçon.

L'œuvre, objet du droit d'auteur

Un objet aux contours incertains

Alors que les droits conférés à l'auteur sont précisément décrits par les différentes lois nationales sur le droit d'auteur, tel n'est étonnamment pas le cas de l'*objet* de la protection, à savoir l'*œuvre*. Cette indétermination se retrouve dans la plupart des lois nationales, malgré l'importance de cette notion ; il faut dès lors en déduire une politique délibérée de la part du législateur. Certains points, toutefois, se retrouvent d'une loi nationale à l'autre. En premier lieu, on peut avancer que la définition de l'œuvre se dégage de l'opposition traditionnelle entre idée et forme. L'*idée* non protégeable et la *forme* objet du droit d'auteur redessinent alors la tension que j'ai exposée plus haut entre l'intérêt de l'auteur – ou des exploitants de son œuvre – et celui du public²⁴⁸⁰. De fait, seul le Copyright Act étasunien a explicitement recours à la distinction entre forme et idée pour délimiter le champ de protection²⁴⁸¹, ce qui ne signifie pas que cette polarité soit contraire à l'esprit du droit d'auteur. Celle-ci se matérialise par l'octroi d'un droit exclusif pour le premier, par la reconnaissance d'un domaine public pour le second, et leur équilibre est garanti par les limites apportées à l'objet de protection – ou du moins devrait l'être. Ces bornes sont marquées par les deux conditions que sont l'*originalité* de l'œuvre et sa particularisation dans une *forme*, même si le Code de propriété intellectuelle français (CPI) ou la Loi suisse sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA) ne s'y réfèrent pas expressément. Dans la

²⁴⁷⁹ Cass., 1^{ère} civ., 11 février 1997, dans JCP G 1997, II, 22973.

²⁴⁸⁰ Voir ci-dessus, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), pp. 381 ss.

²⁴⁸¹ Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 183.

définition qu'il propose de l'œuvre de l'esprit²⁴⁸², Bernard Edelman y ajoute une troisième, la *liberté* de l'auteur dans l'exécution de l'œuvre. Bien qu'elle ne fasse qu'expliciter la notion d'originalité entendue dans le sens d'*authenticité*, l'exigence de *liberté dans l'exécution* a le mérite d'attirer l'attention sur les conditions nécessaires de production des œuvres, liées à la nature du processus créatif. Elle nous permettra de mieux cerner en quoi il conviendrait d'exclure de la protection du droit d'auteur les produits de « l'art industriel », sans nécessairement en évincer les pièces de l'artisanat ou des arts décoratifs. La précision est d'importance à une époque qui se donne l'illusion de croire qu'il est possible de créer – au sens plein du terme – sur *commande* de son employeur, ou qui oublie que la maximisation du profit conditionne la conception des productions de l'industrie au moins autant que leur but utilitaire. Si le travail du dessinateur industriel mérite protection, il n'engage pas un processus créatif passant par la plongée dans l'indifférencié, de nature à transformer l'auteur.

On aura par ailleurs soin de remarquer que si la notion d'originalité offre un lien fort avec la personne de l'auteur, et malgré le rôle que joue le processus créatif dans sa compréhension, c'est bien l'*œuvre* et non l'*auteur* qui est objet de la protection²⁴⁸³. Il suffit de revenir à la définition de la propriété telle que l'entendaient les Lumières pour le comprendre²⁴⁸⁴ : leur approche de la notion implique elle aussi un lien très fort entre les biens matériels et la *liberté* qu'ils garantissent à leur propriétaire, les objets de propriété acquérant ainsi le statut de condition matérielle de l'exercice de la personnalité. Les Lumières, faut-il le préciser, ne vivaient pas à l'époque d'acquisition frénétique de l'inutile qui caractérise la nôtre.

Seules les œuvres répondant à ces trois conditions d'*originalité*, de *forme* et de *liberté d'exécution* peuvent revendiquer la protection du droit d'auteur. Avec l'*originalité*, nous retrouvons le fil de la réflexion entamée à propos des ambiguïtés sémantiques entourant la question de la création²⁴⁸⁵. En contrepoint, la condition de *forme*, par la liberté des idées qu'elle assure, est censée contribuer – conjointement à l'entrée des œuvres arrivant en fin de protection – à la vitalité du domaine public.

Telle est du moins la théorie enseignée dans toutes les facultés de droit. Nous allons voir que la réalité actuelle diffère quelque peu de ces principes, dans la mesure où les critères retenus par le législateur ne sont peut-être pas si aisés à manier qu'il semble à première vue et qu'ils ont laissé une grande marge de manœuvre à des juges parfois

²⁴⁸² « Une création caractérisée par un travail intellectuel *libre* et s'incarnant dans une forme originale » (Bernard EDELMAN, *La Propriété littéraire et artistique*, op. cit. ; c'est moi qui souligne).

²⁴⁸³ *Contra* : Géraldine Salord, constatant que l'auteur se situe au cœur de la protection, va jusqu'à prétendre qu'il en constitue le « véritable objet » (Géraldine SALORD, *La Propriété collective des œuvres – Contribution du modèle du droit d'auteur au droit commun* [r], Thèse Université Panthéon-Assas, 2007, n°67 ss, n°70).

²⁴⁸⁴ Voir ci-dessus, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), chap. « Les Lumières - De faux amis : les Lumières et John Locke face à la propriété », pp. 422 ss.

²⁴⁸⁵ Voir ci-dessus, chap. « Les ambiguïtés de la création », pp. 636 ss.

peu formés aux questions touchant la création ; la pression des intérêts commerciaux, l'intérêt stratégique que les entreprises ont trouvé à faire en sorte que leurs *informations* – pour ne pas dire leurs *données* – profitent de la puissante protection accordée aux *œuvres* ont fait le reste. Céline Castets-Renard, tout en admettant que l'imprécision de la notion d'originalité invitait à la qualifier de « notion-cadre structurelle »²⁴⁸⁶, note pourtant qu'André Lucas et Pierre Sirinelli insistent sur l'absence de délégation de la loi au juge concernant l'application de la notion-cadre d'originalité dans le domaine du droit d'auteur : il relèvent notamment que la notion, appliquée aux logiciels, change nécessairement de nature, donc de sens, au contraire des notions-cadre de droit civil qui ne changent que de degré en fonction du contexte²⁴⁸⁷. Cependant, malgré l'importance des enjeux, c'est en vain que l'on chercherait une définition fixant la compréhension de l'œuvre protégée, à tout le moins celle de l'originalité. Le CPI français se contente d'établir une liste ouverte des types d'œuvres protégées²⁴⁸⁸, là où, en droit suisse, l'article 2 al. 1 LDA balbutie une définition qui envoie au *caractère individuel* de l'œuvre :

« Par œuvre, quelles qu'en soient la valeur ou la destination, on entend toute création de l'esprit, littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel. »²⁴⁸⁹

Le terme même d'*originalité* ne se trouve donc pas expressément associé dans la loi à la notion d'œuvre protégée. Et s'il est évoqué dans le CPI français, c'est de manière marginale, presque par distraction²⁴⁹⁰. Dès lors, les juges se trouvent bien seuls pour juger de l'existence d'une œuvre protégée, et leur pouvoir est renforcé des démissions du législateur. Ils n'ont de consignes précises dans ce domaine que négatives : l'interdiction de tenir compte du mérite ou de la destination de l'œuvre, dictée par la théorie de l'unité de l'art.

Qu'entendre d'ailleurs par « création littéraire » ? S'agirait-il exclusivement d'œuvres de fiction ? Certes pas. Ivan Cherpillod estime de son côté que « l'appartenance au domaine littéraire résulte de la seule intervention d'un langage, quel qu'il soit »²⁴⁹¹, ce qui permettrait de ranger parmi elles les modes d'emploi et jusqu'aux programmes d'ordinateurs²⁴⁹². Mais c'est là conserver au terme « littéraire » son acception la plus large « d'écrit » que le mot n'a plus dans la langue courante depuis le milieu du XVII^e siècle, soit avant même la première loi française sur le droit d'auteur ! La loi semble lui

²⁴⁸⁶ Céline CASTETS-RENARD, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, Thèse Paris 11, 2001, l'Harmattan, Paris 2003, p. 117.

²⁴⁸⁷ André LUCAS, Pierre SIRINELLI, *L'originalité en droit d'auteur*, dans *Semaine Juridique*, 1993.I.3681, cité par Céline CASTETS-RENARD, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, op. cit., p. 370, n°239, note 1068.

²⁴⁸⁸ Art. L 112-2 CPI ; l'art. 2 al. 2 LDA (RS 231.1) est son pendant en droit suisse.

²⁴⁸⁹ Art. 2 al. 1 LDA (RS 231.1)

²⁴⁹⁰ Art. L 112-4 CPI, à propos des titres d'ouvrages.

²⁴⁹¹ Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 121, rappelé p. 175.

²⁴⁹² *Ibid.*, p. 121 ; voir ci-dessus, note 2491.

donner raison sur le fond, puisqu'elle inclut les logiciels dans la liste des œuvres protégées²⁴⁹³ ; toutefois, lorsqu'elle précise qu'elle entend inclure parmi ces dernières toutes « les œuvres recourant à la langue, qu'elles soient littéraires, scientifiques ou autres »²⁴⁹⁴, le terme « littéraire », et même l'expression « œuvres recourant à la langue », apparaissent plus restrictifs que celui d'« écrit ».

Par ailleurs, Philippe Gaudrat fait très utilement remarquer que « la nature de la forme mentale décrite [personnelle ou conceptuelle] est indépendante de la nature du procédé de description »²⁴⁹⁵. Ce n'est pas parce que logiciels et écrits de fiction utilisent l'un et l'autre un langage qu'ils expriment pour autant une œuvre originale, autrement dit *personnelle* : point de personnalité visible dans les lignes d'un code développé selon les règles rigoureuses de la logique régissant la formulation d'une succession d'instructions destinées à être exécutées par des automates²⁴⁹⁶. Ou bien alors il nous faut admettre que toute activité humaine en tant que telle est personnelle – partant, que l'exigence de l'originalité n'a pas le moindre sens. Philippe Gaudrat ajoute que ce n'est pas parce qu'une production mentale naît nécessairement dans l'esprit d'une personne qu'elle porte la marque d'une personnalité...²⁴⁹⁷

C'est pourtant précisément cette revendication que Michel Vivant lit sous la plume de Nadia Walravens en faveur de la protection des installations de l'AC par le droit d'auteur, lorsqu'elle affirme que les œuvres de l'AC portent l'empreinte de la personnalité de leur auteur, en ce sens qu'il faudrait « accepter que des œuvres hermétiques au premier abord au "regardeur" émanent toujours d'une personne, traduisant ainsi sa personnalité »²⁴⁹⁸. Et Michel Vivant de commenter :

« Mais où est alors l'élément discriminant ? Tout émane toujours d'une personne. Et il faut une singulière ignorance de la démarche du scientifique élaborant une nouvelle théorie pour croire que sa personnalité y est étrangère »²⁴⁹⁹.

Indépendamment de la question des programmes d'ordinateur, le champ littéraire peut s'avérer extensif à l'excès au vu de la lecture qu'en fait le droit d'auteur actuel, qui inclut dans cette notion écrits purement techniques ou descriptifs tels que les modes

²⁴⁹³ En droit suisse : « Les programmes d'ordinateurs (logiciels) sont également considérés comme des œuvres » (art. 2 al. 3 LDA – RS 231.1).

²⁴⁹⁴ Art. 2 al. 2 let. a LDA - RS 231.1; une telle précision limite de ce fait le champ « littéraire » aux textes de fiction. La loi française n'apporte pas une telle précision.

²⁴⁹⁵ Philippe GAUDRAT, *De l'enfer de l'addiction au paradis des toilettes : tribulations judiciaires au purgatoire du droit d'auteur – Observations sur Civ. 1^{ère} 13 nov. 2008* [a] (ci-après : *De l'enfer de l'addiction au paradis des toilettes*), dans RIDA 2009, n°220, pp. 81-171, p. 135.

²⁴⁹⁶ Voir ci-dessous, chap. « Le droit d'auteur face aux logiciels », p. 772 ss.

²⁴⁹⁷ Philippe GAUDRAT, *De l'enfer de l'addiction au paradis des toilettes* [a], op. cit., pp. 135 et 137 ; p. 169, note 14.

²⁴⁹⁸ Nadia WALRAVENS-MARDARESCU, *La notion d'originalité et les œuvres d'art contemporaines* [a], dans RIDA, n°181 (1999), pp. 97-167, p. 145-146 ; c'est moi qui souligne.

²⁴⁹⁹ Michel VIVANT, *Les Métamorphoses de l'œuvre* [a], op. cit., n°9.

d'emploi et les contrats. Il est vrai que l'exclusion de ces derniers relève de l'originalité, qui leur fait assurément défaut. Mais, par souci de sécurité du droit, ne serait-il pas préférable de poser une distinction plus explicite dans la loi, qui s'applique à leur genre littéraire ? Aussi faudrait-il trouver un juste milieu entre les enjeux de la modernité et les limites d'une protection qui devrait demeurer résolument personnaliste.

Questionner le *processus créatif* dans le cadre du droit d'auteur – au moins autant que l'œuvre qui peut en résulter – amène nécessairement à discuter ces trois conditions que sont la liberté d'exécution, l'originalité et la forme afin de mieux comprendre – au-delà de l'obsession capitaliste à transformer toute réalité en marchandise – comment se sont opérés concrètement, sur le plan juridique, les dévoiements orchestrés par les milieux économiques, mais surtout afin d'éclairer les contradictions inhérentes à cette marchandisation des œuvres. L'analyse de ces conditions est donc essentielle pour toute démarche visant à restaurer un certain équilibre entre les intérêts en présence.

Dans cette dilution des critères de protection, il faut avouer que les juges n'ont guère été aidés par un législateur frileux en matière de définitions. Cette avarice du législateur est d'autant plus regrettable que les notions relatives à chacune des trois conditions qui viennent d'être mentionnées se révèlent profondément ambiguës. Nous venons de le voir pour l'originalité²⁵⁰⁰. Cette politique législative est-elle une marque de sagesse, comme d'aucuns l'estiment ?²⁵⁰¹ Il est possible qu'elle disait la sagesse des acteurs d'une époque. Mais les appétits financiers sans limites des majorats, l'égoïsme de certains auteurs, un public que l'on a encouragé à consommer de manière pulsionnelle montrent que ces temps ne sont plus. Mais, surtout, il faut voir que la démission des uns confère le pouvoir à d'autres. Est-il raisonnable de laisser dans ce domaine les juges développer les conditions de protection elles-mêmes, leur typologie et leur définition ? Les silences de la loi donnent aux juges une latitude trop grande, qui encourage les disparités des décisions rendues dans un domaine fait de subtilités où le souci de la sécurité du droit devrait l'emporter, et où les tribunaux devraient se focaliser sur l'application aux cas d'espèce des conditions de protection – la fameuse subsomption – déjà bien assez complexe dans ce domaine. Maîtres de la subsomption, les juges n'ont pas à devenir maîtres de la majeure des syllogismes juridiques.

La disparité effective des décisions désavoue ce parti-pris du législateur qui a ouvert la voie à de nombreuses déviances. On peut aussi y voir une stratégie manipulatrice et peu courageuse de sa part consistant à dénaturer le droit d'auteur par l'introduction dans la liste des œuvres protégées de certaines catégories qui n'ont rien à y faire, sans

²⁵⁰⁰ Voir ci-dessus, chap. « Ambiguïté de la notion d'"originalité" », pp. 649 ss.

²⁵⁰¹ Notamment Arnaud VALLIERE (alias Maître Eolas), *Les droits d'auteur pour les nuls* [a], 20.02.2009, <http://www.maitre-eolas.fr/post/2009/02/20/1321-les-droits-d-auteur-pour-les-nuls> ; Michel VIVANT, *Les Métamorphoses de l'œuvre* [a], op. cit., n°19 in fine.

rien changer – en apparence – aux conditions de protection, obligeant ainsi les juges à « adapter » eux-mêmes leur compréhension des conditions de protection, en particulier l'originalité. Une fois admis, l'abaissement de la notion d'originalité va profiter à nombre d'autres productions humaines, en vrai cheval de Troie. Il s'avère donc d'autant plus utile de passer ces conditions en revue avant de se demander s'il existe d'autres termes moins équivoques à même d'assurer une protection plus adaptée aux besoins des auteurs.

Si, pour conclure ce premier aperçu, on observe les commentaires des doctrinaires, on se rend compte qu'ils justifient les décisions jurisprudentielles de deux manières fort différentes : la protection d'une nature morte de Cézanne fait dire à Michel Vivant qu'il y a dans ses pommes « quelque chose qui chez nous déclenche une vibration singulière »²⁵⁰², dans un élan que l'on ne peut que rejoindre et qui convainc aisément des raisons qui ont poussé le législateur à admettre une telle protection. Mais, quant aux récentes extensions, le même Michel Vivant, pour parvenir à justifier l'évolution du droit, doit faire appel à son « réalisme », qui plus est « affligé »²⁵⁰³. Cette disparité d'approche et d'enthousiasme n'est-elle pas significative ? Un droit qui nécessite une telle dichotomie des meilleures intelligences pour asseoir l'unité de son objet et de son régime de protection est-il encore crédible ?

Une œuvre de l'esprit

Un critère en amont des trois autres

Avant même de considérer les trois conditions que sont la *liberté d'exécution*, l'*originalité* et la *forme*, certains auteurs proposent de considérer une quatrième condition, qu'ils situent en amont des trois premières : compter parmi les *œuvres de l'esprit*. Est-il utile de le rappeler à l'heure où même les *containers* ont bénéficié de la protection du droit d'auteur²⁵⁰⁴ ? Toute production humaine n'est pas une *œuvre* protégée au sens du droit d'auteur et, *a fortiori*, ne porte pas nécessairement « l'empreinte de la personnalité » de celui qui l'a faite. Agnès Tricoire, plus incisive, relève :

« Il y a une différence de nature entre un boulon, une petite culotte et une œuvre. Que les juges qui sont saisis d'une demande d'interdiction d'une œuvre se demandent si l'œuvre est œuvre est un minimum de l'exercice de qualification juridique qu'on peut attendre d'eux. »²⁵⁰⁵

L'allusion aux boulons et aux petites culottes, toute caustique qu'elle semble, se réfère hélas à plusieurs décisions judiciaires françaises bien réelles²⁵⁰⁶, témoins des

²⁵⁰² Michel VIVANT, *Les Métamorphoses de l'œuvre* [a], op. cit., n°10.

²⁵⁰³ *Ibid.*, n°19.

²⁵⁰⁴ Cass., 1^{ère} ch. civile, 11.02.1997, in JCP, G, II, 22973, n°289

²⁵⁰⁵ Agnès TRICOIRE, *Les Dangers du relativisme pour la liberté de l'art* [a], op. cit., pp. 134-135.

aberrations d'un système consternant de complaisance envers les entreprises. Ces ouvertures invraisemblables de la protection à la plupart des productions mercantiles pourraient déjà être critiquées à l'aune de cette condition, alors que la plupart des auteurs les considèrent au stade de l'examen en matière d'originalité. On s'attendrait dès lors à une définition fixant la compréhension de l'*œuvre de l'esprit* protégée. Le CPI français se contente pourtant d'établir une liste ouverte des types d'œuvres protégées²⁵⁰⁷, là où, en droit suisse, l'article 2 al. 1 LDA balbutie une définition qui envoie au *caractère individuel* de l'œuvre :

« Par œuvre, quelles qu'en soient la valeur ou la destination, on entend toute création de l'esprit, littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel. »²⁵⁰⁸

Dès lors que la loi ne prévoit qu'un seul régime de protection, il pouvait être plus qu'utile de bénéficier d'une telle définition, d'autant plus que la typologie des œuvres proposée par la loi est de plus en plus hétéroclite à mesure que le périmètre de protection augmente, et ressemble davantage à des « entrées forcées » qu'à une collection d'exemples. Quel peut être le dénominateur commun entre une œuvre architecturale, un roman, un film, un documentaire, un boulon, un mode d'emploi, un défilé de mode et un programme d'ordinateur ? Ivan Cherpillod remarque que « des créations industrielles à l'art contemporain, la distance est telle que ce serait une gageure que de vouloir dégager des propriétés ontologiques communes aux unes et aux autres »²⁵⁰⁹. La loi, par une définition, aurait permis, faute d'une « propriété ontologique commune », d'entrevoir au moins le « fonds commun » se cachant derrière « l'hétérogénéité des œuvres protégeables », le « "quelque chose" à quoi puisse se reconnaître une œuvre »²⁵¹⁰. Or, nous allons le voir, quand elle existent, la plupart de celles proposées par la doctrine, comme celle de la LDA ci-dessus, définissent l'œuvre de l'esprit à travers une ou plusieurs de ses propriétés, lorsqu'elle ne la confondent pas tout simplement avec elles²⁵¹¹.

Or un tel cadre n'est pas seulement souhaitable pour la satisfaction de l'esprit : il en va de la justification de ce droit, dont la spécificité fait la raison même. Il est assez symptomatique de l'attitude souvent conformiste de nombre de juristes qu'ils se bornent à constater cette hétérogénéité sans songer à la critiquer et à s'interroger sur l'avenir d'un droit de ce fait toujours plus arbitraire.

²⁵⁰⁶ Interrogée sur la question, Agnès Tricoire, que je remercie ici, m'assure que les petites culottes émaillent la jurisprudence de nombreuses décisions les concernant ; quant à la décision relative au boulon, c'est Michel Vivant qui nous donne sa référence : Cass., 1^{ère} civ., 11 février 1997, dans JCP G 1997, II, 22973, cité par Michel VIVANT, *Droit d'auteur : le Paradis pour le boulon ? L'enfer pour le parfum ?* [a], dans RLDI, n°91 (mars 2013), pp. 57-60, p. 57, note 4.

²⁵⁰⁷ Art. L 112-2 CPI; l'art. 2 al. 2 LDA (RS 231.1) est son pendant en droit suisse.

²⁵⁰⁸ Art. 2 al. 1 LDA (RS 231.1)

²⁵⁰⁹ Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., pp. 68-69, n°107.

²⁵¹⁰ Michel VIVANT, *Les Métamorphoses de l'œuvre* [a], op. cit., n°3.

²⁵¹¹ *Ibid.*, n°2.

Définition... par la négative

Qu'est-ce donc qu'une *création de l'esprit* ? Lorsque Bernard Edelman nous rappelle qu'« il serait impensable d'accorder, sans examen, le bénéfice du droit d'auteur à n'importe quelle création »²⁵¹², ne veut-il pas plutôt dire que toute *production* humaine n'est pas une *création* ? Poursuivons. Pour Nicolas Barrelet et Willy Egloff, doctrinaires suisses, l'œuvre doit être une « expression de la pensée humaine »²⁵¹³, alors que pour Bernard Edelman, se référant au droit français, « une œuvre de l'esprit protégée est une création réalisée par un travail intellectuel libre et s'incarnant dans une forme originale »²⁵¹⁴. La définition de Bernard Edelman appelle une remarque. Trop souvent, la création de l'esprit est définie en référence à la notion d'originalité et à ses avatars que sont le « caractère individuel » ou la notion « d'empreinte de la personnalité ». Or ce rattachement à la notion d'originalité n'éclaire guère les praticiens sur ce que pourrait être une « création de l'esprit », puisqu'il ne fait que renvoyer à une autre condition de l'œuvre, l'originalité, alors que la notion de création de l'esprit pourrait proposer un cadre à cette dernière.

André Lucas et Pierre Sirinelli indiquent qu'il ne convient d'aborder la question de l'originalité qu'après avoir déterminé les « œuvres susceptibles, par nature, d'entrer (ou non) dans le domaine de la propriété littéraire et artistique »²⁵¹⁵. Il n'est pas ici fait appel à une simple énumération à la Prévert comme le législateur s'entend à les développer dans le domaine, mais bien d'une définition générique de l'œuvre. Dominique Tristan propose d'aborder cette question par la négative, et de se demander quelles sont les objets de facture humaine qui ne constituent pas des œuvres de l'esprit²⁵¹⁶. Mais c'est pour, l'instant d'après, s'en remettre aux deux conditions de la forme et de l'originalité, afin d'écarter de la protection d'une part les pensées non formalisées, d'autre part les productions « banales ».

La liberté d'exécution

Les enjeux de la condition

Qu'on s'imagine une personnalité figée imprimant sa marque propre dans une œuvre ou que l'on se figure l'auteur plongeant dans l'indifférencié pour porter à la forme une œuvre authentique, la liberté d'exécution semble s'imposer comme une condition inéluctable du processus d'élaboration. La définition de Bernard Edelman qui vient

²⁵¹² Bernard EDELMAN, *La Propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 14.

²⁵¹³ Denis BARRELET, Willi EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur*, op. cit., ad art. 2 LDA, p. 11, n°5.

²⁵¹⁴ Bernard EDELMAN, *La Propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 25.

²⁵¹⁵ André LUCAS, Pierre SIRINELLI, *L'originalité en droit d'auteur*, op. cit., cité par Dominique TRISTAN, *La Notion d'originalité et sa preuve en droit d'auteur* [r], mémoire de Master 2 en droit de la communication, Université Paris II Panthéon-Assas, 2009-2010, <http://dea-dtcom.u-paris2.fr/memoires/MemoireDTristan.pdf>, p. 5.

²⁵¹⁶ Dominique TRISTAN, *La Notion d'originalité et sa preuve en droit d'auteur* [r], op. cit., p. 5.

d'être citée, selon laquelle « une œuvre de l'esprit protégée est une *création* réalisée par un travail intellectuel *libre* et s'incarnant dans une forme originale »²⁵¹⁷, a le mérite de souligner cet aspect incontournable de toute création, fût-elle intellectuelle ou scientifique. Agnès Tricoire voit quant à elle dans la liberté d'exécution une condition de la création, mais elle la rattache à l'originalité²⁵¹⁸. D'autres auteurs l'associent à la notion même de *création de l'esprit*.

Il convient d'entendre par « liberté d'exécution » l'absence d'un programme trop strict de la part de l'éventuel employeur ou commanditaire qui transformerait l'auteur en simple *exécutant*, et la création en *travail*. Toute *œuvre*, même scientifique, suppose l'idée d'une création. Bernard Edelman parle même de « travail » soutenu par une *passion*, en l'opposant au travail effectué en application d'une technique²⁵¹⁹. La notion de création suggère en elle-même un acte *libre*, un processus d'élaboration suffisamment autonome pour permettre à la personnalité de l'intervenant de s'exprimer. C'est cette autonomie qui permet la dimension personnelle de l'œuvre et invalide définitivement l'idée qu'une entreprise puisse être l'auteur originel d'une œuvre. Ces dernières ne peuvent pas décemment organiser le travail de leurs employés au risque de leur retirer toute véritable marge de manœuvre et prétendre ensuite recueillir le bénéfice de la protection d'une activité créatrice censée relever de la *sujétité* de l'auteur – même si, une fois encore, il ne s'agit pas de limiter le périmètre du droit d'auteur aux activités proprement artistiques ou littéraires. Les productions pilotées par l'industrie, qui visent l'élaboration d'un produit purement commercial ne laissant rien au hasard afin de s'assurer une rentabilité maximale des investissements consentis, ou qui sont pensées en fonction des modes de production automatisés qui sont les leurs, échappent pour l'essentiel aux tâtonnements propres au processus créatif. Ces productions devraient se voir refuser toute protection du droit d'auteur, faute de satisfaire au critère de liberté d'exécution, voire d'authenticité. Ainsi en est-il lorsque l'intervenant, considéré comme un simple exécutant, se doit de mettre ses compétences au service d'un cahier des charges directif qu'il serait exclu de biaiser, ou dans le domaine cinématographique, lorsque le producteur, comme aux États-Unis, peut aller jusqu'à imposer son propre montage au metteur en scène – le fameux « *final cut* », ou peut se permettre d'ajouter des couleurs à un film tourné en noir et blanc (« coloriser ») sans l'autorisation de l'auteur²⁵²⁰. Le droit français renonce en partie dans ce domaine à cette liberté d'exécution depuis la loi du 3 juillet 1985 (« loi Lang »), puisqu'il accorde à la fois une présomption de cession en matière d'œuvre

²⁵¹⁷ Bernard EDELMAN, *La Propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 25 ; c'est moi qui souligne.

²⁵¹⁸ Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 145.

²⁵¹⁹ Bernard EDELMAN, *La Propriété littéraire et artistique*, op. cit.

²⁵²⁰ Tel fut le cas pour un film de John Huston, contre l'avis de ses héritiers, lesquels ne purent s'opposer à ce procédé que devant les juridictions françaises, au nom du droit moral au respect de l'intégrité de l'œuvre.

audiovisuelle en faveur du producteur²⁵²¹ et un droit de codécision avec le réalisateur pour arrêter la version définitive du film²⁵²².

Il ne s'agit pas de refuser la protection à toute production salariée, mais à prendre en compte les fondamentaux capitalistes, notamment la maximisation du profit, laquelle, on l'a vu, laisse une marge de manœuvre plus qu'étroite à ceux qui y sont soumis. La nature du programme et les contraintes qu'il contient, bien souvent reconnaissables par les tiers dans le produit lui-même, devraient jouer un rôle capital dans l'appréciation de cette liberté d'exécution. Il ne s'agit pas davantage de refuser la protection à ce que l'on a appelé la « petite monnaie » du droit d'auteur, autrement dit aux œuvres de qualité médiocre – laborieuses et peu originales, ou, pour reprendre une expression propre au cinéma, « de série B ». Encore ne faut-il pas, là encore, admettre sous ce vocable les annuaires et autres ouvrages qui, faute de répondre à la condition d'authenticité, n'auraient jamais dû compter parmi les œuvres²⁵²³. Il ne s'agit pas non plus de critiquer le fait de « reconnaître la part importante d'un acteur économique fort », mais de refuser à la production qui en résulte la qualité d'œuvre de l'esprit, et donc la protection du droit d'auteur. Il semble logique que la protection d'une production effectuée dans le but immédiat du profit s'organise autour de la loi sur la concurrence déloyale et le droit du parasitisme plutôt que sur les droits privatifs accordés par le droit d'auteur. Cela corrobore par ailleurs tout ce qui a été dit à propos de la contrefaçon privée, à savoir qu'il est fort peu probable qu'elle occasionne des déficits aux majorats des loisirs²⁵²⁴ ; placer les productions de l'industrie des loisirs sous le régime de la concurrence déloyale est le plus sûr moyen d'empêcher les majorats de faire du droit d'auteur l'instrument d'une politique de rançonnage leur permettant de réclamer une rente à un public qui ne leur a causé aucun dommage, alors même qu'ils ne versent aux auteurs qu'une maigre part de leurs bénéfices colossaux. Seule la contrefaçon commerciale – qui s'inscrit, elle, dans un rapport de concurrence – serait ainsi punissable.

Le critère d'autonomie d'exécution qui vient d'être évoqué et la nature particulière du processus créatif qui voit l'auteur transformé par l'œuvre à mesure qu'il la forme *ne limitent pas* la protection aux seules œuvres de fiction. On aura le souci d'y admettre également les communications académiques et scientifiques, ou les documentaires,

²⁵²¹ Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, op. cit., p. 16, n°11.

²⁵²² Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 282.

²⁵²³ *Contra* : Ivan Cherpillod compte parmi la « petite monnaie » non pas les œuvres de piètre qualité, mais celles propres à certaines catégories, telles qu'annuaires, modes d'emploi... (Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. Xxx, note xxx)

²⁵²⁴ Voir ci-dessus, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « Le "piratage" et ses effets », pp. 296 ss.

mais certes pas les bases de données²⁵²⁵, les programmes d'ordinateur, les modes d'emploi, les contrats, les productions du dessin industriel ou la plupart des documents techniques produits par les entreprises pour présenter leurs marchandises ou leurs services. Ces produits, conditionnés dès leur conception par les impératifs logiques et commerciaux, ne devraient pas avoir leur place parmi les œuvres de l'esprit, car elles ne satisfont ni le critère de la liberté d'exécution, ni celui de l'authenticité. On remarquera enfin que la notion de *contrainte* s'oppose tout autant à la notion d'*authenticité* qu'à celle de *nouveauté* : la contrainte, très souvent conçue comme *extérieure* au sujet, empêche autant l'émergence d'une inspiration intérieure que l'apparition d'une forme différente de toutes celles qui l'ont précédé. Bien qu'elle soit souvent utilisée par des juges pour examiner une production au regard d'une originalité qui s'avère souvent objective, la notion de contrainte n'est donc pas incompatible avec la défense d'une nature subjective de l'originalité.

Quelques cas limite

Si par ailleurs une œuvre protégée doit être élaborée librement, peut-on protéger la production d'une machine ou les résultats du hasard ? On peut sérieusement en douter, à condition de bien distinguer l'aléatoire de ce qui relève de l'indifférencié. Reste la question de la protection des œuvres dont le résultat – autrement dit la mise en forme –, aléatoire, échappe à celui qui en a posé les conditions, tels que les « événements » (« *happenings* ») dont la forme doit souvent davantage aux participants qu'à l'organisateur, celui-ci ne préparant au mieux que ses conditions d'exercice. La conclusion semble, avec raison, claire pour les juges : faute d'une forme proposée par l'auteur, les *happenings* ne constituent pas des œuvres de l'esprit, et ne sont donc pas protégeables. Mais la solution semble alors davantage relever de la condition de la forme. L'exigence d'une exécution libre ne va toutefois pas jusqu'à exclure les œuvres qui ne seraient pas exécutées par l'auteur lui-même ; c'est alors la condition de l'originalité qui doit être interrogée.

Un point important reste à élucider : qu'en est-il des productions des arts appliqués ? Il est sans doute exact que la notion d'arts appliqués a fait historiquement place à celle d'arts industriels, mais les deux notions ne se recoupent pas, et leur confusion fait accroire qu'il n'existerait pas de différence fondamentale entre l'industrie et l'artisanat. Nous avons vu qu'il n'en était rien²⁵²⁶. Il est donc nécessaire de distinguer les *arts appliqués à l'artisanat* des *arts appliqués à l'industrie*. Nous avons vu que les arts appliqués à l'industrie, autrement dit les productions des stylistes et des dessinateurs industriels (« *designers* »), ne remplissent pas le critère de la liberté d'exécution. Tel

²⁵²⁵ De fait, la protection des bases de données, n'accordant pas de droit privatif, est calquée sur la jurisprudence rendue en matière de parasitisme et ne relève pas de la propriété intellectuelle (Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, op. cit., p. 27, n°19).

²⁵²⁶ Richard SENNETT, *Ce que sait la main*, op. cit. ; voir ci-dessus, chap. « Art et artisanat : l'art est-il une technique ? »

n'est pas le cas des arts appliqués à l'artisanat comme la tapisserie ou le vitrail, qu'il convient de considérer comme des disciplines artistiques à part entière, à cette distinction près que ce ne sont pas tant les exécutants qui en sont les auteurs mais celui qui en conçoit le carton. Leur protection fait d'autant moins question que ces techniques ne présentent pas d'utilité immédiate. Restent les autres arts appliqués à l'artisanat. J'y reviendrai²⁵²⁷.

L'originalité

Les enjeux de la condition

Bien qu'elle ne porte que sur les productions qui, par leur genre, répondent à la notion d'œuvres (libres) de l'esprit²⁵²⁸, la condition de l'originalité s'avère essentielle à la définition de l'œuvre protégée. Pierre-Yves Gautier va jusqu'à parler à son propos de « clef de la bataille »²⁵²⁹, alors qu'Agnès Tricoire y voit le pendant positif de l'interdiction faite aux juges de qualifier une œuvre selon son mérite. C'est cette condition qui rattache l'œuvre à son auteur et qui fonde non seulement le droit moral reconnu à ce dernier²⁵³⁰, mais aussi, il est essentiel de ne pas l'oublier, les droits patrimoniaux qui lui sont reconnus à titre originel²⁵³¹. C'est de la définition de l'originalité que dépend avant tout l'extension actuelle du périmètre de protection. Il est pour toutes ces raisons capital de ne pas la diluer au risque du ridicule, soit que l'on sacrifie à la maximisation des profits de l'industrie en ne craignant pas de discerner dans un boulon ou un panier à salade en plastique²⁵³² le « caractère individuel » insufflé par leur concepteur, soit que l'on prête l'oreille à l'individualisme exacerbé d'auteurs qui se montrent volontiers oublieux de ce qu'ils doivent à leurs prédécesseurs pour revendiquer un monopole sur chaque phrase écrite de leur plume.

Après la brèche ouverte par les « *ready-made* » de Duchamp et – dans une certaine mesure – la photographie, le droit d'auteur, au fil des décisions jurisprudentielles françaises, a accueilli notamment les images satellitaires²⁵³³, des objets industriels

²⁵²⁷ Voir ci-dessous, chap. « Les productions des "arts appliqués à l'artisanat" », pp. 771 ss.

²⁵²⁸ André LUCAS, Pierre SIRINELLI, *L'originalité en droit d'auteur*, op. cit.

²⁵²⁹ Pierre-Yves GAUTIER, *Les critères qualitatifs pour la protection littéraire et artistique en droit français* [a], dans *Revue internationale de droit comparé*, vol. 46 (1994), n°2, pp. 507-519 ; http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1994_num_46_2_4886, p. 509.

²⁵³⁰ Agnès TRICOIRE, *Le Droit d'auteur au service de l'industrie ou la mort de l'autonomie de l'art* [a], op. cit., p. 4.

²⁵³¹ Voir ci-dessus, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), chap. « Opposition factice entre droits moraux et droits patrimoniaux », pp. 522 ss.

²⁵³² Deux arrêts dans la même affaire relative au panier à salade en plastique : 1/ Crim. 2 mai 1961, dans JCP 1961 II 12242 ; R.T.D.Com. 1961 834 ; 2/ Crim 30 octobre 1963, dans Bull. crim. N°300 ; D. 1964, juris. P. 678, note Françon

²⁵³³ Cour Riom, 14.005.2003, dans JCP E 2004, 1770.

comme le boulon²⁵³⁴ et le premier panier à salade en plastique²⁵³⁵, les compositions florales, le parterre à la française et, à travers lui, les arrangements horticoles, les jeux de lumière, les badges, et même un « *baby-foot* »²⁵³⁶ : le champ des œuvres protégées a été élargi de manière plus qu'inconsidérée à la suite d'un abaissement exorbitant de l'exigence d'originalité qui permettait d'y intégrer les « créations » industrielles, alors même que ces dernières profitaient déjà de la propriété industrielle, du droit des dessins et modèles, sans oublier le droit de la concurrence ou la lutte contre le parasitisme... Il ne suffit pas davantage de pouvoir associer un objet à la *personnalité* de son artisan pour pouvoir le protéger au moyen du droit d'auteur. La fabrication d'un boulon peut certes dire quelque chose de la personnalité de celui qui le façonne, montrer par exemple qu'il est méticuleux ou au contraire négligent, voire inorganisé : cela ne le rend en rien *original*. L'invention d'un nouveau type de boulon peut même révéler sa sagacité, ce boulon ne sera pas davantage *authentique*. On serait sinon tenté de se demander qui exprime davantage sa personnalité à travers une petite culotte : le styliste qui la dessine ou la femme qui la porte ? À force de dilution, les notions d'originalité et d'auteur en viennent à perdre tout sens. Considérons l'arrêt consacrant la protection du droit d'auteur à un simple panier à salade, *du seul fait de sa matière plastique* et pas même de sa forme ou de sa décoration. Son attendu précise :

« L'emploi de la matière plastique a apporté au panier à salade déposé en 1921 une présentation *nouvelle* et *originale* *agréable à l'œil*, se distinguant nettement de celle antérieurement connue, et qu'il s'agit là d'une idée créatrice susceptible d'être protégée. »²⁵³⁷

Si Céline Castets-Renard se demande avec raison à quoi peut bien ressembler un panier à salade « *agréable à l'œil* », on peut aussi s'interroger sur ce qui rend *original* – *a fortiori* dans le sens d'*authentique* – un objet du seul fait qu'on le trouve « *agréable à l'œil* ». *Aggréable à l'œil* : voilà bien le type de critère subjectif – dans le sens ici de *relatif* aux goûts de chacun – dont l'usage ne devrait pas être cautionné par les imprécisions d'une loi, et qui du reste est clairement prohibé par l'interdit de tenir compte du mérite de l'œuvre.

Concernant les revendications toujours plus amples des auteurs : pour citer un exemple parmi d'autres, Alain Vircondelet, soutenu par la justice, a obtenu la condamnation de la première version du scénario de *Séraphine* écrit par Martin Provost pour la reprise

²⁵³⁴ Cass, 1^{ère} ch. civ., 11 février 1997, 1^{ère} esp., in JCP G 1997, II, 22973.

²⁵³⁵ Deux arrêts dans la même affaire relative au panier à salade en plastique : 1/ Crim. 2 mai 1961, dans JCP 1961 II 12242 ; R.T.D.Com. 1961 834 ; 2/ Crim 30 octobre 1963, dans Bull. crim. N°300 ; D. 1964, juris. P. 678, note Françon.

²⁵³⁶ Jean-Michel BRUGUIERE, *La Cour de Cassation piégée par les tableaux de Spoerri ?* [a], dans RLDI 2006/15, pp. 6-9, à propos de l'arrêt Cass 1^{ère} civ., du 15 novembre 2005, § 7, p. 4 ; Agnès TRICOIRE, *L'Art et l'idée* [a], 19.06.2009, dans La Gazette Drouot ; http://www.gazette-drouot.com/static/magazine_ventes_aux_encheres/guide_juridique_des_encheres/067_guide_juridiques_des_encheres.html.

²⁵³⁷ Crim. 30 octobre 1963, dans Bull. crim. n°300, cité par Céline CASTETS-RENARD, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, op. cit., p. 178, note 568 ; c'est moi qui souligne.

de quelques phrases à peine de son propre livre²⁵³⁸. Hélène Maurel-Indart s'interroge au demeurant sur le sens qu'il est encore possible de donner à la notion d'« empreinte de la personnalité » alors qu'il est interdit aux juges de tenir compte de la portée esthétique des œuvres. Elle suggère de réévaluer le critère de l'originalité au point de restreindre la protection aux seules œuvres littéraires et artistiques²⁵³⁹, rappelant à ce propos la définition de l'*œuvre* proposée par Pierre-Yves Gauthier :

« Tout effort d'*innovation* de l'esprit humain, conduisant à une production intellectuelle, qui peut tendre vers un but pratique, mais doit comporter un minimum d'effet esthétique, la rattachant d'une quelconque façon à l'ordre des Beaux-Arts »²⁵⁴⁰.

Innovation : nous en revenons toujours, malgré les déclarations de principe, à une confusion entre originalité et nouveauté, qui tend à considérer l'originalité sous un angle « objectif » ; ainsi pour Ivan Cherpillod l'originalité ne serait pas autre chose qu'un « degré supérieur de nouveauté »²⁵⁴¹. Et si le refus de protéger les productions *banales* ne semble pas contrevenir à l'interdiction faite aux juges d'évaluer les œuvres selon leur mérite, il assimile à coup sûr lui aussi l'originalité à la nouveauté. La banalité n'est-elle pas ce qui caractérise ce qui se voit ou s'entend trop souvent ? L'ambiguïté propre à la notion d'originalité explique sans doute pour une part le glissement qui s'est opéré en propriété intellectuelle, qui a vu assez récemment le droit d'auteur se rapprocher du *copyright* et du droit des brevets en passant d'une protection de l'auteur à celle des exploitants, d'une œuvre comprise comme émanation de l'auteur à celle de marchandise, d'une protection de l'œuvre à celle de l'investissement qui la rend possible. Elle explique également en partie la tentation des brevets logiciels.

Abaissement du critère

L'exigence classique d'une « empreinte de la personnalité », illustrant la condition d'originalité, a subi ces dernières années un abaissement très conséquent, au risque de ne plus guère pouvoir distinguer les œuvres protégées des autres productions humaines. Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière relèvent qu'au rythme où vont les choses, tout finira par devenir original²⁵⁴². Il y a là, objectivement, quelque chose à redire. Le droit d'auteur peut ainsi porter sur des boulons, des petites culottes, des logiciels, des annuaires, des « concepts artistiques » ; s'y ajoute un droit *sui generis* sur les bases de données et des bibliographies, au motif que ces « œuvres réceptacles » seraient originales en raison du *choix* présidant à l'intégration de leurs divers éléments.

²⁵³⁸ Frédéric STRAUSS, *Cent contrefaçons* [a], dans *Les Plagiaires*, dossier, Télérama, n°3219 (21.09.2011), pp. 29-36, p. 34.

²⁵³⁹ Hélène MAUREL-INDART, *Du Plagiat*, op. cit., p. 137.

²⁵⁴⁰ Pierre-Yves GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., § 34, pp. 57-58 (éd. 1991) ; c'est moi qui souligne.

²⁵⁴¹ Ivan Cherpillod, *Originalité et banalité – À propos de la protection des programmes d'ordinateurs*, dans *Mélanges Joseph Voyame*, François Dessemontet / distr. Payot, Lausanne 1989, pp. 39-53, p. 47, cité par François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 120, note 422.

²⁵⁴² Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, op. cit., p. 170, n°210.

C'est que l'exigence d'originalité, pour satisfaire aux exigences de protection monopolistique de l'industrie, a pudiquement fait place à une expression moins visible, moins liée à la personne de l'auteur et très proche du travail que l'employé fournit à son employeur : celle d'« apport intellectuel » ou de « caractère individuel », voire de « choix » - qu'il s'agisse, comme on vient de le voir, des œuvres réceptacles ou des productions de l'AC. Or j'ai montré déjà à quel point toute activité humaine qui voit son auteur s'y investir porte peu ou prou « l'empreinte de sa personnalité », sans qu'il soit défendable de les protéger toutes – du moins à l'aune du droit d'auteur²⁵⁴³. Le terme d'originalité étant toujours utilisé en parallèle de celui d'« œuvres de l'esprit », l'abaissement entraîne sa part de confusions à force de « désigner avec des mots inchangés une réalité nouvelle »²⁵⁴⁴. La méthode détournée utilisée par le législateur semble clairement démontrer que le but avéré de la manœuvre est de complaire à l'industrie en-dehors de toute considération logique ou systémique : introduisant de force dans la liste des œuvres protégées des types qui n'y avaient pas leur place – comme les logiciels et les bases de données –, il contraint les juges à adapter en conséquence leur interprétation de l'originalité, au risque à la fois de la cohérence du droit d'auteur et de la justification même de sa protection. L'insécurité juridique qui en découle semble beaucoup plus dommageable que l'ambiguïté inhérente à la notion d'originalité, qu'on lui reproche pourtant fréquemment. La situation s'est encore aggravée avec l'arrêt « Infopaq »²⁵⁴⁵ rendu par la Cour de Justice européenne, qui qualifie la notion d'originalité²⁵⁴⁶ de notion autonome de droit de l'Union : dans cette décision contraignante pour les juridictions des États membres, la Cour a énoncé les critères d'appréciation de la condition de l'originalité, étendant à l'ensemble des œuvres une définition assez extensive pour pouvoir y intégrer les logiciels²⁵⁴⁷.

À cet abaissement singulier du critère correspond sa relativisation à outrance : François Dessemontet admet sans peine que l'individualité actuelle n'est plus qu'une « originalité comparée »²⁵⁴⁸, autrement dit, et presque par définition, un critère synonyme de *nouveauté*. Ivan Cherpillod ne dit pas autre chose²⁵⁴⁹. Michel Vivant et Jean-Michel Brugière établissent le même constat, mais avec des accents plus

²⁵⁴³ Voir ci-dessus, chap. « Les productions des arts appliqués à l'industrie », pp. 766 ss, p. 769.

²⁵⁴⁴ Michel VIVANT, *L'Art, le vrai et le droit* [a], op. cit., p. 11.

²⁵⁴⁵ C.J.C.E., (4^e ch.), 16 juillet 2009, Infopaq ; Valérie-Laure BENABOU, *Jurisprudence Infopaq : que reste-t-il au juge national pour dire le droit d'auteur ?* [a], dans RDTI 2009, n°37, pp. 61-85.

²⁵⁴⁶ Selon l'art. 2, let. a, de la Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001, op. cit.

²⁵⁴⁷ Valérie-Laure BENABOU, *Copie privée : la Cour de Justice prend en main la notion de "compensation équitable" ou rien ne change mais tout change* – *Commentaire de l'arrêt CJUE, Padawan SL c. SGAE, 21 octobre 2010, C-467/08* [a] ; <http://www.juriscom.net/documents/pla20101031.pdf>, p. 1.

²⁵⁴⁸ François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 119, n°169.

²⁵⁴⁹ Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit.

critiques²⁵⁵⁰. Il faut y voir une soumission du législateur aux exigences capitalistes, qui dictent actuellement les règles applicables à la société civile. Le paradoxe veut, comme nous allons le voir, que la revendication par les auteurs d'un droit de monopole sur le moindre élément de leurs œuvres, à notre époque marquée par une enflure de l'individualisme, ou la pétition des plasticiens de l'AC en faveur de la reconnaissance du choix comme marque d'originalité finissent elles aussi par se retourner contre eux : l'abaissement du critère d'originalité qu'elles entraînent les place ainsi en concurrence avec l'industrie et les investisseurs.

L'arrêt « Paradis », dont Michel Vivant remarque qu'il a été lu par ses commentateurs comme ils avaient envie de le lire²⁵⁵¹, nous fournira un excellent exemple. *Paradis*, une installation de Jakob Gautel, détourne un espace de son sens premier par la simple apposition du mot « Paradis » en lettres d'or vieilli, d'une typographie à première vue banale, au-dessus de la porte des toilettes des alcooliques de l'hôpital psychiatrique désaffecté de Ville-Évrard. La serrure d'origine en forme de croix, le caractère sordide des lieux, voire le regard critique que le plasticien semble poser sur la religion lui auront sans doute inspiré son idée, que l'aspect décalé des lettrines pousse de prime abord à assimiler à un *jeu de mots* plutôt qu'à une œuvre d'art. L'installation a fait l'actualité judiciaire à l'occasion de la plainte pour contrefaçon de Jakob Gautel contre Bettina Rheims, accusée d'avoir diffusé dans son triptyque *La Nouvelle Ève* deux photographies de nus féminins qu'elle avait prises au-dessous de ladite inscription. Bettina Rheims sera condamnée en 2008, après avoir tenté de faire valoir que *Paradis* n'était pas une œuvre au sens formel du terme, là où les juges qualifiaient « La Nouvelle Ève » d'œuvre dérivée de celle de Jakob Gautel, et néanmoins distribuée sans l'accord de ce dernier²⁵⁵².

Nous allons voir que la reconnaissance de la qualité d'œuvre de l'esprit par la Cour d'appel et confirmée par la Cour de Cassation en faveur de « Paradis » modifie à la fois l'interprétation de la condition d'originalité et celle de la forme.

²⁵⁵⁰ Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, op. cit, p. 165, n°205.

²⁵⁵¹ Michel VIVANT, *Droit d'auteur : le Paradis pour le boulon ? L'enfer pour le parfum ?* [a], op. cit., p. 57.

²⁵⁵² Jacob Gautel c. Bettina Rheims, éditions Albin Michel et galerie Jérôme de Noirmont, CA Paris, 4^{ème} ch. A, 28 juin 2006 ; Cass. 1^{ère} civ., 13 novembre 2008, dans JCP 2008, II, 10204.



Ci-dessus : *Paradis*, de Jakob Gautel (source : www.connaissancedesarts.com ; auteur du cliché pas mentionné)



Ci-dessus : *La Nouvelle Ève* (détail du triptyque), de Bettina Rheims

Commençons par l'originalité. Michel Vivant²⁵⁵³ voit dans cette décision une rupture avec la conception ordinaire de l'originalité davantage qu'avec celle de la forme. Il remarque à son propos que « le fait qu'il [le terme "originalité"] soit toujours utilisé crée un effet illusoire de continuité là où une analyse rigoureuse fait apparaître que les mêmes mots ne recouvrent plus les mêmes concepts »²⁵⁵⁴. En prenant en considération « l'approche conceptuelle de l'artiste », les juges n'ont pas tant selon lui renoncé à l'exigence de forme qu'à celle d'originalité telle que comprise auparavant. L'arrêt « Paradis » ne fait en effet pas moins que de comprendre la notion d'œuvre en fonction des lectures du milieu artistique – ou plutôt d'un milieu de l'art marginal, l'AC, et non en fonction de critères juridiques, ce qui est curieux si l'on songe qu'il s'agit de reconnaître au plasticien un droit privatif et non de faire œuvre d'historien d'art. En confondant déjà « milieu de l'art » et AC, les juges choisissent d'ignorer la majorité de ceux qui se consacrent à l'art loin des projecteurs – « l'art caché », selon l'expression d'Aude de Kerros – pour favoriser une coterie proclamant sa rupture avec le milieu artistique au nom de motifs dont nous devrions aujourd'hui tous savoir qu'ils sont infondés : la notion de « progrès » – conçu comme une évolution linéaire irrésistible et nécessairement bénéfique – apparaît désormais foncièrement illusoire, ôtant tout sens à la notion même d'« avant-garde », et rien – pas même Auschwitz – ne justifie la nécessité d'une *rupture* contemporaine d'avec l'art et l'Histoire. C'est un choix des juges éminemment critiquable, s'agissant d'imposer à la société civile tout entière une norme qui, par l'abaissement singulier du critère de l'originalité, favorise une minorité artistique – et l'industrie tout entière avec elle.

La décision de la Cour est d'autant plus critiquable que l'avocate de Jakob Gautel, Agnès Tricoire, admet expressément qu'en photographiant un nu symbolisant Ève, Bettina Rheims rendait au terme « Paradis » son sens littéral, et abolissait du même coup le *décalage* de l'inscription recherché par le plasticien²⁵⁵⁵, élément de *Paradis* jugé pourtant essentiel au regard de l'originalité... Comment peut-on conclure à une contrefaçon lors même qu'on admet que l'originalité de l'œuvre litigieuse ne tire en rien ses racines de celles de l'œuvre prétendument contrefaite ?

Pour Nadia Walravens, avec l'arrêt « Paradis » l'originalité déborde le cadre du « rendu matériel de la conception de l'artiste »²⁵⁵⁶. En effet, les juges de la Cour d'appel considèrent que la forme en croix de la serrure et les écailles de peinture des murs participent de son caractère original, alors que le plasticien n'a participé en rien à leur production, et ne fait au mieux que souligner leur présence. Mais si l'originalité relève du processus créatif, ne déborde-t-elle pas toujours du cadre de la forme ? La

²⁵⁵³ Michel VIVANT, *Quand le mot recouvre le réel. Glissement de sens inaperçu et changement subreptice de topos* [a], dans *Propriétés intellectuelles* 2005, n°15, pp. 231 ss.

²⁵⁵⁴ Michel VIVANT, *Droit d'auteur : le Paradis pour le boulon ? L'enfer pour le parfum ?* [a], op. cit., p. 57.

²⁵⁵⁵ Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. xxx.

²⁵⁵⁶ Nadia WALRAVENS-MARDARESCU, *Le choix, critère déterminant de l'originalité de Paradis* [a], dans *RLDI*, n°19 (septembre 2006), pp. 8-12.

question posée par *Paradis* semble donc également porter sur la forme, mais aussi sur les rapports qu'elle entretient – ou devrait entretenir – avec l'originalité. J'y reviendrai²⁵⁵⁷.

C'est pour cela qu'il est indispensable de revoir sérieusement la notion d'originalité, puis de vérifier en trois temps sa capacité à fonctionner comme critère : tout d'abord à travers la notion éclairante de plagiat, puis en nous penchant sur les relations de l'originalité et de la forme – la fameuse notion de « forme originale » –, enfin en confrontant le champ du droit d'auteur à ceux de la concurrence déloyale et du parasitisme économique.

Refonder la notion d'originalité

Vu les enjeux qui reposent sur sa compréhension, l'ambiguïté de la notion d'originalité rend extrêmement regrettable le choix de ce terme par le législateur et contribue à dénaturer profondément le droit d'auteur. Certains s'imaginent qu'il emporterait la prétention de pouvoir tout retrouver de la psychologie d'un auteur par l'analyse de son œuvre²⁵⁵⁸. Aussi apparaît-il essentiel de fixer la signification adéquate de cette notion, loin de ces formules consacrées rabâchées par la jurisprudence qui finissent par prêter flanc à toutes les dérives. Il conviendra alors de la remplacer par un terme se prêtant moins à un glissement de sens, en prenant acte de l'inspiration personnaliste de la condition, puisque c'est elle qui justifie l'existence même de la protection. Sans aller jusqu'à prétendre comme Christiane Carlut que le droit moral consacre « l'indivisibilité de l'auteur et de l'œuvre »²⁵⁵⁹, dès lors que l'auteur ne doit pas être confondu avec son œuvre, la thèse personnaliste insiste sur le lien *individualisé* et tout à fait *particulier* unissant un auteur à son œuvre ; Agnès Tricoire utilise l'expression évocatrice de « singularité personnelle »²⁵⁶⁰.

❑ La difficile question du lien de l'auteur à son œuvre

L'expression d'« empreinte de la personnalité » de l'auteur, que nous devons à Henri Desbois, censée définir l'originalité mais qui fait actuellement figure de poncif, relève pour sa part d'une vision de la personne humaine peu compatible avec ce qui a été développé jusqu'ici à propos du processus créatif. Cette « empreinte » donne à croire qu'un être accompli laisse sa trace sur une œuvre, comme un sceau imprime sa forme sur la feuille. Elle est la marque d'une approche essentialiste concevant la personne comme à jamais figée, aux dépens de sa capacité d'évoluer – autrement dit de sa *sujétité* – alors que la recherche de l'identité, nous l'avons vu plus haut²⁵⁶¹, n'oblige pas

²⁵⁵⁷ Voir ci-dessous, chap. « Le rapport entre forme et originalité », pp 757 ss

²⁵⁵⁸ Voir ci-dessus, partie 05 (« Histoire du droit d'auteur »), chap. « Les conditions d'émergence de la figure de l'auteur », pp. 470 ss.

²⁵⁵⁹ Christiane CARLUT, *Contribution à une réflexion sur la liberté artistique d'appropriation*, op. cit., chap. « Le copyright (Part 1) ».

²⁵⁶⁰ Agnès TRICOIRE, *Le Droit d'auteur au service de l'industrie ou la mort de l'autonomie de l'art* [a], op. cit., p. 1.

²⁵⁶¹ Voir ci-dessus, partie 03 (« Recherche d'une fondation éthique »), chap. « La personne, si mal connue », pp. 113 ss.

nécessairement à adopter une telle conception de la personne. Cette image de l'empreinte néglige le fait que l'œuvre crée autant l'auteur que l'auteur ne la crée, ce qui fait dire à Frédéric Pollaud-Dulian : « Cette empreinte de la personnalité ne se situe pas dans une sorte d'autoportrait, mais dans l'acte créateur, et, singulièrement, dans le style »²⁵⁶². Ce lien de l'auteur à son œuvre se situe surtout, on y revient toujours, dans la nature du *processus créatif* lui-même, quoique prétendent certains doctrinaires, invoquant le fait que c'est l'œuvre qui est l'objet du droit d'auteur, et non son processus d'élaboration. Les deux questions sont pourtant différentes : une chose est de définir l'objet de la protection, une autre de préciser les contours de la condition de la protection qu'est l'originalité. Michel Vivant semble lui aussi l'admettre, lui qui écrit : « l'œuvre est ailleurs, c'est-à-dire dans ce qu'elle apporte à la perception humaine »²⁵⁶³, montrant ainsi que la notion d'œuvre ne se limite pas à sa seule dimension d'objet ou de marchandise.

Il s'agit cependant de s'interroger sur le *type* de personnalité exprimée dans l'œuvre, ou plutôt le « lieu » d'où s'exprime la personne engagée dans le processus créatif, tant la notion « d'empreinte de la personnalité » a été galvaudée. Jean-Yves Leloup nous rappelle qu'en matière d'expression, la question de la *source* revêt un caractère crucial :

« Dans le domaine de l'art, comme dans le domaine de la littérature, ou dans tout autre domaine où l'intériorité d'un humain tente de s'exprimer, il n'est pas inutile de s'interroger sur le "lieu" d'où il s'exprime. »²⁵⁶⁴

C'est un point essentiel pour qui cherche à distinguer l'œuvre protégée d'une simple activité dans laquelle le travailleur se serait investi, aurait « mis de sa personne », car une protection forte de l'auteur ne peut venir que d'une protection judicieusement délimitée. À la lumière de ce que nous avons appris du processus créatif, le « lieu » de la personnalité de l'artiste qui nous intéresse est celui qui se trouve en lien avec la source qu'il découvre au fil de son travail sur l'œuvre. En elle nous retrouvons la racine de la *sujétité* et de la possibilité d'une « présence à soi »²⁵⁶⁵ qui permet à l'auteur de se surprendre et de surprendre son public. Pour Agnès Tricoire, lorsque la postmodernité défend, avec Gustave Flaubert, Stéphane Mallarmé et Piet Mondrian, le caractère *impersonnel* de l'œuvre, elle n'invoque pas un manque d'originalité mais la disparition de l'auteur²⁵⁶⁶. L'originalité serait sauve. Quant à l'auteur, il serait sans doute plus exact de ne pas y voir la marque de sa « disparition » – un poncif aussi critiquable que celui de « l'empreinte de la personnalité » –, mais plutôt la critique d'une certaine conception essentialiste de la personnalité, combattue au nom de

²⁵⁶² Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Compte-rendu de lecture de « La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ? »* d'Olivier Laligant [a], op. cit., p. 271.

²⁵⁶³ Michel VIVANT, *Droit d'auteur : le Paradis pour le boulon ? L'enfer pour le parfum ?* [a], op. cit., p. 58.

²⁵⁶⁴ Mélik NGEDAR, *D'où nous viennent nos idées ?* [a], op. cit.

²⁵⁶⁵ Michel TERESTCHENKO, *Un si fragile vernis d'humanité*, op. cit.

²⁵⁶⁶ Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 146.

l'intuition de la dimension *transpersonnelle* atteinte par la création. L'auteur continue d'exister, mais il s'exprime d'un autre « lieu ».

Si Marcel Duchamp et les artistes du début du XX^e siècle ont mis en question la figure de l'auteur comme individu²⁵⁶⁷, et si, à la suite de Roland Barthes, les tenants de la « mort de l'auteur » ont combattu avec raison l'idée – objectifiante – d'une identification de l'auteur à son œuvre, oubliant ses dimensions universelles de *symbole* et de *représentation*, ils l'ont fait au prix d'un excès opposé tout aussi critiquable : leur négation de tout lien *particulier* entre l'auteur et son œuvre à travers leur critique de l'auteur en tant qu'institution. Ils omettent en effet de considérer la nature même du travail de création et l'engagement personnel qu'il requiert de l'auteur, autrement dit la dimension existentielle propre à toute démarche créative et qu'illustre de manière exemplaire la notion de « chaos créateur » proposée par Chantal Deschamps²⁵⁶⁸. On admettra qu'il s'agit là d'un point capital qui aurait dû ruiner dans l'œuf cette théorie littéraire qui feint d'ignorer qu'écrire une histoire reste un exercice foncièrement différent que de la lire, voire d'y retrouver des fragments de sa propre expérience. L'aspect actif de toute lecture n'y change rien, même si l'analyse que Roland Barthes en fait dans *Le Plaisir du texte* renouvelle la notion de dialogue et d'intersubjectivité en l'étendant à l'écrit imprimé, qui pourrait sembler figé et unilatéral :

« comme institution, l'auteur est mort : sa personne civile, passionnelle, biographique, a disparu ; dépossédée, elle n'exerce plus sur son œuvre la formidable paternité dont l'histoire littéraire, l'enseignement, l'opinion avaient à charge d'établir et de renouveler le récit ; mais dans le texte, d'une certaine façon, je désire l'auteur : j'ai besoin de sa figure (qui n'est ni sa représentation, ni sa projection), comme il a besoin de la mienne »²⁵⁶⁹.

En fait, si Roland Barthes s'oppose – avec raison là encore – à l'interprétation de l'œuvre en référence à l'histoire particulière et anecdotique de l'auteur, l'œuvre ne se limitant pas à ce que l'auteur a rationnellement planifié au cours de son élaboration, il nie la dimension universelle de la personne – à laquelle le *soi* donne accès et à laquelle puise et ouvre toute création véritable²⁵⁷⁰.

□ Défense de la conception subjective de l'originalité

Ivan Cherpillod soutient dans son livre *L'Objet du droit d'auteur* une conception objective de l'originalité²⁵⁷¹. Avant d'aller plus loin, il n'est peut-être pas inutile de passer en revue les arguments qu'il oppose aux thèses subjectives et d'y répondre point à point, du plus faible au plus fort :

²⁵⁶⁷ Giovanna ZAPPERI, *L'Artiste est une femme. La modernité de Marcel Duchamp*, Presses universitaires de France, coll. Lignes d'art, Paris 2012.

²⁵⁶⁸ Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit.

²⁵⁶⁹ Roland BARTHES, *Le Plaisir du texte*, Seuil, coll. Points Essais, Paris 1982 [1973], pp. 45-46, cité par Antoine COMPAGNON, *Qu'est-ce qu'un auteur ?*, op. cit., leçon 12 (« L'auteur et le droit au respect »), chap. « Légitimité de l'interprétation anachronique ».

²⁵⁷⁰ Voir ci-dessus, chap. « Le fonds sans fond », pp. 137 ss.

²⁵⁷¹ Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 127, n°215.

- L'aptitude de l'œuvre à suggérer une impression ne fait pas non plus partie des caractéristiques ou même des composantes de l'œuvre, puisque l'impression éprouvée par le spectateur devant l'œuvre est avant tout son fait : « c'est le sujet qui prête à l'œuvre le pouvoir d'éveiller un sentiment ». Par ailleurs, les œuvres ne présentent pas toutes un caractère représentatif déterminé. Lorsque tel est le cas, il est difficile d'apprendre à travers l'œuvre « comment sa création s'est déroulée et encore moins quels ont été les états d'âme et les motivations de son auteur »²⁵⁷².

Toute conception de la création qui ne prend pas en compte la « plongée dans l'indifférencié » encourt le risque de se retrouver face au paradoxe selon lequel le projet initial de l'auteur est censé pouvoir se retrouver dans l'œuvre, mais pas les circonstances entourant la création elle-même. De fait, si l'on considère cette plongée dans l'indifférencié, il n'y a rien d'étonnant à ce que l'œuvre ne dise pas grand chose du processus créatif qui l'a vu naître. Quant à la question de la représentation qui y est liée, il serait réducteur d'y voir un simple effet du projet initial de l'auteur. L'œuvre, même non représentative, éveille un sentiment. Même lorsque le plasticien n'envisage pas d'autre but que de construire l'espace à travers son installation, son propos est de nature à éveiller un sentiment d'harmonie ou de disharmonie. Et si ce sentiment est avant tout le fait du spectateur quant à son contenu – ce qui fonde la polysémie de l'œuvre –, c'est bien l'œuvre d'art qui le suscite, à la différence des autres artefacts. Mais plutôt que d'évoquer la capacité à suggérer une impression, sans doute est-il préférable de reprendre la réflexion d'Immanuel Kant sur la gratuité de l'art²⁵⁷³. Pour le reste, c'est le point suivant, relatif à la preuve, qui indiquera pourquoi il convient de prendre en compte le processus créatif, bien qu'il ne se retrouve pas tel quel dans l'œuvre.

- « La nouveauté subjective est d'un usage délicat en ce que son application requiert la connaissance de la genèse de l'œuvre. Il faut en effet savoir si l'auteur a tiré celle-ci de son propre fonds. Or la réponse à cette question ne peut ressortir de l'étude de la réalisation concrète soumise à la perception d'un tiers. »²⁵⁷⁴

Concernant le reproche souvent fait aux théories *subjectives* de l'originalité en matière de sécurité juridique, je montrerai en quoi une politique judicieuse et stricte en matière de preuve permet d'y répondre, et même d'éviter en partie l'incertitude produite par l'approche objective²⁵⁷⁵. Les juristes en effet semblent ici oublier le point de vue de l'auteur. Supposez que vous soyez

²⁵⁷² Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 119.

²⁵⁷³ Voir ci-dessus, chap. « Autonomie et gratuité de l'art », pp. 601 ss.

²⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 127.

²⁵⁷⁵ Voir ci-dessous, chap. « L'administration de la preuve au regard de l'originalité », pp. 719 ss.

l'authentique auteur d'un roman, et que vous fassiez l'objet d'une accusation pour contrefaçon, au prétexte qu'un autre roman, que vous n'avez jamais lu, fait beaucoup penser au vôtre : ne vous importe-t-il pas de pouvoir vous défendre en exposant le cheminement propre qui fut le vôtre au cours de l'élaboration de l'œuvre ? Cela ne peut-il contribuer à augmenter à vos yeux la sécurité du droit ? Et la justice ne conduit-elle pas à préférer libérer un coupable que de punir un innocent ?

S'il est enfin exact que seul l'auteur peut apporter la preuve de l'authenticité de sa démarche, il lui est aussi possible de s'en expliquer par avance afin de permettre à ceux qui hériteront de ses droits de s'opposer par ce moyen aux revendications de tiers. La limitation de la durée de protection défendue par le présent travail rend au demeurant cette éventualité plus rare.

- « Selon la théorie subjective, la caractéristique principale de l'œuvre réside sans nul doute dans ce qu'elle est une émanation de la personnalité de l'auteur. Et les notions employées tiennent dès lors dans l'observation du processus créatif. [...] Les premiers doutes relatifs à la justesse de cette théorie viennent de la protection des "petites monnaies" du droit d'auteur. [...] L'autre point d'accroc de la conception subjective du droit d'auteur est issu des nouvelles tendances manifestées par l'art contemporain : dépersonnalisation, intervention de l'aléatoire et anti-art »²⁵⁷⁶.

On notera tout d'abord que la notion « d'émanation de la personnalité de l'auteur » critiquée par Ivan Cherpillod reste fort ambiguë : s'agit-il pour l'auteur « d'imprimer » sur une forme son idée initiale, comme le sceau imprime sur la cire passive son motif ? Dans ce cas, les théories subjectives décriées ignorent la notion de plongée dans l'indifférencié et de transformation de l'auteur par la résistance de l'œuvre à son projet initial ; elles sont elles aussi critiquées par le présent travail. Le second point tient à la définition des « petites monnaies » du droit d'auteur : s'il s'agit des œuvres sans mérite esthétique, il convient de les protéger également, la protection, afin d'éviter toute censure ou critère inapplicable par les juges, ne devant, on l'a vu, faire appel à la notion de mérite, pas plus qu'elle ne doit faire appel au caractère esthétique de l'œuvre²⁵⁷⁷. La beauté d'une œuvre réside en effet non pas tant dans l'œuvre elle-même que dans le regard que lui porte son spectateur. Si par « petites monnaies » il faut entendre en contrepartie les productions telles que les cartes de géographie et les slogans publicitaires²⁵⁷⁸ dont l'élaboration obéit davantage à des paramètres techniques qu'elle ne relève de la liberté de l'auteur, et dont le projet porte sur la reproduction plutôt que sur la

²⁵⁷⁶ *Ibid.*, p. 116.

²⁵⁷⁷ Voir ci-dessus, chap. « Autonomie ou unité de l'art ? », pp. 622 ss.

²⁵⁷⁸ Cités expressément par Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 116.

représentation de la réalité, on ne voit pas en quoi il conviendrait de dénaturer le droit d'auteur pour souscrire aux désirs des dirigeants économiques : c'est alors les choix du législateur qu'il convient de critiquer, et non la thèse subjective de l'originalité, au nom de la raison d'être du droit d'auteur et de sa crédibilité au sein de la société civile. Quant aux photographies, elles aussi citées par Ivan Cherpillod comme participant des « petites monnaies », leur protection par le droit d'auteur semble acquise, même en application des critères suggérés par le présent travail, sous réserve, comme pour toute œuvre, d'une absence flagrante d'identité.

Quant aux pratiques de l'AC, il n'est pas certain qu'elles aient à modifier la protection octroyée par le droit d'auteur ; le rejet parfois pathologique de la matière (cette « souillure ») dont témoignent certains plasticiens et le refus tout aussi vigoureux de l'épreuve qu'elle infligerait à leur projet initial, leur pratique visant à se dispenser de sa contrainte, laquelle, plutôt que de mener au *soi* conduit dès lors plutôt à l'oubli de soi (la dépersonnalisation), ne regardent pas la société civile et la majorité des artistes – « l'art caché » évoqué par Aude de Kerros – qui peinent dans l'ensemble à les suivre. Je rappellerai par ailleurs que l'AC n'a toujours pas justifié de manière satisfaisante la nécessité qu'il invoque de remettre en cause les fondements de ce qui a fait l'art de la grotte Chauvet à nos jours. La dépersonnalisation de l'œuvre et la participation du hasard – sans doute une tentative assez gauche de simuler l'incertitude inhérente au processus créatif – leur ôte par principe toute prétention à la protection, sans qu'il semble que l'on puisse trouver à y redire : la société civile et le droit n'ont pas, par principe, à s'adapter à toutes les pratiques contemporaines. La « participation personnelle » que l'on propose parfois pour remplacer le critère de l'originalité de manière à pouvoir inclure ces pratiques dans le champ de protection ne suffit pas pour l'octroyer, car on ne voit guère en quoi elle modifierait la nature aléatoire du processus. La plongée dans l'indifférencié et le caractère imprévisible de la forme définitive de l'œuvre, eux, permettent de porter au jour un pan caché de la personnalité de l'auteur : tel n'est pas le cas de l'aléatoire.

- Dans la définition subjective, c'est de la notion de création personnelle que découle celle d'originalité : « elle est l'activité humaine par laquelle l'auteur tire quelque chose de son propre fonds, et dont l'œuvre est le résultat [...] ; elle s'oppose sans aucun doute à la copie et à l'emprunt. »²⁵⁷⁹. La notion de création serait ainsi associée à l'apparition d'une œuvre subjectivement nouvelle, dès lors qu'elle est tirée du propre fonds de l'auteur. Mais « l'imagination personnelle n'a pas pour conséquence nécessaire l'apport d'un bien qui se distingue de ceux du patrimoine culturel existant. Le simple fait que l'auteur

²⁵⁷⁹ Ibid., p. 125.

n'ait pas copié ne suffit pas à enrichir la collectivité d'une valeur qu'elle ignorait auparavant. »²⁵⁸⁰

Ivan Cherpillod se fait ici l'apôtre du *copyright* et de son fondement utilitariste : le droit d'auteur, contrairement au *copyright*, se justifie bien par le lien particulier qui rattache l'œuvre à l'auteur. Si par ailleurs le droit d'auteur relève de la *propriété* – même si les majorats le conçoivent comme un *monopole* –, il n'est pas nécessaire de justifier la protection accordée en raison d'un apport de l'auteur à la société civile, mais en raison du respect dû à l'apport créatif reconnu à chaque auteur, qui ne peut que rejaillir sur tous. Pour le surplus, juger une œuvre inutile parce qu'elle n'est pas nouvelle quant à la forme, n'est-ce pas déjà la juger en fonction de son mérite ? La protection de l'originalité subjective doit primer sur toute idée de « récompense » pour une quelconque « nouveauté » proposée : nous n'avons pas, en matière de création, à être soumis à une « obligation de résultat » ; chacun est appelé à refaire le parcours qui le mènera jusqu'à *soi*, à la fois identique à celui de ses prédécesseurs et radicalement neuf, et c'est la tentative d'y parvenir à travers le geste artistique qui mérite protection, en particulier pour ce qui est des aspects moraux.

Le point qui est soulevé ici, en ce qu'il traite de la nécessaire *identité* de chaque œuvre, mérite qu'on s'y attarde. La protection ne peut en effet s'attacher qu'à une œuvre que l'on peut identifier, en d'autres termes que l'on peut *distinguer* des autres. Si l'on s'en tient au principe, l'authenticité devrait conduire à la création d'œuvres objectivement nouvelles : s'il est vrai que nous sommes tous uniques en tant que *sujets*, toute œuvre tirée de notre fonds propre sera nécessairement *nouvelle*. Tout le monde semble s'accorder sur ce point. Mais il convient de ne pas limiter la protection aux seules œuvres artistiques majeures ; de plus, à l'instar des autres membres de la société civile, les artistes n'ont pas tous accédé à leur *soi*, tant s'en faut, même si le processus créatif tend à y conduire par la transformation de l'auteur qu'il opère – raison qui justifierait à elle seule, on vient de le voir, que l'on reconnaisse le lien unissant l'auteur à son œuvre.

Qu'en est-il donc des autres œuvres ? Il n'est tout d'abord pas inutile de rappeler ici qu'il n'existe pas d'œuvre radicalement nouvelle au sens formel du terme : elles empruntent toutes peu ou prou à la tradition culturelle de leur auteur²⁵⁸¹, de même que le chemin de l'individualisation de tout humain passe par le regard de l'autre²⁵⁸². La nouveauté formelle n'est donc pas toujours aussi

²⁵⁸⁰ *Ibid.*, pp. 126-127.

²⁵⁸¹ Même les plasticiens de l'AC sont redevables à leur culture, nonobstant leur recherche de la nouveauté formelle à tout prix ou leur rejet de la tradition et de la culture traditionnelle.

²⁵⁸² Voir ci-dessus, partie 03 (« Recherche d'une fondation éthique »), chap. « Individualisation et relation à l'autre », pp. 130 ss.

facile à prouver qu'on pourrait le croire. En outre, *dès qu'il est indispensable d'établir un rapport entre œuvres, on se situe nécessairement dans le champ objectif, et l'on fait nécessairement appel à la forme* : l'originalité objective d'une œuvre – autrement dit sa nouveauté – relève donc nécessairement de la forme²⁵⁸³. C'est ainsi que les théories *objectives* de l'originalité, en plus de confondre, comme je l'ai montré²⁵⁸⁴, originalité et nouveauté, amalgament originalité et forme. Elles soumettent de fait la protection au titre du droit d'auteur à *une seule condition*, « la forme originale », évacuant de la sorte le lien existant entre l'auteur et son œuvre. On peut y voir leur principal défaut, après l'ignorance de la *sujéité* qui sous-tend les liens d'élaboration réciproque développés entre l'auteur et son œuvre, et l'inéluctable marchandisation de l'œuvre qu'elle entraîne. Les approches subjectives de l'originalité maintiennent deux conditions complémentaires, l'une subjective, l'autre objective, si bien que la problématique de l'identité de l'œuvre, qui relève de la forme comme nous venons de le voir, ne recouvre pas l'exigence de l'authenticité de l'œuvre.

On est dès lors en droit de se demander si la plupart des thèses personnalistes, comme du reste celles qui s'y opposent, ne pèchent pas par une vision étriquée de la personne, qui la limiterait à son histoire et aux anecdotes qui la composent, en somme au *moi*. N'est-il pas essentiel de considérer plutôt le processus créatif tel que nous le propose l'approche phénoménologique, en tant qu'il révèle à l'auteur une part de sa personnalité qui lui échappe ? N'est-il pas temps d'abandonner les schémas rationalistes qui prétendent que l'auteur a la totale maîtrise intellectuelle et émotionnelle de son projet comme de l'élaboration de l'œuvre, ne fût-ce parce que cet inconnu qui se révèle à travers le processus créatif constitue son intérêt essentiel, et que notre propos, en tant qu'humains, est justement d'apprendre à découvrir qui nous sommes ? « Je est un autre », cet aveu saisissant d'Arthur Rimbaud²⁵⁸⁵, est bien davantage qu'une expression littéraire : il aborde l'aspect le plus mystérieux et le plus puissant de notre nature humaine, qui, en matière de création, s'avère incontournable, et dont la notion de *sujéité* rend en partie compte.

²⁵⁸³ « L'originalité ne se conçoit que sous l'angle d'un rapport à la forme » (Julien CABAY, « *Ce sont les regardeurs qui font les tableaux* » – *La forme d'une œuvre d'art en droit d'auteur* [a], dans Andrée PUTTEMANS, Bert DEMASSIN (dir.), *Les aspects juridiques de l'art contemporain*, Larcier, Bruxelles 2013, pp. 9-82, p. 17, n°7).

²⁵⁸⁴ Voir ci-dessus, chap. « Ambiguïté de la notion d'"originalité" », pp. 649 ss.

²⁵⁸⁵ « *C'est faux de dire : Je pense : on devrait dire on me pense – Pardon du jeu de mots. Je est un autre. Tant pis pour le bois qui se trouve violon [...]* » (Arthur Rimbaud, Lettre à Georges Izambard du 13 mai 1871) ; « *Car Je est un autre. Si le cuivre s'éveille clairon, il n'y a rien de sa faute. Cela m'est évident : j'assiste à l'éclosion de ma pensée : je la regarde, je l'écoute : je lance un coup d'archet : la symphonie fait son remuement dans les profondeurs, ou vient d'un bond sur la scène* » (Arthur Rimbaud, lettre à Paul Demeny du 15 mai 1871).

❑ *L'authenticité*

Je propose donc de remplacer la notion d'originalité par celle d'*authenticité*, malgré la pluralité de ses acceptions²⁵⁸⁶. Précisons d'emblée que la notion d'authenticité permet de réhabiliter le critère d'originalité subjective sans recourir au caractère esthétique des œuvres. La notion d'authenticité ne saurait par ailleurs se confondre avec l'approche un peu naïve qui voudrait que l'on puisse déduire de l'œuvre la psychologie – en d'autres termes les traits de la personnalité – de son auteur ; comprise dans son sens d'authenticité, l'originalité ne suppose pas de jugement de valeur²⁵⁸⁷ ; elle ne saurait davantage être un critère de censure morale permettant de disqualifier les productions qui ne le seraient pas aux yeux des juges ; elle se situe au contraire à la racine de l'autonomie de l'art. Il s'agit donc de lui appliquer la règle établie par Eugène Pouillet visant à interdire le refus de la protection de certaines œuvres en fonction de leur mérite ou de leur forme d'expression, tout en tenant compte de leur destination. Le critère de l'authenticité – comme de l'originalité actuelle bien comprise – intéressant le processus d'élaboration, la destination peut en effet influencer grandement ce processus, voire le dénaturer s'agissant de considérer l'activité créatrice. En prenant en compte le processus créateur sans se focaliser sur l'œuvre en tant que produit fini, le critère d'authenticité évite l'exigence d'une *nouveauté* comparable à celle qui prévaut en matière de brevets, qui serait fortement discutable dans le contexte créatif²⁵⁸⁸. Il permet en outre de s'appuyer sur l'approche phénoménologique du processus créatif – sans oublier l'approche éthique de la *sujété* ou les réflexions d'un Jean-Paul Jouary développées à partir des découvertes archéologiques des dernières décennies²⁵⁸⁹ – et de prendre en compte l'organisation du processus d'élaboration de l'œuvre pour distinguer les œuvres protégeables d'un simple *travail*. La *liberté* laissée à l'auteur – essentielle pour conclure à l'existence d'une œuvre – peut en effet se traduire par la latitude qui est la sienne de s'affranchir du projet initial (le sien ou celui du commanditaire) pour suivre son intuition du moment.

François Dessemontet parle bien d'une « incertitude à surmonter » pour pouvoir parler d'œuvre, de « terrain d'atterrissage incertain », ou encore de « bond » capable de mener le créateur « pendant ne serait-ce qu'un instant de raison, en dehors d'un parcours programmé ». Mais il évalue ce *bond* par comparaison avec le « patrimoine culturel préexistant et subséquent »²⁵⁹⁰, ce qui le fait ressembler à s'y méprendre au

²⁵⁸⁶ Voir ci-dessus, chap. « Ambiguïté de la notion d'originalité », pp. 649 ss.

²⁵⁸⁷ *Contra* : François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 120, n°171.

²⁵⁸⁸ *Contra* : Sylvie HANS, *L'Originalité au sens du droit d'auteur*, thèse Paris I 1991, citée par Olivier LALIGANT, *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ?*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence 1999.

²⁵⁸⁹ Jean-Paul JOUARY, *Préhistoire de la beauté – Et l'art créa l'homme*, op. cit.

²⁵⁹⁰ François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 122, n°172 ; voir aussi p. 39, n°56, où François Dessemontet semble attribuer davantage l'imprévisibilité du processus créatif au hasard qu'à une « plongée dans l'indifférencié », évoquant les « tours que vont lui jouer sa fantaisie », et même des instantanés pris en rafale. Pour sa défense, l'auteur se propose alors de défendre l'idée que la protection n'a pas à être refusée au nom d'une « conscience du résultat » ou d'une « prévisibilité » de l'œuvre, ce qui est parfaitement exact.

critère de « non-évidence » propre au droit des brevets... Or, avec l'absence d'antériorité, celui-ci constitue un aspect de la *nouveauté* exigée pour l'octroi d'un brevet. Que François Dessemontet ne prenne pas la réelle mesure de ce « bond », on en trouve la preuve dans le fait qu'il ne voit au fond rien de très critiquable à l'idée de protéger les boulons, voire les « créations des ordinateurs »²⁵⁹¹ par le biais du droit d'auteur, jugeant même la démarche du créateur « indifférente »²⁵⁹² au motif semble-t-il que « tout jugement de valeur devrait être évité quant au processus de création »²⁵⁹³, assimilant ce dernier à un simple « travail intellectuel »²⁵⁹⁴. Plusieurs précisions s'imposent à ce stade. La première veut que le caractère subjectif de l'authenticité ne l'assimile pas nécessairement à un jugement de valeur. Quant à l'absence de subordination du processus créatif au projet initial, elle ne se confond ni avec la notion d'*imprévisibilité* parfois proposée comme condition de protection²⁵⁹⁵, ni avec l'attendue *maturation* de tout projet industriel à force de travail : existe-t-il un seul processeur dont la topographie n'ait pas évolué en laboratoire par rapport à son premier prototype ? Une telle maturation est le fruit d'un effort rationnel, certes mêlé de quelques intuitions, mais qui, dans un tel contexte, ne participent à la conception du produit que dans la mesure où elles permettent de répondre au programme initial, si bien que cette intuition du scientifique n'est pas ce qu'on entend protéger par l'octroi d'un brevet... ou par le droit d'auteur.

L'originalité comprise dans son sens d'authenticité relève d'une longue tradition qui permet de distinguer les œuvres des ouvrages qui sont le fruit d'un simple *travail* en différenciant les œuvres de l'art à la fois des productions de la science et de l'artisanat, *a fortiori* de l'industrie. L'art se distingue ainsi pour Immanuel Kant de ce qui peut s'apprendre conformément à une règle ; il est « le talent de produire ce pourquoi ne se peut donner aucune règle »²⁵⁹⁶, dès lors que « les règles ne préexistent pas à la genèse de l'œuvre »²⁵⁹⁷. Cela ne signifie pas que l'œuvre soit affranchie de toute règle ou de tout sens, mais qu'elle obéit à des règles qui n'apparaissent à l'artiste que dans le fil de l'action créatrice. Pour Immanuel Kant, l'art se distingue donc de l'artisanat en ce sens qu'il ne se limite pas à un simple savoir-faire ou à la seule imitation des prédécesseurs, pas plus qu'il n'est pur génie – autrement dit inspiration miraculeuse²⁵⁹⁸ –, si bien que l'originalité se comprend pour le philosophe de Königsberg comme l'application

²⁵⁹¹ François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., pp. 37, n°55.

²⁵⁹² François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 36, n°54 ; on notera que cette position est en outre contradictoire avec son acceptation du principe des créations parallèles ([I] DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, pp. 39-40, n°57)

²⁵⁹³ François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 40, n°57.

²⁵⁹⁴ *Ibid.*, p. 37, n°55.

²⁵⁹⁵ *Ibid.*, p. 41, n°59.

²⁵⁹⁶ Immanuel KANT, *Critique de la faculté de juger* (partie 1 : esthétique), Flammarion, coll. GF, Paris 2008 [1790], p. xxx.

²⁵⁹⁷ Florence BEGEL, *La Philosophie de l'art*, op. cit., p. 27.

²⁵⁹⁸ *Ibid.*, p. 26.

spontanée d'une règle par l'artiste. La protection de l'artefact produit d'un simple travail relèvera, elle, de la protection contre la concurrence déloyale et le parasitisme et non du droit d'auteur²⁵⁹⁹. Il convient en effet de rejeter la théorie de l'unité de l'art, qui ne prend tout simplement pas en compte les spécificités du processus créateur.

Une fois la distinction opérée entre l'œuvre et ce qui n'en est pas, le critère d'authenticité devrait permettre d'établir une typologie des genres d'expression afin d'accorder un régime de protection d'autant plus favorable que le genre considéré permet l'expression de l'authenticité, indépendamment du mérite d'une œuvre particulière. C'est dans ce cadre que la notion de *fiction* proposée comme critère de protection par Agnès Tricoire pourra s'appliquer. La notion de fiction semble en effet trop étroite pour circonscrire l'ensemble des œuvres qu'il importe de protéger par le droit d'auteur, mais elle peut permettre de désigner le champ des genres d'expression dont le régime de protection doit être le plus fort.

Le plagiat, repoussoir de l'originalité

□ Une notion ambiguë

La notion de plagiat est très souvent critiquée par les juristes, pour le caractère flou de ses contours et de ses conséquences juridiques. Alors que la contrefaçon peut être définie comme l'exploitation d'une œuvre sans l'autorisation de l'auteur ou de ses ayants-droit, la notion de plagiat recouvre à la fois des actes répréhensibles à titre de contrefaçon et des pratiques licites que les milieux littéraire ou académique réprouvent et sur lequel ils entendent jeter l'opprobre. Les juges français ne qualifient-ils pas parfois le plagiat de « contrefaçon partielle »²⁶⁰⁰? Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière remarquent que l'accusation de plagiat s'applique à la comparaison d'œuvres d'un genre parent, telles que deux romans ou un roman et un film. Ils le définissent comme « une reprise d'éléments protégés d'une œuvre sans véritable sanction juridique », pour conclure :

« À l'analyse l'on ne comprend pas bien l'intérêt d'ériger en catégorie cette "sous-contrefaçon". De deux choses l'une : soit la contrefaçon est caractérisée, soit elle ne l'est pas. Et, si elle ne l'est pas, on ne saisit pas bien l'intérêt de cette qualification intermédiaire »²⁶⁰¹.

En droit suisse, la notion de contrefaçon (« *Nachmachung* »), au sens strict, correspond à « la reproduction telle quelle de l'œuvre sans le consentement de l'ayant droit »²⁶⁰², voire la copie « presque servile » d'une œuvre²⁶⁰³ ; la jurisprudence en a distingué un

²⁵⁹⁹ Voir ci-dessus, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), chap. « Le fondement de la protection – Le travail », pp. 487 ss.

²⁶⁰⁰ Ainsi, dans l'arrêt CA Paris du 19.02.2003, Henri Troyat a-t-il été condamné pour « contrefaçon partielle ».

²⁶⁰¹ Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, op. cit., pp. 690-691, n°1038.

²⁶⁰² Kamen TROLLER, *Précis du droit suisse des œuvres immatérielles*, op. cit., p. 322.

²⁶⁰³ François BESSE, *La Répression pénale de la contrefaçon en droit suisse : avec présentation des droits français et allemand et aperçu de droit international*, Droz, Genève 1990, p. 24.

sens subjectif, l'imitation (« *Nachahmung* »), « reproduction approximative »²⁶⁰⁴ qui « ne fait qu'emprunter les éléments essentiels de l'œuvre, en les déguisant, en les diluant ou en les déformant, pour en faire une œuvre dont l'imitateur prétend être le seul auteur »²⁶⁰⁵. L'imitation correspond ainsi à la notion littéraire de « démarquage », le plagiat relevant selon les cas soit de la contrefaçon – et condamnable à ce titre –, soit de l'imitation²⁶⁰⁶. Précisons que la possibilité de s'*inspirer* d'une œuvre ne constitue plus en droit suisse une exception prévue par la LDA, mais excède tout simplement la protection accordée à la première œuvre, le lien entre les deux œuvres étant suffisamment lâche pour que l'on puisse conclure à l'originalité de la seconde sans pour autant y voir une œuvre dérivée²⁶⁰⁷.

La notion de plagiat, rarement évoquée dans le présent travail pour les raisons qui viennent d'être exposées, mérite pourtant qu'on s'y attarde. Il s'attache tout d'abord à la notion de plagiat une dimension éthique qui permet de mesurer les valeurs de l'époque en matière de respect de l'auteur. La notion de plagiat offre également l'occasion de focaliser le débat sur la notion de reprise d'une œuvre d'autrui dont on revendique la paternité, alors que la notion de contrefaçon frappe également les duplications de l'œuvre – à travers l'Internet par exemple – étrangères à toute velléité d'appropriation intellectuelle. La notion ouvre un champ de recherche plus libre : l'accusation de plagiat peut certes constituer une diffamation, puisque constitutive d'une atteinte à l'honneur, mais offre semble-t-il une contre-preuve plus facile à établir que celle de contrefaçon en cas de plainte pénale, précisément du fait de son caractère ambigu. Les débats sur le plagiat présentent enfin le mérite de permettre à leur manière l'observation du *droit en production*, autrement dit l'examen des discours, controverses, débats, jeux d'influence qui concourent à ce que André-Jean Arnaud appelle « l'accession à la positivité »²⁶⁰⁸.

□ *Un phénomène parent du processus créatif*

Il est souvent bien difficile de distinguer parmi les différents types d'emprunts une simple appropriation d'une imitation, d'un plagiat ou d'une contrefaçon. Selon Hélène Maurel-Indart, toute la question revient à distinguer l'« emprunt créatif » de l'« emprunt servile »²⁶⁰⁹. C'est ainsi que de nombreux tableaux de Vincent Van Gogh reprennent sans s'en cacher les compositions de Jean-François Millet, constituant ainsi

²⁶⁰⁴ Ibid., p. 24.

²⁶⁰⁵ Kamen TROLLER, *Précis du droit suisse des œuvres immatérielles*, op. cit., p. 322.

²⁶⁰⁶ ATF 06.07.1999, publié sous SJ 2000 p. 26, cité par Kamen TROLLER, *Précis du droit suisse des œuvres immatérielles*, op. cit., p. 322.

²⁶⁰⁷ Denis BARRELET, Willi EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur*, op. cit., p. 70.

²⁶⁰⁸ André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, vol. 1, op. cit., cité par Michel MIAILLE, *La Critique du droit*, op. cit., p. 80, note 17 ; voir ci-dessus, partie 02 (« De l'épistémologie du droit à la méthodologie transdisciplinaire »), chap. « Critique du droit – La notion de droit », pp. 70 ss.

²⁶⁰⁹ Emmanuelle ANIZON, Lorraine ROSSIGNOL, *Les Plagiaires – entretien avec Hélène Maurel-Indart* [a], dans *Les Plagiaires*, dossier, Télérama, n°3219 (21.09.2011), pp. 29-36, pp. 30-34, p. 30.

un hommage appuyé au maître sans le céder à l'authenticité de sa propre démarche, patente par le style²⁶¹⁰. Marquée par les valeurs d'un individualisme outré, notre époque a rendu la différence entre les deux notions si fine que seuls les experts en la matière semblent y retrouver leur latin. Le phénomène est fâcheux, et, à force de réclamer un monopole sur chacune de leurs phrases, certains auteurs ont paradoxalement contribué à l'abaissement du critère d'originalité, ainsi qu'il va être montré dans les lignes qui suivent.

La notion de plagiat, développée par les critiques littéraires, permet de dessiner les contours de l'originalité – et de la forme – attendue de l'auteur avec une plus grande précision : plagiat et originalité n'appartiennent-ils pas à un espace voisin ? Alors qu'elle situe l'originalité « entre rupture et continuité »²⁶¹¹, Hélène Maurel-Indart reconnaît au plagiat une position entre « tradition de l'imitation » et « innovations marquées du sceau du génie »²⁶¹². La différence entre les deux notions tiendrait au degré de soumission de l'œuvre inspirée à son modèle : Hélène Maurel-Indart, à la suite d'Augustin-Charles Renouard²⁶¹³, pose que la contrefaçon consacrerait une atteinte plus grave que le simple plagiat²⁶¹⁴, se démarquant ainsi de la position des juges suisses, qui voient dans le plagiat une notion dont le champ englobe la contrefaçon. Cette dernière, qui ne se limite pas à la seule copie servile, suppose que les « traits caractéristiques »²⁶¹⁵ de l'œuvre de référence soient repris, au point d'entraîner une violation du droit d'auteur. Le plagiat, plus subtil, est donné dès que, dépassant la simple allusion ou réminiscence, la reprise part de l'œuvre plagiée pour la paraphraser de manière détournée, procédé qu'en littérature on appelle « démarquage ». Mais cette analyse ne se comprend que dans le contexte d'une comparaison qui ne devrait intervenir qu'en guise de confirmation : la ressemblance entre deux œuvres n'est pas toujours le fruit d'un plagiat, mais peut provenir de ce qu'elles relèvent du même contexte socio-culturel, puisque toute œuvre nouvelle procède de celles qui l'ont précédé. Il se peut aussi que leur authenticité commune procède du fonds commun qui traverse les âges et réunit les êtres humains par-delà les générations, confrontés qu'ils sont à une condition d'existence qui, sur ses points essentiels, ne varie guère à travers les siècles. C'est pour cela que les pièces de William Shakespeare ou les vers de Sappho nous touchent toujours au plus profond de nous, alors que les œuvres qui peinent à se démarquer de l'actualité ou de la mode du jour retombent bien vite dans l'oubli.

²⁶¹⁰ Je remercie vivement Michelle Bergadaà de m'avoir fait découvrir cette parenté artistique, qui va bien au-delà de la seule reprise de l'*Angelus* ou *Des glaneuses*.

²⁶¹¹ Hélène MAUREL-INDART, *Du Plagiat*, op. cit., pp. 201 ss.

²⁶¹² *Ibid.*, p. 3.

²⁶¹³ Augustin-Charles RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les Beaux-arts*, op. cit.

²⁶¹⁴ Hélène MAUREL-INDART, *Du Plagiat*, op. cit., pp. 115-116.

²⁶¹⁵ Robert PLAISANT, *Le Droit des auteurs et des artistes exécutants*, Delmas, Paris 1970, p. 168.

Afin d'endiguer les dérives monopolistes actuelles, on aura souci de retenir deux règles à même de nous guider dans les examens en contrefaçon, dans la perspective d'une défense de l'authenticité et non de la nouveauté. La première nous est donnée par la définition de René Plaisant de l'œuvre contrefaisante qui évoque la nécessité de juger en fonction des *traits caractéristiques de l'œuvre* :

« Il y a contrefaçon aussi longtemps que les *traits caractéristiques de l'œuvre* contrefaite se retrouvent dans l'œuvre contrefaisante »²⁶¹⁶.

Cela suppose que l'on s'en tienne à une impression d'ensemble et certes pas que l'on s'attache à un « mot typique » ou à la reprise d'une ou de quelques phrases. Seule la reprise d'une expression particulièrement significative, du type de celles que l'on reprend pour se référer à un concept structuré défendu par tout un ouvrage, peut prétendre être révélatrice de la personnalité de son créateur. Mais de telles expressions sont rares. L'auteur qui intègre un ou plusieurs éléments d'une autre œuvre dans une de ses compositions au point de les assimiler à son propre univers et leur donner une autre *résonance*, ne mérite pas l'accusation de plagiaire. Cette approche n'a rien de théorique ; on notera par exemple que la reprise servile et non référencée d'un paragraphe entier d'un autre auteur enlève sérieusement à l'emprunteur la possibilité de développer sa propre « ligne rouge » ; plus grand sera le nombre de phrases reprises servilement, plus l'emprunteur aura tendance à reprendre le propos de son prédécesseur, voire à développer des incohérences témoignant de leur assimilation imparfaite, cessant de développer sa propre pensée pour rejoindre le rang des imitateurs.

La seconde règle nous vient de ce précepte de Sénèque, déjà cité, qui accepte l'emprunt à condition qu'il ne serve que d'échafaudage à la pensée de l'emprunteur, la pensée d'autrui ne devant pas l'envahir au point de conduire et d'étouffer la sienne : « Voilà comment doit travailler notre esprit : qu'il cèle tout ce de quoi il a été secouru et ne produise que ce qu'il en a fait »²⁶¹⁷. Jean-François Malherbe nous donne une expression contemporaine de ce principe :

« pour clarifier ce que je pense, il m'a fallu écrire dans la foulée d'une autre écriture. [...] j'ai tenté d'y consigner le point de vue dont j'ai hérité et que j'ai tout naturellement assimilé à ma façon »²⁶¹⁸.

Dans le style alerte qui est le sien, Paul-Henri du Bord nous rappelle l'importance qu'il convient d'accorder à cette résonance, à ce « fil rouge » que Blaise Pascal assimile au placement d'une balle et que le chroniqueur évoque sous les termes de *lieu*, de *moment*, de *circonstance* :

²⁶¹⁶ Cité par Claude COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, Paris 1999, § 389, p. 269, et repris par Hélène MAUREL-INDART, *Du Plagiat*, op. cit., p. 116 ; c'est moi qui souligne.

²⁶¹⁷ SENEQUE (Lucius Annaeus Seneca), *Lettres à Lucilius*, op. cit., t. III, lettre 84, p. 123, cité par Hélène MAUREL-INDART, *Du Plagiat*, op. cit., p. 13 ; voir ci-dessus, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), chap. « Éclairages sur les origines du droit d'auteur et du copyright – La Rome antique », pp. 393 ss.

²⁶¹⁸ Jean-François MALHERBE, *Le Langage théologique à l'âge de la science*, op. cit., p. 11.

« Les hommes de génie ont tous eu la conscience d'être, de près ou de loin, des plagiaires, ne serait-ce qu'au regard de la pensée de Pascal qui estime que "c'est de la même balle dont chacun se sert mais chacun la place mieux". Question de style en somme, car l'endroit, le moment, la circonstance annulent en quelque sorte la répétition sinon le vol. »²⁶¹⁹

Originalité et plagiat s'éclairent donc mutuellement. On s'étonnera dès lors d'apprendre qu'un juge français, en 1991 encore, écartait des débats l'étude comparative d'un professeur de littérature au prétexte qu'elle « ressort[ait] essentiellement de la critique ou du débat purement littéraire qu'il n'appartient pas aux tribunaux d'arbitrer »²⁶²⁰. Le droit, rappelons-le, n'en déplaît aux positivistes, ne peut être fermé sur lui-même²⁶²¹ ; y prétendre à propos du droit d'auteur, *a fortiori* d'une notion telle que l'originalité, est encore plus étrange.

□ *Psychologie du plagiaire*

Les motivations du plagiat sont multiples, mais la paresse intellectuelle et l'urgence, les plus souvent citées, exercent avant tout leur influence sur l'élaboration de travaux « utiles », produits pour répondre aux exigences du milieu : dissertations scolaires, travaux universitaires, rapports professionnels de toutes sortes, ouvrages de commande. Le plagiat élaboré dans un contexte moins contraignant ouvre une gamme plus riche. S'intéressant à la psychologie des plagiaires, Hélène Maurel-Indart en a dégagé une typologie, afin d'éclairer leurs motivations²⁶²². Elle nous découvre les traits des deux principales catégories de plagiaires : d'une part, les conquérants, « animés d'une sorte de vampirisme littéraire », désireux d'« agrandir sans cesse leur territoire au-delà de leur propre champ d'écriture », qui, à l'opposé du copieur, entendent imprimer leur marque sur l'œuvre qu'ils ont prise pour modèle plutôt qu'en subir l'influence²⁶²³ ; d'autre part, les « torturés de la littérature, [...] marqués par la hantise du vide ». Alexandre Dumas et Voltaire, à l'emprunt impudent, feraient partie des premiers ; Voltaire n'est-il pas allé jusqu'à répondre à un auteur obscur qui lui reprochait son pillage qu'il devrait au contraire le remercier d'avoir ainsi eu la chance d'être lu ? Charles Baudelaire et Jules Verne rejoindraient quant à eux les rangs des seconds²⁶²⁴.

Parmi les motivations des plagiaires, Hélène Maurel-Indart cite la peur de l'échec et l'obsession de reconnaissance²⁶²⁵ – les deux faces d'un même vide intérieur laminant –

²⁶¹⁹ Paul-Henri DU BORD, *Les écrivains sont-ils des plagiaires ?* [a], <http://salon-litteraire.com/fr/dossiers/content/1799198-polemique-les-ecrivains-sont-ils-des-pla>.

²⁶²⁰ TGI Paris, 16.01.1991, cité par Hélène MAUREL-INDART, *Plagiats, les coulisses de l'écriture*, op. cit., p. 124.

²⁶²¹ Voir ci-dessus, partie 02 (« De l'épistémologie du droit à la méthodologie transdisciplinaire »), notamment le chapitre « Critique du droit », pp. 69 ss.

²⁶²² Hélène MAUREL-INDART, *Plagiats, les coulisses de l'écriture*, op. cit., pp. 25 ss.

²⁶²³ Daniel SANGSUE, *Les Vampires littéraires* [a], dans *Littérature*, n°75 (octobre 1989), pp. 92-112, cité par Hélène MAUREL-INDART, *Plagiats, les coulisses de l'écriture*, op. cit., p. 26.

²⁶²⁴ Hélène MAUREL-INDART, *Plagiats, les coulisses de l'écriture*, op. cit., pp. 32-33.

²⁶²⁵ Hélène MAUREL-INDART, *Du Plagiat*, op. cit., p. 105.

qui poussent le plagiaire à imiter l'auteur qu'il prend pour modèle jusqu'à revêtir son identité – Jacques Chessex parle d'*aimantation*²⁶²⁶. Car mettre ses pieds dans les traces d'un autre, c'est accepter qu'il décide pour vous de la route à suivre. Plagier ne se limite donc pas toujours à voler la vie de l'autre²⁶²⁷, ou du moins ce qu'il en a exprimé, c'est aussi se perdre soi-même²⁶²⁸. Mais ce peut être également, il ne faut pas l'oublier, chercher à se découvrir à travers le regard de l'autre : nous retrouvons ici les mécanismes de la création par appropriation et de la conscience de soi, dès lors qu'on ne peut être conscient de soi-même qu'à travers l'autre.

Mise en regard de ce que la phénoménologie nous a appris de la création, ce catalogue de motivations s'avère très éclairant. Plagiat et création *authentique* deviennent les deux revers d'une même médaille : le plagiat ne se rapproche-t-il pas davantage d'un manque d'ancrage intérieur, autrement dit d'authenticité, que d'un manque d'originalité conçue comme synonyme de nouveauté ? Plus subtilement, le créateur *authentique* n'est-il pas appelé lui aussi à se perdre, mais pour mieux se retrouver ? De ce fait, ce que le plagiaire redoute peut-être par-dessus tout sans en avoir toujours conscience, c'est la « plongée dans l'indifférencié », étape nécessaire à qui désire habiter sa part la plus secrète, mais aussi la plus unique. Il voudrait recueillir la gloire de cette quête sans avoir à affronter le regard de Méduse et surtout sans avoir à abandonner en chemin l'image avantageuse que ses rêves lui renvoient de lui-même : car il y a plus de lucidité que de gloire à gagner dans la création. On peut alors avancer que le plagiaire refuse le nécessaire décapage de l'entreprise créatrice, reflet elle-même de tout parcours de vie authentique ; adoptant un comportement digne de la magie sympathique, il espère que la mise en scène des effets de la création lui en procurera les fruits.

Si l'on s'en tient à l'approche psychologique de la création, tout auteur – jusqu'au plus authentique – a l'impression troublante d'être le plagiaire de sa part la plus secrète : les plus habiles par leur art savent que leur source d'inspiration les *traverse*, en un sens les *dépasse*. Ils savent n'avoir aucune maîtrise sur ce « plus eux-mêmes qu'eux-mêmes », pour paraphraser Augustin d'Hippone²⁶²⁹. Combien de fois découvrons-nous nos phrases comme écrites par un autre ? Ce que refuse le plagiaire, c'est peut-être la dépossession de son image. À l'image du *Portrait de Dorian Gray*²⁶³⁰, il espère que l'œuvre évoluera pour lui, alors que l'œuvre, bien au contraire, n'est que l'instantané d'un soi cristallisé sur un support, une chrysalide témoin de notre évolution. L'être véritable est plus loin, toujours à nous surprendre ; le chemin de la création, vu de

²⁶²⁶ Jacques CHESSEX, *L'Imitation*, Grasset, Paris 1997, p. 100, cité par Hélène MAUREL-INDART, *Du Plagiat*, op. cit., p. 107.

²⁶²⁷ Hélène MAUREL-INDART, *Du Plagiat*, op. cit., pp. 100-102, chap. « Qui vole une œuvre vole une vie ».

²⁶²⁸ *Ibid.*, pp. 102-105, chap. « En volant l'autre, je me perds ».

²⁶²⁹ « Deus intimior intimo meo » (« Dieu est plus intime à moi-même que moi-même à moi-même » – Augustin d'Hippone, *Confessions*, livre III, ch. 6, § 11).

²⁶³⁰ Oscar WILDE, *Le portrait de Dorian Gray*, Stock, Paris xxx [1891].

l'intérieur, s'avère infini, et nous révèle l'heureuse nouvelle : nous n'aurons jamais fait le tour de Qui nous sommes.

Michelle Bergadaà, de l'Université de Genève, s'est elle aussi efforcée d'établir une typologie des « plagieurs » appartenant au milieu de la recherche universitaire. Elle dégage quatre profils-type de son enquête menée en 2006 : le manipulateur, le bricoleur, le tricheur et le fraudeur. Malgré la consonance très éthique des deux axes dans lesquels s'inscrivent ces profils (l'axe des normes [autonomie ↔ discipline] et celui des valeurs [amoralité ↔ moralité]), ces portraits, finement analysés et étayés par plusieurs cas pratiques qui lui ont été soumis dans le cadre de son action, montrent bien que dans ce contexte de la rédaction académique, moins personnel que ne l'est celui de la fiction, les motivations du plagiat touchent un aspect de la relation à l'autre plus lié au statut social qu'au rapport à l'intime. Les plagieurs-manipulateurs y sont décrits comme des personnes disciplinées et peu rigoureuses dont l'effort de publication vise davantage la conquête d'« une place de choix dans le système » que l'accroissement de connaissances au bénéfice de tous. Ici, nul écrasement d'une personnalité par une autre, mais un opportunisme servi par un système de valeurs assez laxiste²⁶³¹.

□ *La lutte des universités*

Confrontées de plein fouet à ce type de plagiat liés à la production d'œuvres de commande dont je parlais plus haut, les universités, en marge d'un renforcement de leurs sanctions disciplinaires (ou, en France, « sanction principale » allant du blâme au renvoi de l'université) et administratives (ou « sanction secondaire » allant en général de l'invalidation du travail rendu ou de l'épreuve au prononcé d'échec de la session, voire à l'exclusion définitive de tout établissement public d'enseignement supérieur)²⁶³², se sont investies dans la sensibilisation des étudiants à ce phénomène et à leur formation à l'art de la citation. Rien, à première vue, de plus louable. Ce faisant, elles ont toutefois répandu de bonnes pratiques fondées sur un regard éthique qu'il est instructif d'analyser au travers des nombreux sites mis en place pour l'occasion²⁶³³.

Il est essentiel de comprendre que les fraudes auxquelles les universités ont affaire sont non seulement liées au développement d'Internet (pléthore de sources accessibles en un « clic » de souris, facilité du « copier-coller », achat de copies prérédigées...), mais aussi à la compétition accrue à laquelle les étudiants se trouvent confrontés. Le

²⁶³¹ Michelle BERGADAA, *Profils de plagieurs – Rapport d'analyse n°1 (le plagieur-manipulateur)* [a], avril 2011, <http://www.responsable.unige.ch/>, notamment p. 8.

²⁶³² Peines applicables dans les universités françaises (Louis LEVY-GARBOUA, Véronique LESTANG-PRECHAC, *Fraude : bien mal acquis ne profite jamais* [a], dans *Le Fil de Paris*, journal de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, n°9 (mars 2011), pp. 1-4, p. 3).

²⁶³³ Quelques sites universitaires anti-plagiat particulièrement visibles sur l'Internet : universités de Genève (<http://www.responsable.unige.ch/>), de Neuchâtel (http://www2.unine.ch/ipe/home/documents_utiles/plagiat/), d'Ottawa (<http://www.arts.uottawa.ca/fra/etudiants/fraude.html>), de Montréal (<http://www.integrite.umontreal.ca/>), de Lyon (<http://www.universite-lyon.fr/l-universite-de-lyon/sensibilisation-a-la-lutte-contre-le-plagiat-152630.kjsp?RH=PFR-UdI>) et catholique de Louvain (<http://www.uclouvain.be/plagiat/>).

phénomène ne touche pas seulement les facultés de type littéraire, mais jusqu'aux instances scientifiques ; et lorsqu'en 1996 l'Université de Berkeley se met à publier un bilan sur l'inconduite dans la publication scientifique, ce sont principalement les cas de plagiat qui se trouvent recensés²⁶³⁴.

Les universités font de la lutte contre le plagiat un combat de nature éthique et visant à l'égalité de traitement entre les étudiants consciencieux et leurs camarades indécats. Ainsi le guide d'information et de prévention du plagiat émis par le rectorat de l'Université de Neuchâtel (Suisse) précise :

« le plagiat est une atteinte préjudiciable à l'auteur de l'œuvre originelle et une fraude vis-à-vis de la communauté scientifique. S'approprier le travail d'un autre, c'est prétendre à des qualités que l'on n'a pas, s'arroger des idées dont on n'est pas l'auteur et dont on ne saurait se prévaloir pour obtenir un quelconque avantage ou asseoir une quelconque crédibilité scientifique. »²⁶³⁵

Louable propos, mais qu'il convient là encore de questionner. Les sites universitaires consacrés à cette cause adoptent tout d'abord un discours qui manque souvent de précision. Leur approche des reprises confond souvent les notions de *plagiat* et de *contrefaçon*²⁶³⁶ ; elle y mêle de surcroît des pratiques qui relèvent davantage de la « tricherie », autrement dit d'un comportement qui devrait être abordé sous l'angle disciplinaire plutôt que littéraire ou pénal. Ainsi, pour ne prendre qu'un exemple, le guide de l'Université de Neuchâtel consacré au plagiat commence, dans son titre même, par ce qu'il faut bien qualifier de mensonge juridique – « plagier, c'est voler »²⁶³⁷ – sans que cette assertion soit nuancée par la suite. L'Université de Louvain se sort mieux de l'exercice en affirmant « le plagiat c'est du *vol intellectuel* »²⁶³⁸ et en rappelant que le droit d'auteur n'est violé que dans un contexte de communication de l'œuvre au public, qui ne concerne qu'une minorité de travaux et de rapports

²⁶³⁴ Marcel C. LAFOLLETTE, *Stealing into Print : Fraud, Plagiarism, and Misconduct in Scientific Publishing*, University of California Press, Berkeley 1996, cité par Anne FAGOT-LARGEAULT, *Petites et grandes fraudes scientifiques* [a], op. cit., § 2.

²⁶³⁵ Document d'information et de prévention et du plagiat émis par le rectorat de l'Université de Neuchâtel ; http://www2.unine.ch/files/content/sites/psy/files/shared/documents/documents_utiles/2012-2013/Plagiat_guide.pdf, p. 2.

²⁶³⁶ Ce n'est guère étonnant, vu le caractère ambigu de la notion de plagiat, qui la rend du coup délicate à manipuler (voir ci-dessus, chap. « Le plagiat – Le plagiat, repoussoir de l'originalité – Une notion ambiguë », pp 705 ss.

²⁶³⁷ Non seulement la contrefaçon (art. 67 LDA) n'est pas un vol au sens technique du terme (art. 139 CPS), mais la contrefaçon (peine-menace de un an – art. 67 al. 1 LDA), se range parmi les délits, autrement dit parmi les infractions dont la peine privative de liberté est de trois ans au plus (art. 10 CPS), alors que le vol compte parmi les crimes (peine-menace de 5 ans – art. 139 CPS). Quant au plagiat (art. 68 LDA – omission de [mentionner] la source), il compte parmi les simples contraventions, autrement dit les peines passibles d'une amende (art. 103 CPS). Assimiler le plagiat au vol sans autre précision tend à exagérer artificiellement l'importance de cette infraction aux yeux de la loi, ce qui l'assimile à une manipulation, manœuvre assez peu éthique. Dans le même sens critique : Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, op. cit.

²⁶³⁸ Université catholique de Louvain, « Qu'est-ce que le plagiat ? », <http://www.uclouvain.be/99514.html>, consulté le 22.02.2013 ; c'est moi qui souligne.

universitaires²⁶³⁹. S'il consacre un mensonge juridique, le slogan « plagier, c'est voler », devrait au moins amener les universités à une approche plus nuancée en leur rappelant certaines règles en vigueur en matière pénale, en particulier celles concernant la punissabilité, qui s'inscrivent entre la qualification et la détermination de la peine et en vertu desquelles ne sont punissables que les infractions commises avec *conscience* et *volonté*²⁶⁴⁰, règles qui, faut-il le préciser, ne s'appliquent pas à la contrefaçon. Las. Dans leur croisade, les universités insistent au contraire sur le caractère absolu du plagiat ou de la contrefaçon. Ainsi, Didier Truchet, directeur de l'École doctorale de l'Université Panthéon-Assas, précise-t-il dans son guide à l'intention des doctorants :

« La forme la plus évidente du plagiat est la copie littérale de tout ou partie de l'œuvre d'autrui sans indication de la source et de son auteur. *Il importe peu qu'il s'agisse de quelques mots, de quelques lignes ou de quelques pages.* »²⁶⁴¹

C'est oublier que les approches absolues sont souvent suspectes en éthique : cette dernière s'opposerait sans doute par exemple à ce que l'on traite pareillement plagiat involontaire – que Didier Truchet lui-même qualifie de « maladroit ou sot » – et plagiats volontaires, qui sont la marque soit d'une véritable malhonnêteté, soit d'un environnement culturel de type traditionnel, lequel pense tout écrit comme la nécessaire compilation et transmission des écrits antérieurs. Peut-on jeter l'opprobre sur quelqu'un en retenant le qualificatif infamant de *plagiaire* ou de *plagieur* à l'encontre de quelqu'un qui aura, sans en avoir conscience, repris servilement sans en citer la source deux ou trois phrases sur 300 pages ?

De même, la « fraude par recyclage », qui consiste en la reprise de ses *propres* textes sans les signaler comme tels, bien qu'elle soit souvent désignée par l'expression d'« auto-plagiat », *n'est pas* un plagiat ; cette expression relève même de l'oxymore. La reprise des textes d'autrui, seule visée par l'accusation littéraire de plagiat, n'a en effet rien à voir avec celle de ses propres lignes. Cela ne veut pas dire que la fraude par recyclage soit toujours anodine. Dans le contexte universitaire, ce peut être une pratique sanctionnable, dans la mesure où l'étudiant qui a déjà reçu une (bonne) note pour un travail n'est la plupart du temps pas légitimé à obtenir une seconde évaluation sans fournir de travail supplémentaire ; il en est de même pour les professeurs qui allongent ainsi artificiellement la liste de leurs publications²⁶⁴², multiplient les écrits

²⁶³⁹ Jean-François REES, Philippe FONCK, Marcel LEBRUN, Françoise DOCK (UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN), *Le plagiat dans les e-productions des étudiants : importance, prévention et solutions pour l'Université* [r], rapport de synthèse – septembre 2007 ; <http://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/ipm/documents/RapportSynthesePlagiat.pdf>, p. 2, chap. « Définition du plagiat, causes et interprétations » ; en droit suisse, Kamen Troller précise que « Le plagiaire ne viole le droit d'auteur que s'il ne se contente pas de façonner un plagiat, mais le met sur le marché illicitement » (Kamen TROLLER, *Précis du droit suisse des œuvres immatérielles*, op. cit., p. 322).

²⁶⁴⁰ Voir ci-dessous, chap. « L'administration de la preuve au regard de l'originalité », pp. 719 ss, p. 733.

²⁶⁴¹ Didier TRUCHET (Université Panthéon-Assas), *Prohibition et prévention du plagiat* [a], 02.06.2009, <http://www.responsable.unige.ch/ProhibitionPlagiat.pdf>, p. 1.

²⁶⁴² Ils s'arrangeaient avant pour scinder leurs articles en plusieurs parties, ou s'entendaient à publier plusieurs articles échelonnés dans le temps sur une même problématique... pour indiquer que rien de spécifique n'avait été découvert dans ce domaine depuis leur dernier papier.

sans souci d'augmenter le savoir, dans un mouvement de dilution du contenu et d'affadissement de la figure de l'auteur²⁶⁴³. Toutefois, ce type d'inélegance intellectuelle et éthique n'a rien à voir avec le plagiat. C'est au règlement des universités qu'il revient de réglementer ces cas, pas au droit d'auteur²⁶⁴⁴ ; il ne faut pas y voir un retard du droit sur la réalité sociale, mais plutôt les effets salutaires du rôle imparti au droit, qui est d'offrir un cadre aux comportements et surtout pas un code de déontologie : l'éthique n'a-t-elle pas des exigences que le droit n'a pas à avoir, même s'il est recommandé au législateur d'édicter des dispositions conformes aux principes éthiques ? La contrefaçon n'est ainsi donnée que dans un contexte de publication, lorsqu'un auteur, après avoir cédé ses droits patrimoniaux à un éditeur, réédite le même texte sans son autorisation chez l'un de ses concurrents. La lutte contre « l'auto-plagiat » peut même conduire à des résultats étonnants, comme le refus, par les publications scientifiques en vue, de publier tout projet d'article reprenant plus du tiers d'un article antérieur. Cette pratique oblige ainsi les auteurs à reformuler systématiquement le descriptif de leur protocole expérimental²⁶⁴⁵ ! Cela est d'autant plus dommageable que les protocoles officiels de recherches portant sur des sujets vivants sont soumis depuis une vingtaine d'années à l'examen de comités d'éthique indépendants ; or ces descriptifs permettent également de juger de la valeur scientifique de l'expérience (son caractère réfutable)²⁶⁴⁶, si bien qu'il serait souhaitable qu'ils soient publiés tels quels. De manière plus générale, l'accusation d'« auto-plagiat » appliquée à un professeur peut contrevenir à l'esprit qui anime l'enseignement, fondé sur la répétition d'un même message sur des modes différents :

« La répétition est un caractère intrinsèque de l'enseignement. Il peut aussi être utile et nécessaire de se répéter partiellement quand on veut transmettre une même connaissance à des publics différents. Ce qui mène à une seconde question : quelle déontologie pour le traitement des cas de plagiat non manifestement frauduleux ? »²⁶⁴⁷

Les universités passent volontiers sous silence le rôle qu'elles jouent dans la recrudescence du phénomène, qui ne tient pas seulement à la facilité du « copier-coller », à la culture collective développée sur l'Internet 2.0 ou aux négligences de certains professeurs. Les *cursus* académiques sont de plus en plus chargés, et les multiples cours, compte-rendus et rapports dont les accords de Bologne réclament la production n'y sont pas étrangers ; ainsi l'Université catholique de Louvain évoque-t-

²⁶⁴³ Conversation avec Michelle Bergadaà du 20.03.2013

²⁶⁴⁴ Dans le même sens : Fabienne GUIMONT, *Michelle Bergadaà (présidente de la commission d'éthique du Luxembourg)* : « *Le plagiat universitaire doit être réglé par le monde académique, pas par la justice civile* » [a], 23.06.2011, <http://www.letudiant.fr/educpros/actualite/michelle-bergadaa-presidente-de-la-commission-dethique-du-luxembourg-le-plagiat-univers.html>.

²⁶⁴⁵ xxx

²⁶⁴⁶ Le fait d'impliquer des êtres vivants dans des recherches *a priori* inutiles est considéré comme un manque de respect à leur égard – d'où la portée éthique de la valeur scientifique des expérimentations, qui justifie la précision du descriptif soumis (Anne FAGOT-LARGEAULT, *Petites et grandes fraudes scientifiques – Le poids de la compétition* [a], Les conférences du Collège de France, <http://conferences-cdf.revues.org/354>, § 38).

²⁶⁴⁷ *Ibid.*, § 36.

elle pudiquement, parmi les causes de l'accroissement du plagiat, la question de la « gestion du temps »²⁶⁴⁸, laquelle, gageons-le, ne tient pas seulement de l'envie de profiter de ses matinées de printemps, pour reprendre l'injonction que Vladimir Jankélévitch lançait à ses propres étudiants²⁶⁴⁹. Les programmes doctoraux se multiplient, dans un but là aussi très louable d'encadrement, mais oublieux d'un fait capital : la pensée est un acte qui se développe certes au contact d'autrui, mais aussi dans la solitude ; elle nécessite d'y consacrer beaucoup de temps. Comment prétendre obtenir d'un étudiant une thèse originale si les deux premières années du *cursus* de trois ans prévu par les accords de Bologne sont dévolus à la participation assidue à des cours imposés ? Comment développer sa propre pensée en ne cessant d'écouter celle des autres, à une étape de la formation où – faut-il le rappeler – l'étudiant est déjà titulaire d'une maîtrise ? Cette obligation disqualifie de plus les étudiants déjà engagés dans la vie professionnelle, dont on peut pourtant penser que l'âge et l'expérience leur a permis de développer une pensée personnelle. Il semble donc, pour le moins, que le système récemment mis en place au sein des universités ne favorise pas la réflexion personnelle, et donc la production de travaux originaux. Le développement d'une telle pensée est pourtant capital à l'heure où les données brutes sont accessibles à tout élève en plein cours au moyen de son téléphone portable, et où il devient de plus en plus difficile, face à la surcharge de données, d'identifier informations pertinentes et raisonnements cohérents. Il est impossible désormais de prétendre à l'exhaustivité, et c'est donc à un renouvellement de notre approche de la connaissance que l'ère numérique nous invite. Cette mutation nous enjoint à retrouver les vertus d'un rapport personnel et suivi entre l'enseignant et l'élève axé sur l'acquisition d'une méthode critique plutôt que sur l'accumulation de connaissances. Comme l'écrivait déjà Nicolas de Condorcet,

« Le but de l'instruction n'est pas de faire admirer aux hommes une législation toute faite, mais de les rendre capables de l'apprécier et de la corriger »²⁶⁵⁰.

Michelle Bergadaà mentionne plusieurs facteurs organisationnels ayant contribué à la gestion déficiente des plagiat universitaires : outre une « culture de la régulation par compromis » entre plagieurs et plagiés, qui suppose un milieu clos que l'université n'est plus, la professeure de l'Université de Genève évoque « l'absence de mécanisme de régulation adapté aux nouveaux modes de communication par Internet »²⁶⁵¹. Mais d'autres facteurs, plus profonds, doivent être évoqués.

L'adoption par les universités du modèle entrepreneurial et de ses valeurs de rentabilité et d'« efficacité » participe également à la recrudescence constatée. La concurrence accrue pousse les chercheurs autant à la fraude scientifique (falsification de résultats, protocoles biaisés) qu'au plagiat, obligés qu'ils sont de publier sans cesse et de se faire

²⁶⁴⁸ UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN, *Les causes*, <http://www.uclouvain.be/367970.html>.

²⁶⁴⁹ « Ne ratez pas votre matinée de printemps » (Vladimir Jankélévitch).

²⁶⁵⁰ Nicolas DE CONDORCET, *Cinq Mémoires*, p. 93, cité par Tzvetan TODOROV, *L'Esprit des Lumières*, op. cit., p. 50.

²⁶⁵¹ Michelle BERGADAA, *Profils de plagieurs – Rapport d'analyse n°1 (le plagieur-manipulateur)* [a], op. cit., p. 8.

remarquer. Anne Fagot-Largeault relate que la fraude est souvent induite par un sentiment d'injustice. C'est ce qui ressort de l'enquête menée par Brian Martinson et consorts en 2006²⁶⁵² :

« au-delà des injustices ponctuelles qui peuvent toucher un individu ou un autre, ils observent que le milieu de la recherche *dans son ensemble* est *fondièrement injuste*. Nos sociétés, en effet, forment beaucoup plus de jeunes chercheurs qu'elles n'ont de postes pour les accueillir, *la rareté des postes permettant de recruter à faible coût une main d'œuvre de qualité*, soumise à sélection sévère, et de n'assurer une situation stable et financièrement confortable, après de longues années de précarité, qu'à une minorité de cette réserve de chercheurs potentiels, dont la majorité se recyclera ailleurs que dans la recherche. »²⁶⁵³

L'observateur averti y verra non pas un effet du « darwinisme » – l'explication est un peu facile – mais de la mainmise du capitalisme sur le monde scientifique et pédagogique. Élèves et enseignants y subissent sa loi, que l'université soit privée ou que sa gestion soit soumise aux critères libéraux d'« efficacité » et de rentabilité.

Du côté des chercheurs et du corps professoral, un article de la revue *Science* paru en 2004 confirme le caractère volontaire du sureffectif des personnes formées afin d'instaurer un régime de concurrence exacerbée à même d'assurer une politique de bas salaires²⁶⁵⁴. Trop souvent, les articles scientifiques sont rédigés en vue d'attirer l'attention des éventuels évaluateurs (« *referees* »)²⁶⁵⁵ et d'augmenter le pouvoir personnel de leur rédacteur au sein du système plutôt que de partager l'avancée de ses recherches. Mais cette stratégie serait-elle encore répandue si elle n'était pas couronnée de succès ? Le système d'évaluation des travaux académiques semble tenir compte du nombre de référencements de leurs articles par ceux de leurs pairs (« *citation index* »), indépendamment du fait de savoir si c'est pour y souscrire ou pour les décrier, ce qui pousse à publier des articles susceptibles de faire l'actualité²⁶⁵⁶. Les universités, notées en fonction de l'évaluation de leurs professeurs, poussent à leur tour ces derniers à faire parler d'eux plutôt qu'à développer une pensée pertinente, quitte à

²⁶⁵² MARTINSON Brian C., ANDERSON Melissa S., CRAIN Lauren A., DE VRIES Raymond, *Scientists' perceptions of organizational justice and self-reported misbehaviors*, dans *Journal of Empirical Research on Human Research Ethics*, vol. 1, n° 1 (mars 2006), pp. 51-66, cité par Anne FAGOT-LARGEAULT, *Petites et grandes fraudes scientifiques* [a], op. cit., § 41.

²⁶⁵³ Anne FAGOT-LARGEAULT, *Petites et grandes fraudes scientifiques* [a], op. cit., § 41 ; c'est moi qui souligne.

²⁶⁵⁴ « We've *arranged* to produce more knowledge workers than we can employ, creating a labor-excess economy that keeps labor costs down and productivity high... The consequences of this are troubling. To be sure, the best graduate of the most prestigious programs may eventually find good jobs, but only after they are well past the age at which their predecessors were productively established. The rest – scientists of considerable potential who didn't quite make it in a tough market - form an international legion of the discontented » (KENNEDY Donald, AUSTIN Jim, URQUHART Kirstie et TAYLOR Crispin, *Supply without Demand*, dans *Science*, vol. 303, n° 5661 (20 février 2004), p. 1105, cité par Anne FAGOT-LARGEAULT, *Petites et grandes fraudes scientifiques* [a], op. cit., § 41 ; c'est moi qui souligne).

²⁶⁵⁵ Anne FAGOT-LARGEAULT, *Petites et grandes fraudes scientifiques* [a], op. cit., § 40.

²⁶⁵⁶ L'évaluation par référencement (« *citation index* ») est certes corrigé par le « facteur d'impact » (« *impact factor* »), qui pondère le premier en fonction de la qualité de la revue dans laquelle l'article cité est publié. Je tiens à remercier ici Giorgio Pauletto, de l'Observatoire technologique de l'État de Genève, pour ses précieuses précisions.

être moins visibles et à se faire plus rares dans les revues. La remarque s'applique particulièrement aux universités privées, frappées par la concurrence, mais aussi à celles qui sont gérées selon les mêmes critères. Notre époque, obsédée de contrôle et de modélisation du monde, persiste à ne considérer de la réalité que ce qui peut se traduire en chiffres, négligeant trop souvent la qualité au profit de la seule quantité ; et l'université, loin de se positionner en contre-pouvoir, suit comme les autres ce chant des sirènes, s'inquiétant par exemple de former des « élèves performants »²⁶⁵⁷ plutôt que des auteurs critiques. Montaigne et sa « tête bien faite » se retournent dans leur tombe. Il est dès lors délicat de tenir un discours moralisant à des personnes que l'on conditionne de la sorte. Nous sommes certes tous libres de nos agissements, mais il semble difficile de recommander à un scientifique d'aller mendier sous les ponts au prétexte que le système actuel n'envisage pas de postes pour les chercheurs les plus honnêtes.

Du côté des élèves et des étudiants, l'influence de l'Internet n'est pas à négliger. Il n'offre pas seulement un outil d'auto-formation ou une réserve d'articles disponibles parmi lesquels copier des passages entiers de son futur travail afin de tromper ses professeurs sur son emploi du temps ; comme tout outil, il induit un processus de pensée. Sans jouer les nostalgiques, le linguiste italien Raffaele Simone pose crûment les pertes intellectuelles subies par l'usage non raisonné d'Internet :

« Le recours au numérique par les jeunes encourage un accès erratique, donc non systématique, à des sources dont la qualité n'est pas garantie, et qui peuvent être fragmentaires et sans aucune connexion entre elles. Dans un environnement numérique, je peux disposer de connaissances multiples sans pouvoir les lier les unes aux autres. »²⁶⁵⁸

Les travaux plagiés, assemblés au petit bonheur par l'élève, ne sont-ils pas déjà la marque de ce que Maurice Lagueux qualifie de « maladie de la culture »²⁶⁵⁹ plutôt que d'une simple paresse intellectuelle un peu vite diagnostiquée sur la foi de critères dépassés ? Pour Loys Bonot, le professeur parisien qui a piégé ses élèves sur l'Internet, « on ne profite vraiment du numérique que quand on a formé son esprit sans lui »²⁶⁶⁰, si bien que les enthousiasmes de Michel Serres, notamment lorsqu'il affirme qu'« avec le numérique on n'a pas le cerveau vide, on a le cerveau libre »²⁶⁶¹, ne s'adressent peut-être qu'à ceux qui, comme lui, ont eu la chance de grandir sans Le réseau.

Ce n'est pas tout. Le système pédagogique tend à faire davantage cas de l'écriture savante, à laquelle il voue un « culte inconditionnel », que de l'écriture personnelle,

²⁶⁵⁷ Voir notamment Angélique DEL REY, *À l'École des compétences*, op. cit.

²⁶⁵⁸ Chiara PASTORINI, *Pourquoi nous n'étudions plus comme avant* [a], op. cit., p. 53.

²⁶⁵⁹ Maurice LAGUEUX, *Un défi pour la pédagogie universitaire : le plagiat inconscient* [a], dans *Pédagogiques*, revue de pédagogie de l'enseignement supérieur, vol. 4, n°1 (automne 1983), pp. 97-103, p. 101.

²⁶⁶⁰ Loys BONOD, *J'ai piégé le Net pour donner une bonne leçon à mes élèves* [a], op. cit. ; voir ci-dessus, chap. « Origines historiques de la confusion », pp. 655 ss, p. 659.

²⁶⁶¹ Martin LEGROS, *Moteurs de recherche* [a], dans *Philosophie Magazine*, n°62 (septembre 2012), pp. 54-56, p. 56.

jugée souvent trop « naïve », pour exiger des élèves des prouesses dont on devrait les savoir incapables :

« on peut craindre que les recherches les plus valorisées ne soient pas celles où le petit "chercheur" s'en tient aux observations beaucoup trop naïves qui sont à sa portée, mais plutôt celles où le travail aura consisté à recopier les passages les plus colorés de l'encyclopédie familiale. [...] Au collège puis à l'université, ces chercheurs en herbe seront souvent appelés à rédiger de longs travaux beaucoup plus prestigieux et plus exigeants que les examens à l'ancienne mode. Tellement plus exigeants à vrai dire que bien peu parmi eux sont en mesure de produire les quatre ou cinq travaux de 20 à 30 pages chacun qui peuvent leur être demandés à chaque trimestre [...] et] qui le[s] situeraient d'emblée à peu près au niveau de [leurs] professeurs (lesquels, au mieux, s'essoufflent au cours d'une année à achever un ou deux articles sur des sujets de moindre envergure). »²⁶⁶²

L'exigence, dans ces conditions, d'une production « originale » est-elle bien raisonnable ? Est-elle bien à l'écoute des capacités de l'élève et du degré de réflexion qu'on a su déceler en lui ? Est-elle en un mot à l'écoute de sa *sujéité* ? Et ne peut-on penser qu'il soit de rigueur de considérer cette *sujéité* partout où l'on fait grand cas de l'*originalité* ? Que dire en outre des travaux universitaires, qui semblent, pour des raisons culturelles, voués à reprendre ne fût-ce qu'en partie les réflexions des prédécesseurs ? Le préambule d'un article sur l'histoire du plagiat, qui a leurré de belle manière l'un des logiciels de détection pourtant considéré comme l'un des plus « performants » du moment, lève le voile sur la duperie avant de s'interroger sur cette question de fond :

« il s'agit de poser une question bien simple mais décisive pour le devenir de l'écriture universitaire : jusqu'où l'emprunt est-il légitime et comment parler d'*originalité* pour des productions universitaires qui reprennent toujours des travaux préexistants ? »²⁶⁶³

Que l'on ne s'y trompe pourtant pas : le site Fabula de recherche en littérature, pas plus que Charles Coustille, auteur de la savante supercherie, n'entendent défendre la pratique du plagiat. Mais ils plaident pour une compréhension du « copier-coller » moins étriquée qu'actuellement, qui « s'inscrive dans une histoire de l'emprunt et des techniques d'appropriation », s'inquiétant de constater que cette dimension historique occupe trop souvent une place secondaire dans les publications sur le plagiat. Il est vrai que l'on ne trouve guère trace dans la plupart des sites anti-plagiat des critiques constructives du système universitaire énumérées ci-dessus. S'ajoute à tout ceci un rigorisme qui voit le mal partout. Non que la réalité du plagiat soit contestable, ou qu'il ne faille pas chercher à s'y opposer au nom d'une forme de déontologie ; mais cette compréhension fort extensive du plagiat que répandent les universités – mêlant, comme je l'ai dit, caractéristiques du plagiat littéraire et pratiques intellectuelles exclusivement condamnables dans un contexte académique – ne manque pas d'avoir des conséquences. Parmi les plus douteuses, je retiendrai le fait qu'elle contribue à l'idée de plus en plus privative et excluante que notre société se fait de la pensée. Il est

²⁶⁶² Maurice LAGUEUX, *Un défi pour la pédagogie universitaire : le plagiat inconscient* [a], op. cit., p. 98.

²⁶⁶³ Charles COUSTILLE, *Une histoire du plagiat universitaire* [a], 19.11.2011, [http://www.fabula.org/atelier.php? Histoire_du_plagiat_universitaire](http://www.fabula.org/atelier.php?Histoire_du_plagiat_universitaire), « Résumé ».

donc nécessaire d'envisager ce combat dans le strict respect de la proportionnalité. Alors que les milieux académiques pourraient devenir le berceau de futurs auteurs aguerris à l'art de la critique et l'espace idéal pour contester un monopole excessif qu'il importe de repenser en profondeur, ils confortent dans les faits le combat des majorats des loisirs et celui des revues scientifiques, aux visées très lucratives²⁶⁶⁴.

En définitive, le site Fabula, à travers l'histoire du plagiat « élaborée » par Charles Coustille, poursuit la même démarche que Michelle Bergadaà de l'Université de Genève : « donner un premier moyen de résistance contre l'accumulation gratuite des connaissances mais aussi contre la production de nouveautés stériles »²⁶⁶⁵. Il faudrait toutefois que cette quête se construise autrement que par l'appui de logiciels de détection purement mécaniques ou que par une extension déraisonnable de la notion de plagiat, remplaçant ainsi une fois de plus le but par le moyen. Tant que la lutte contre le plagiat dans les milieux scientifiques et académiques ne s'attaquera pas de manière critique aux véritables racines du problème, elle sera condamnée à l'inefficacité ou à l'hypocrisie²⁶⁶⁶. Anne Fagot-Largeault, qui ne semble pas dupe du système, s'interroge sur les remèdes de façade proposés par les institutions : « l'idée est de supprimer les injustices en gardant la sélection. Est-ce cohérent ? »²⁶⁶⁷.

L'administration de la preuve au regard de l'originalité

□ Importance du type de preuve choisi : deux cas exemplaires

➤ Préséance donnée à l'examen des différences

L'ambiguïté de la notion d'originalité induit une approche fort différente de la preuve à apporter pour défendre l'œuvre protégée : émanation de l'auteur, l'œuvre est considérée pour elle-même ; réduite à l'état de marchandise, elle devient relative, et sa valeur ne vient que de sa nouveauté :

« le tribunal américain évalue avant tout un "produit", en termes de *nouveauté* par rapport au

²⁶⁶⁴ Les plus réputées de ces revues sont devenues onéreuses au point que bon nombre d'universités ont dû renoncer à leur acquisition ; leur soif de profit va à l'encontre des intérêts des auteurs scientifiques publiés – la plupart du temps bénévoles – au point que nombre d'entre eux appellent de leurs vœux le libre accès numérique à la littérature scientifique mondiale. Tel est l'objet notamment de l'*Initiative de Budapest pour l'Accès Ouvert à l'information scientifique et technique*, du 14 février 2002, réclamant le libre accès pour « la littérature [...] que les savants donnent au monde sans en attendre de rétribution » (en anglais « BOAI » – <http://www.budapestopenaccessinitiative.org/translations/french-translation> ; réitérée dix ans plus tard : <http://www.budapestopenaccessinitiative.org/boai-10-translations/french>) et de la *Déclaration de Berlin sur le Libre Accès à la Connaissance en Sciences exactes, Sciences de la vie, Sciences humaines et sociales*, rédigée dans le cadre d'un congrès tenu à la Société Max-Planck de Berlin en 2003 (http://oa.mpg.de/files/2010/04/BerlinDeclaration_wsis_fr.pdf). Voir aussi, pour un état des lieux en 2003 : Michèle BATTISTI, *Libre accès à l'information scientifique et technique : état de l'art et perspectives*, dans A.B.D.S. Documentaliste-Sciences de l'information, 2003/1, vol. 40, pp. 37-45 ; http://www.caim.info/load_pdf.php?ID_ARTICLE=DOCSI_401_0037 [a].

²⁶⁶⁵ Charles COUSTILLE, *Une histoire du plagiat universitaire* [a], op. cit., « Résumé ».

²⁶⁶⁶ « il semble que ces dispositions n'ont pas suffi à faire reculer de façon significative la tentation de frauder » (Anne FAGOT-LARGEAULT, *Petites et grandes fraudes scientifiques* [a], op. cit., § 40).

²⁶⁶⁷ *Ibid.*, § 42.

copyright déjà déposé »²⁶⁶⁸.

Un exemple frappant en a été apporté lors du conflit judiciaire ayant opposé Régine Deforges, l'auteur du roman *La Bicyclette bleue*, aux héritiers de Margaret Mitchell, l'auteur d'*Autant en emporte le vent*²⁶⁶⁹ devant les juges français. En publiant *La Bicyclette bleue*, qui fut traduit en trente-six langues et se vendit à plus de six millions d'exemplaires, Régine Deforges n'a jamais caché sa dette envers le roman emblématique de Margaret Mitchell, *Autant en emporte le vent*. Il s'agissait aux yeux de Régine Deforges d'un hommage rendu au célèbre roman, et non d'un pastiche, voire d'un plagiat, comme certains critiques littéraires ont pu l'affirmer à l'époque. L'action de *La Bicyclette bleue* était transposée en France, durant la Seconde Guerre mondiale. Françoise Chaudenson relève entre les deux œuvres des ressemblances dont Régine Deforges ne faisait pas mystère : « certaines situations caractéristiques, des scènes très proches, une même psychologie des personnages clefs agissant dans des rôles comparables ». Mais des différences importantes entre les deux œuvres méritent également d'être relevées, en plus de celles, évidentes, dues au changement d'époque et de lieu de l'action :

« Cependant le roman est écrit avec une verve et une liberté propres à R. Deforges qui s'est assez vite éloignée du ton et de l'atmosphère guindée et puritaine de la guerre de Sécession. Dans les deux autres tomes qui suivirent, l'auteur prit plus de distance encore avec son inspiration mitchellienne et laissa libre cours à son imagination pour se lancer dans une échappée belle qui ne devait plus rien au roman initial. »²⁶⁷⁰

Nous retrouvons ici la notion de *transposition* d'une œuvre dont il a été auparavant question à propos du conflit qui a opposé Dmitry Yemetz à Joann Kathleen Rowling et ses éditeurs autour de *Tanya Grotter and the magic Double Bass*, une version slave de Harry Potter. Il s'était résolu par un accord extra-judiciaire à l'avantage des anglo-saxons, parvenus à imposer en Russie, par le biais des conventions internationales applicables, leur propre conception du droit²⁶⁷¹.

L'intérêt du conflit judiciaire relatif à *La Bicyclette bleue* tient aux arguments invoqués par les parties et leur réception auprès des juges. Lors du premier procès, les experts américains appelés par les héritiers de Margaret Mitchell ont insisté sur les multiples *similitudes* existant entre les deux ouvrages, notamment la proximité de situation et de rôles, et le tribunal condamna au pilon le roman français²⁶⁷². Mais en appel, les contre-analyses des experts français invoquées par Régine Deforges insistèrent sur les *différences* entre les deux œuvres, ce qui faisait de *La Bicyclette bleue* une véritable

²⁶⁶⁸ Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit., p. 123 ; c'est l'auteur qui souligne.

²⁶⁶⁹ CA Versailles, 15.12.1993, Régine Deforges et édts Ramsey c./ Trust Company Bank et héritiers Margaret Mitchell, dans RIDA, n°160 (avril 1994), p. xxx

²⁶⁷⁰ Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit., pp. 122-123.

²⁶⁷¹ Voir ci-dessus, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « Les industries "culturelles" », pp. 229 ss ; Tim WU, *Harry Potter and the International Order of Copyright* [a], op. cit.

²⁶⁷² TGI Paris, 06.12.1989, publié dans Cahiers du droit d'auteur n°27 – mai 1990 ; Hélène MAUREL-INDART, *Du Plagiat*, op. cit., pp. 143-159.

transposition où apparaissaient des personnages nouveaux, dans un contexte historique et culturel différent, et dont le style littéraire surtout, qui adoptait un ton plus libre, permettait d'affirmer que l'on avait affaire à une réelle création. Régine Deforges, pour ses avocats, ne faisait que *citer* Margaret Mitchell sans contrefaire son roman. La Cour d'appel leur donna raison et conclut à une absence de contrefaçon après avoir constaté l'« absence d'analogie significative », les similitudes entre les deux œuvres portant sur une situation banale non susceptible d'appropriation, assimilable à une simple idée ; de ce fait, les allusions au roman de Margaret Mitchell constituaient de simples « réminiscences littéraires »²⁶⁷³. Ce jugement de la Cour d'appel de Paris, cassé pour motivation insuffisante²⁶⁷⁴, fut néanmoins confirmé par la suite²⁶⁷⁵. L'examen des différences a permis de souligner l'originalité de l'œuvre de Régine Deforges, alors même que pour Pierre-Yves Gautier elle contenait des passages entiers, notamment des dialogues, qui trahissaient un « recopiage en règle, à peine maquillé » de l'ouvrage de Margaret Mitchell²⁶⁷⁶.

Il est en outre intéressant de constater que les héritiers de Margaret Mitchell auraient pu poursuivre Régine Deforges en s'appuyant sur le droit de la concurrence, mais ils s'en sont bien gardés : ils auraient dans ce cas dû prouver qu'ils avaient subi un *réel* préjudice ainsi que l'importance de ce dernier, en montrant que la publication de *La Bicyclette bleue* avait fait fléchir les ventes d'*Autant en emporte le vent*. N'est-ce pas au demeurant ce que la loi exige de quiconque prétend avoir subi un dommage ? Or tel n'était visiblement pas le cas dans le cas qui nous intéresse, le roman de Margaret Mitchell continuant de se vendre fort bien, et peut-être même davantage²⁶⁷⁷. On peut se demander dès lors l'intérêt qu'il y a dans une perspective personnaliste à protéger des droits qui ne servent à l'évidence pas à permettre à l'auteur – ou même à ses héritiers – de vivre de son œuvre. La cause de Régine Deforges montre de manière idéale les conclusions différentes auxquelles peuvent conduire l'examen des similitudes et l'analyse des différences existant entre deux œuvres, là où le litige opposant Joann Kathleen Rowling à Dmitry Yemetz nous laisse un goût plus amer.

➤ Préséance donnée à l'examen des similitudes

Une autre affaire de contrefaçon confirme les leçons de la première sous forme de contre exemple. Il s'agit du conflit ayant opposé Gérard Pouchain et Robert Sabourin à Henri Troyat à propos de leurs biographies respectives de Juliette Drouet, la maîtresse de Victor Hugo, publiées à cinq ans de distance²⁶⁷⁸. Ici, au contraire de l'affaire de *La*

²⁶⁷³ CA Paris, 21.11.1990

²⁶⁷⁴ Cass, 04.02.1992 – note Xavier Daverat dans JCP 1992, II, 21930

²⁶⁷⁵ CA Versailles, 15.12.1993 ; les péripéties judiciaires sont résumées partie 09 (« Annexes »), chap. « Jurisprudence », sous *France, CA Versailles, 15.12.1993*.

²⁶⁷⁶ Pierre-Yves GAUTIER, *Les critères qualitatifs pour la protection littéraire et artistique en droit français* [a], op. cit., p. 508.

²⁶⁷⁷ Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit., p. 123.

²⁶⁷⁸ Gérard POUCHAIN, Robert SABOURIN, *Juliette Drouet ou la dépaysée*, Fayard, Paris 1992 ; Henri TROYAT, *Juliette Drouet*, Flammarion, Paris 1997.

Bicyclette bleue, le juge de première instance a fondé son opinion sur le résultat de l'examen des différences, déboutant les plaignants, alors que le juge d'appel, adoptant la logique de l'examen de similitude, devait conclure à la contrefaçon. Un article paru le 20 septembre 1998 dans le journal *Le Monde* répercutait les doléances de Gérard Pouchain et Robert Sabourin concernant l'appropriation de leur travail de recherche par l'académicien : « Cinq années pour dépouiller notamment 17'000 lettres à la Bibliothèque nationale, dont plusieurs inédites, et mettre en fiches 70'000 journaux d'époque »²⁶⁷⁹. Le premier juge estime que les quelques emprunts d'Henri Troyat présentent « un apport non essentiel à l'ouvrage d'Henri Troyat » et déboute les plaignants²⁶⁸⁰ ; il remarque qu'Henri Troyat a cité dix-sept fois Gérard Pouchain et Robert Sabourin dans son ouvrage et retient l'argument de la source commune pour justifier les passages « prétendument contrefaits », que les deux plaignants qualifient de « reproductions maquillées »²⁶⁸¹. La Cour d'appel, après un examen de similitudes portant sur les deux œuvres, infirme le premier jugement et condamne pour contrefaçon partielle le célèbre romancier d'origine russe, auteur de plus d'une centaine d'ouvrages²⁶⁸². Elle admet que l'académicien a repris à son compte non seulement le travail des deux plaignants, mais aussi leur « expression romanesque ». Dont acte, bien qu'il soit fort douteux que sur le plan de l'expression romanesque Henri Troyat ait eu, à ce stade de sa carrière, besoin de marcher sur les brisées d'autrui.

Que faut-il penser de la mise en rapport de ces deux affaires ? Il ne s'agit pas ici de se demander si la Cour d'appel de Paris a bien ou mal jugé, mais de prendre la mesure de la pluralité des méthodes classiques de comparaison des œuvres et de la conséquence d'un défaut de méthode concernant leur usage. Hélène Maurel-Indart admet que les critères d'évaluation puissent varier d'une affaire à l'autre²⁶⁸³. Certes, la recherche des intentions d'un auteur est affaire complexe et nécessite sans doute une certaine souplesse, mais cette souplesse ne devient-elle pas critiquable lorsqu'elle menace le principe de la sécurité du droit ? La préséance que le juge accordera à l'une ou l'autre approche, imprévisible dans la mesure où elle n'est pas motivée par un contexte clairement identifiable, pourra en effet changer du tout au tout le jugement qu'il doit rendre. Les décisions judiciaires n'ont pas à tenter, par un argument tenant du prétexte, de rétablir l'idée de justice que le juge se fait d'une situation donnée lorsque la lettre de la loi ne le lui permet pas, ce qui souligne bien souvent le caractère controversé du texte légal.

Entre l'affaire de *La Bicyclette bleue* et celle de *Juliette Drouet*, on le voit, l'administration de la preuve peut conduire à des résultats diamétralement opposés.

²⁶⁷⁹ Cité par Hélène MAUREL-INDART, *Plagiats, les coulisses de l'écriture*, op. cit., p. 98.

²⁶⁸⁰ TGI Paris, 09.02.2000, cité par Hélène Maurel Indart sur son site, *Troyat Henri, Juliette Drouet, Flammarion, 1997* [a], http://leplagiat.net/?page_id=620

²⁶⁸¹ Hélène MAUREL-INDART, *Plagiats, les coulisses de l'écriture*, op. cit., p. 100.

²⁶⁸² CA Paris, 19.02.2003.

²⁶⁸³ Emmanuelle ANIZON, Lorraine ROSSIGNOL, *Les Plagiaires* [a], op. cit., p. 30.

Pourtant, les méthodes utilisées dans ces deux procédures ne s'écartent pas de celles habituellement reconnues, si bien que la différence du résultat tient essentiellement à l'importance relative donnée à chacune d'elles dans le dernier jugement. Il est dès lors impératif de fixer une méthode uniforme pour établir la contrefaçon, la pratique actuelle laissant une part beaucoup trop importante au pouvoir d'appréciation des juges alors que la « notion-cadre » qu'est l'originalité ne devrait pas leur accorder une telle marge de manœuvre²⁶⁸⁴. Il semblerait de plus que l'examen de similitude ne soit pas propice à trancher correctement des questions relatives à la condition de l'*authenticité*.

□ *Critique de l'examen de similitude*

L'examen de similitude répond davantage à la logique excluante et objectifiante du *copyright*, dans la mesure où il protège la nouveauté, qu'à celle du droit d'auteur, qui entend protéger l'originalité – comprise dans le sens d'authenticité. Au contraire de l'analyse de leurs différences, l'examen de la similitude met à jour les ressemblances entre deux œuvres résultant d'un emprunt à un patrimoine commun en les imputant à l'œuvre attaquée, aux dépens de cette dernière et du processus créatif ; ce faisant, elle élève l'œuvre du plaignant au rang de référence alors qu'un examen cohérent devrait plutôt se référer au corpus littéraire et artistique dans son entier. Les analyses des différences et des similitudes ne sont donc pas strictement complémentaires, mais se recoupent partiellement pour ce qui est des emprunts au patrimoine commun.

Or l'existence d'une source d'inspiration commune exclut d'office toute accusation de plagiat. Hélène Maurel-Indart cite l'exemple de l'emprunt parallèle de Dino Buzzati (*Le Désert des Tartares*) et de Julien Gracq (*Le Rivage des Syrtes*) à Alexandre Pouchkine (*La Fille du capitaine*), qui a fait taire dès sa mise en lumière toutes les accusations de plagiat à l'encontre de Julien Gracq²⁶⁸⁵. Françoise Chaudenson cite de son côté le cas du logiciel de comparaison lexicale programmé par Dominique Labbé. La comparaison des pièces de Molière à celles de Corneille effectuée à l'aide de cet outil prouvait selon lui de manière indubitable que Corneille était l'auteur de la plupart des pièces de Molière, en particulier des meilleures. C'était oublier que les parentés de style constatées peuvent très bien s'expliquer par l'adoption de tournures propres à une époque dont la syntaxe et le vocabulaire étaient très normés²⁶⁸⁶. L'examen des similitudes avantage toujours l'auteur de l'œuvre de référence, puisqu'il tend à considérer toute ressemblance comme un indice de plagiat, alors qu'elle peut résulter d'un emprunt parallèle à un patrimoine commun ou d'un style partagé par la plupart des auteurs d'une époque :

« des logiciels d'analyse et de rapprochement de textes ont été mis au point, qui permettent la détection de groupes de mots utilisés de façon similaire, de récurrences et d'analogies trop répétées pour être fortuites. Toutefois, ces méthodes de comparaison, parfois utilisées en France,

²⁶⁸⁴ Voir ci-dessus, chap. « Un objet aux contours incertains », pp. 676 ss, p. 678.

²⁶⁸⁵ Hélène MAUREL-INDART, *Du Plagiat*, op. cit., p. 202.

²⁶⁸⁶ Dominique LABBE, *Corneille à l'ombre de Molière*, Les Impressions Nouvelles, Bruxelles 2003, cité par Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit., p. 125.

ne prennent en compte que le calcul du nombre de similitudes et de proximités formelles, et non les écarts entre les textes, ce qui peut parfois aboutir à des résultats très surprenants. »²⁶⁸⁷

De plus, comme l'a fait si bien remarquer Aby Warburg, le père de l'iconologie, la force des grandes œuvres ne tient pas « dans le rejet des formes anciennes, mais dans les écarts subtils induits par leur transformation »²⁶⁸⁸, ce que Pierre Delain traduit par l'expression selon laquelle « ce qui compte est moins ce qu'une œuvre représente ou manifeste que ce qu'elle transforme »²⁶⁸⁹. Ces remarques que j'ai déjà citées²⁶⁹⁰ vont dans le droit fil d'une critique de l'examen des similitudes en matière de détection des plagiat. Un examen fondé sur la différence entre les œuvres examinées serait beaucoup plus approprié pour juger avec pertinence de l'originalité de l'œuvre soupçonnée de contrefaçon. Cet examen relève d'une protection de l'œuvre *authentique*²⁶⁹¹ – offrît-elle des ressemblances avec l'œuvre du plaignant – et contribue donc à la protection des auteurs, assurés de pouvoir créer honnêtement sans encourir d'accusations difficiles à contrer. Favoriser l'examen des différences entre les deux œuvres analysées, c'est reconnaître que « la mise en évidence des caractéristiques communes permet de mieux comprendre ce qui constitue l'originalité de chacune »²⁶⁹². Françoise Chaudenson conseille de partir du corpus littéraire et artistique plutôt que du modèle supposé, comme on le pratique en matière de brevets, pour considérer en quoi l'œuvre mise en cause augmente le patrimoine artistique en ajoutant sa propre couleur à l'ensemble²⁶⁹³. Cette proposition présente le mérite de diluer le rapport antagoniste et artificiel – entendre par là : créé par le seul dépôt d'une plainte pour contrefaçon – opposant l'œuvre « de référence » à celle accusée de plagiat. Bien qu'il s'agisse d'une variante de la méthode comparative, elle peut encore s'inscrire dans la perspective personnaliste ici défendue dans la mesure où une œuvre, même personnelle, ne peut prétendre ne rien devoir à la tradition et aux œuvres préexistantes. Cet examen pourra ainsi intervenir en complément de la contre-preuve proposée ci-dessous.

L'examen de *similitude* permet en outre de s'attacher à des détails rapprochant deux œuvres qui pourraient certes parfois conduire à une plainte pour concurrence déloyale mais qui ne devraient pas permettre de qualifier une contrefaçon. Dès lors, que penser de la décision rendue par le Tribunal de Grande Instance de La Rochelle dans la cause opposant Mikhaël Augeron à Michel Le Bris, en tant qu'elle reproche à Michel Le Bris d'avoir repris les « mots critiques » de Mikhaël Augeron – en fait d'avoir reproduit une

²⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 125.

²⁶⁸⁸ Aby WARBURG, *Le « Déjeuner sur l'herbe » de Manet*, op. cit., p. 126.

²⁶⁸⁹ Pierre DELAIN, *Ce qui compte*, op. cit.

²⁶⁹⁰ Voir ci-dessus, chap. « Originalité et création par appropriation », pp. 659 ss.

²⁶⁹¹ Rappel des différences entre nouveauté et authenticité : voir ci-dessus, chap. « Les deux sens de la notion d'originalité », pp. 652 ss.

²⁶⁹² Hélène MAUREL-INDART, *Itinéraire d'une recherche en littérature*, op. cit., pp. 12-13.

²⁶⁹³ Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit., p. 122 ; pp. 125-126.

de ses coquilles²⁶⁹⁴ ? La reprise du travail d'autrui ne figure-t-elle pas clairement parmi les actes de concurrence déloyale ? Il est vrai que Pierre-Yves Gautier invite à rechercher la reproduction d'erreurs pour prouver la contrefaçon²⁶⁹⁵. Mais la reproduction d'erreurs n'est-elle pas plus typique de la reprise du *travail* d'autrui que des marques de sa *personnalité* ? Ne s'agit-il pas plutôt d'un subterfuge pour défendre un droit d'auteur dont l'abaissement de la condition d'originalité qu'il suppose a été fort critiqué par ailleurs ? Cela est d'autant plus vrai que le jugement en question semble utiliser la reprise littérale d'une erreur comme prétexte pour rétablir un équilibre que le droit d'auteur ne semblait pas permettre, celui-ci ne protégeant ni la reprise d'idées ni les faits historiques révélés par un travail de recherche. Dans le même esprit, la reprise du « travail personnel d'organisation et de mise en forme » doit pouvoir entraîner une condamnation pour contrefaçon, mais pour concurrence déloyale²⁶⁹⁶.

S'ajoute à tout ceci le fait que l'avantage donné à l'œuvre de référence par l'examen de similitude est accentué par deux pratiques jurisprudentielles discutables :

- L'examen en contrefaçon présuppose que l'œuvre réputée contrefaite soit originale ; les juges opèrent donc un examen initial, mais à l'issue duquel l'absence de toute antériorité prouvée les amène à tenir pour originale l'œuvre de référence²⁶⁹⁷ ; ce faisant, ils consacrent une *présomption d'originalité* en faveur de cette dernière²⁶⁹⁸. Cette présomption serait justifiée par le caractère imprécis de la condition d'originalité²⁶⁹⁹ ; il demeure toutefois qu'elle avantage indûment le demandeur ou le plaignant par rapport à l'auteur attaqué.
- En infraction à la règle générale de droit civil voulant que la preuve incombe au demandeur, les juges imposent à tout auteur attaqué le fardeau de prouver l'originalité de son œuvre²⁷⁰⁰. Ce point, qui est censé protéger les auteurs, est fort critiqué par certains juristes appelés à défendre les auteurs accusés de contrefaçon²⁷⁰¹. Ces derniers doivent aussi, faut-il le rappeler, être considérés comme des auteurs jusqu'à preuve du contraire.

²⁶⁹⁴ TGI de La Rochelle, 23.04.2002, Mikhaël Augeron c. Michel Le Bris, cité par Hélène MAUREL-INDART, *Plagiats, les coulisses de l'écriture*, op. cit., pp. 81 ss.

²⁶⁹⁵ Pierre-Yves GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 707 (éd. 2001), cité par Hélène MAUREL-INDART, *Plagiats, les coulisses de l'écriture*, op. cit., p. 85.

²⁶⁹⁶ *Contra* : Hélène MAUREL-INDART, *Plagiats, les coulisses de l'écriture*, op. cit., p. 73.

²⁶⁹⁷ TGI de la Seine, 08.03.1963, Dame Soïme c. Henri Salvador et autres, dans RIDA n°41 [octobre 1963].

²⁶⁹⁸ Philippe MOURON, *De la contrefaçon en matière musicale stricto sensu*, op. cit., p. 4.

²⁶⁹⁹ Pierre-Yves GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 50, n°27.

²⁷⁰⁰ Pierre-Yves GAUTIER, *Les critères qualitatifs pour la protection littéraire et artistique en droit français* [a], op. cit., p. 509.

²⁷⁰¹ Notamment Joëlle VERBRUGGE, *Originalité : brume épaisse sur la Champagne Ardenne* [a], 14.04.2012, <http://blog.droit-et-photographie.com/originalite-brume-epaisse-sur-la-champagne-ardenne>.

Existe-t-il un moyen de rendre l'administration de la preuve moins favorable à l'une des parties à la procédure, du seul fait du rôle qu'elle y tient ? Est-il envisageable de formaliser davantage l'examen judiciaire en matière de contrefaçon, afin de le rendre plus prévisible tout en défendant mieux les besoins propres au processus créatif ? Le chapitre suivant s'essaiera à formuler quelques pistes²⁷⁰².

□ *L'originalité des récits historiques et des biographies*

La protection des récits historiques et des biographies est essentielle pour les chercheurs qui publient les résultats de leurs investigations : il n'est en effet pas rare que des tiers reprennent le fruit de leur travail pour en publier un récit de leur façon, souvent mieux écrit, alors que, grâce à leurs sources, leurs efforts de recherche auront été bien moins fastidieux ou chronophages. L'affaire qui vient d'être évoquée à propos du conflit ayant opposé Gérard Pouchain et Robert Sabourin à Henri Troyat l'illustre à la perfection²⁷⁰³. Bien que tout récit historique, à défaut de bénéficier d'une implication de l'auteur aussi personnelle que les fictions, acquiert, en tant même que *récit*, un caractère de représentation²⁷⁰⁴ et mérite à ce titre protection, son originalité et sa forme s'en trouvent réduites. Ils relatent en effet pour l'essentiel des *faits historiques*, lesquels appartiennent en tant que tels au domaine public, et l'on ne peut reconnaître à leur composition aucun caractère personnel lorsqu'elle se contente de reprendre l'ordre chronologique des événements²⁷⁰⁵. À cela s'ajoute que les similitudes des sources sont souvent attribuées à une origine commune qui renvoie contrefacteur et victime putatifs dos à dos²⁷⁰⁶. Tout cela semble au demeurant fort logique : peut-on prétendre que la *personnalité* d'un chercheur réside dans le dépouillement d'archives, quelque respectable et utile que soit son travail ? Les récits historiques et les biographies ne sont pas les seuls types d'œuvres à trahir une originalité et une forme réduites. Tel est aussi le cas du genre documentaire, « ni fiction ni récit objectif »²⁷⁰⁷, et à la dimension fortement descriptive de la plupart des communications scientifiques, dont il a souvent été dit que leur « fond » l'emportait sur leur forme.

L'originalité de telles œuvres ne porte donc ni sur le *fait historique* lui-même, ni même sur son *expression* immédiate, mais sur la *résonance* et la place que l'auteur décide de lui donner par rapport au « fil rouge » qu'il a décidé de suivre. Dans l'affaire « Juliette Drouet », le premier juge rappelait avec raison que l'originalité d'une biographie est avant tout reconnue en regard « du style caractéristique de son auteur, d'une analyse personnelle du caractère, des sentiments du personnage sujet de l'ouvrage, de ses

²⁷⁰² Voir ci-dessous, chap. « La preuve de l'authenticité », pp. 729 ss.

²⁷⁰³ Voir ci-dessus, chap. « Préséance donnée à l'examen des similitudes », pp. 721 ss.

²⁷⁰⁴ Michel DE CERTEAU, *Écriture de l'Histoire*, Gallimard, Paris 1973 ; voir ci-dessus, chap. « Toute représentation n'est pas fiction », pp. 610 ss.

²⁷⁰⁵ Hélène MAUREL-INDART, *Plagiats, les coulisses de l'écriture*, op. cit., p. 99.

²⁷⁰⁶ *Ibid.*, p. 74.

²⁷⁰⁷ Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 173.

motivations, du choix des citations au *soutien* de cette analyse »²⁷⁰⁸. On aura soin de constater qu'en regard du critère de l'originalité, le terme de « soutien » utilisé par le juge confère au choix des citations un caractère *secondaire* par rapport à l'analyse de l'histoire et à la manière de l'exprimer. En conséquence, on ne devrait pas exiger de la simple *relation* d'un fait historique qu'elle constitue en soi un « apport personnel de l'auteur »²⁷⁰⁹, sauf à banaliser cette notion. Un simple *démarquage* de l'expression par les tiers devrait dès lors être admis ; l'exigence de l'apport personnel portera plutôt sur la *perspective* dans laquelle s'inscrit le fait historique en question. En outre, les reprises par un tiers d'une information historique à travers une source secondaire ne devraient jamais justifier à elles seules une condamnation pour contrefaçon, cela quand bien même le second auteur reprendrait les mêmes citations que sa source secondaire. C'est la nature même d'un parcours de connaissance que de s'ouvrir à d'autres pensées au fil de ses lectures et d'étendre son champ de conscience en fonction des références qui nous ont marqué, pour les assimiler à notre tour. Par ailleurs, si un texte ne s'avère inspirant qu'au regard des citations qu'il contient, est-il encore justifié de le citer ? Jusqu'où sinon faudrait-il reconnaître ses dettes ? Imposer sous peine de contrefaçon le principe de la citation de la source secondaire ne revient-il pas à octroyer à son auteur des droits sur la pensée des autres ? Ce n'est pas aux passages qu'il cite qu'on reconnaît l'auteur, mais au *fil* par lequel il les relie, si bien que la reprise de citations dans le même ordre peut parfois faire croire que le second auteur marche sur les pas de son modèle, lorsqu'un autre « fil rouge » peut expliquer leur présence. Hélène Maurel-Indart ne dit-elle pas qu'un emprunt peut se justifier s'il « se trouve sublimé par son insertion dans un nouveau *contexte*, une nouvelle *perspective* »²⁷¹⁰ ? Le droit d'auteur aura donc vocation à protéger tout ce qui relève de l'analyse ou des sensibilités de l'auteur, ou encore de sa façon de rendre vivants les événements relatés (le « style » pris au sens large).

Cela ne veut pas dire que les recherches ne peuvent pas faire l'objet d'une protection. Aussi conviendrait-il de faire la part des choses entre le travail de recherche mené en amont de toute narration de ce type – qui consiste davantage en un *travail* qu'en une création, et d'envisager sa protection sous l'angle du droit de la concurrence, à titre d'« exploitation d'une prestation d'autrui »²⁷¹¹, ou de « parasitisme »²⁷¹². Il ne s'agit pas d'encourager la reprise systématique du travail d'autrui, mais de cesser de l'interpréter en tant que contrefaçon. Au demeurant, la réaction des chercheurs spoliés de leur

²⁷⁰⁸ TGI Paris, 19.02.2000, p. 8, cité par Hélène MAUREL-INDART, *Plagiats, les coulisses de l'écriture*, op. cit., p. 100 ; c'est moi qui souligne.

²⁷⁰⁹ *Contra* : Hélène MAUREL-INDART, *Plagiats, les coulisses de l'écriture*, op. cit., p. 71.

²⁷¹⁰ Emmanuelle ANIZON, Lorraine ROSSIGNOL, *Les Plagiaires* [a], op. cit., p. 30 ; c'est moi qui souligne. L'exigence de « sublimation » semble toutefois bien forte, et élèverait à l'excès le degré d'originalité attendu de l'auteur soupçonné de plagiat par rapport à celui dont sa source doit faire preuve.

²⁷¹¹ En droit suisse : art. 5 LCD (RS 241).

²⁷¹² En droit français : art. 1382 et 1383 Code civil ; Hélène MAUREL-INDART, *Plagiats, les coulisses de l'écriture*, op. cit., p. 96 ; en droit suisse : art. 3 al. 1 let. e LCD (RS 241).

travail semble fort différente de celle des auteurs plagiés : alors que les premiers évoquent avec amertume, comme Gérard Pouchain et Robert Sabourin dans *Le Monde*, le travail de recherche et les efforts dont certains ont pu s'affranchir en se contentant de lire leur ouvrage, les auteurs de fiction et les poètes se plaignent sur un tout autre registre, autrement plus puissant, et évoquent un « vol de l'intime » (Thierry Mattei²⁷¹³), le « vol d'une vie » (Hélène Maurel-Indart²⁷¹⁴) ou une « mise à mort » (Marie Darrieussecq²⁷¹⁵) ; Michelle Bergadaà assimile quant à elle le plagiat à un viol, alors même que le droit suisse a depuis 1992 abandonné le rattachement du droit d'auteur aux droits de la personne : « La sensation de viol du plagié est naturelle, s'agissant du vol d'une œuvre de l'esprit, donc unique : c'est une atteinte grave à la personnalité »²⁷¹⁶. Ces réactions sont cohérentes avec la thèse personnaliste et le lien très particulier qu'elle reconnaît entre l'auteur et son œuvre.

Le critère de la mise en forme nous permettra de mieux appréhender les limites de la protection que le droit d'auteur peut accorder à ces œuvres spécifiques²⁷¹⁷.

□ *La sécurité juridique à l'appui d'une approche subjective*

La sécurité du droit, souvent invoquée pour justifier les théories objectives en matière d'originalité, nécessite que l'on se demande quelle sécurité il convient d'asseoir prioritairement : celle de l'auteur appelé à se défendre d'une accusation de contrefaçon ou celle de l'auteur désireux de poursuivre un tiers ? À adopter les théories objectives en matière d'originalité, ces deux soucis deviennent antagonistes dans la pratique, dans la mesure où tout auteur authentique peut se faire accuser de contrefaçon – à tort, sans doute, mais non sans conséquences, une telle accusation étant toujours difficile à vivre ; l'adoption d'une approche subjective pour l'authenticité, alliée à une perspective objective pour ce qui regarde la condition de la forme, permet de l'éviter. L'approche subjective de l'originalité permettrait aux auteurs de se défendre grâce au simple exposé de leur démarche – ce qui devrait les rassurer sur l'issue d'une accusation infondée. De plus, ainsi que je l'ai montré²⁷¹⁸, une gestion rigoureuse de la preuve en la matière permettrait d'obtenir des résultats moins aléatoires qu'en l'état actuel du droit.

Quant à l'auteur qui s'estime plagié, n'ayant logiquement pas de prise sur la preuve de l'authenticité de l'œuvre sur laquelle portent ses soupçons, il dispose du critère objectif de la forme pour évaluer la pertinence de ses accusations.

²⁷¹³ Thierry MATTEI, *Un vol de l'intime* [a], dans *Les Plagiaires*, dossier, Téléràma, n°3219 (21.09.2011), pp. 29-36, p. 32.

²⁷¹⁴ Hélène MAUREL-INDART, *Du Plagiat*, op. cit., p. 100.

²⁷¹⁵ Nelly KAPRIELIAN, *Marie Darrieussecq : « L'accusation de plagiat est une mise à mort »* [a], op. cit.

²⁷¹⁶ Michelle BERGADAA, *Épidémiologie universitaire : cas du plagiat* [a], janvier 2013, http://www.responsable.unige.ch/Documents/epidemiologie_universitaire.pdf, p. 7.

²⁷¹⁷ Voir ci-dessous, chap. « L'administration de la preuve au regard de la forme », pp. 751 ss.

²⁷¹⁸ Voir ci-dessus, chap. « L'administration de la preuve au regard de l'originalité », pp. 719 ss.

□ *La preuve de l'authenticité*

Nous venons de voir que l'administration de la preuve en matière de contrefaçon utilise à l'heure actuelle plusieurs approches concomitantes, dont l'examen de similitude et celui des différences. La question est d'établir un rapport clair entre des moyens qui aboutissent à des résultats sensiblement différents. La théorie actuelle voudrait qu'en cas de poursuite pour contrefaçon on procédât par un examen des similitudes, corrigé par une analyse des différences. Françoise Chaudenson préconise pour sa part une prise en compte équilibrée des deux types d'examens :

« Il faudrait simultanément distinguer la fréquence des analogies et des similitudes tout autant que les différences substantielles entre deux textes. »²⁷¹⁹

Or tel est rarement le cas dans la pratique des prétoires, les experts s'arrêtant le plus souvent à l'examen des similitudes²⁷²⁰ après avoir procédé à deux étapes préalables : la recherche d'antériorité, suivie de la recherche d'éléments chronologiques et géographiques permettant d'associer ou de dissocier les deux œuvres examinées²⁷²¹. Tout au plus s'attachent-ils aux différences pour déterminer la portée de la violation mise en lumière par l'examen de similitude. Peut-on en effet juger des ressemblances ponctuelles autrement qu'en fonction de leur contexte respectif ? Pierre-Yves Gautier résume ainsi la méthode communément suivie par les experts :

« La contrefaçon s'apprécie *d'abord* par le groupement et l'addition des points de ressemblance, après quoi l'on passera aux différences ; si celles-ci ne détruisent pas l'impression d'ensemble de démarquage, la condamnation s'ensuivra. Mais si elles *renversent* au contraire la première impression et établissent que les éléments caractéristiques de la seconde œuvre lui sont effectivement propres, le débouté ou la relaxe sera effectivement prononcé. »²⁷²²

L'examen de similitude, bien que plus facile à effectuer – en particulier au moyen d'outils d'analyse littéraire automatisés –, induit pourtant, nous venons de le voir, plusieurs biais non négligeables lorsque la condition d'originalité est comprise dans le sens d'authenticité ; ces biais ne peuvent de plus qu'entraver la création par appropriation, en particulier la transposition, alors que l'incitation à la créativité revendiquée par le droit d'auteur devrait empêcher qu'un auteur reconnu puisse interdire les œuvres qui ne sont qu'inspirées de la sienne. On notera au passage qu'il ne s'agit pas de privilégier l'intérêt public à la variété des œuvres – argument utilitariste par excellence – mais bien d'assurer aux auteurs la possibilité de créer.

Avec l'authenticité, c'est en fait le processus créatif qui se trouverait au cœur de la question de la preuve, l'œuvre achevée n'étant appelée que dans la perspective du processus qui l'a fait naître, à titre de confirmation ou pour établir une vraisemblance.

²⁷¹⁹ Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit., p. 126.

²⁷²⁰ *Ibid.*, pp. 123-124.

²⁷²¹ Philippe MOURON, *De la contrefaçon en matière musicale stricto sensu*, op. cit., chap. « Éléments de faits », p. 3.

²⁷²² Pierre-Yves GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., § 295, p. 491, cité par Hélène MAUREL-INDART, *Du Plagiat*, op. cit., p. 138 ; c'est moi qui souligne.

Prétendre que l'examen doit porter *exclusivement* sur l'œuvre, sous prétexte que c'est l'œuvre qui doit être originale, revient inéluctablement à la traiter en marchandise et à s'adonner à un exercice de *comparaison* entre l'œuvre de référence et celle prétendument contrefaisante, autrement dit à confondre *originalité* et *nouveauté*.

Pour contrer le déséquilibre résultant de l'examen de similitude – qui fait de l'œuvre du plaignant l'œuvre de référence – joint à celui issu de la présomption d'originalité en sa faveur, il conviendrait en premier lieu de revoir le fardeau de la preuve en obligeant le plaignant à rendre au moins *vraisemblable* l'originalité de son œuvre, ainsi que l'absence d'originalité de l'œuvre dont il invoque la contrefaçon²⁷²³. Concernant sa propre œuvre, n'est-il pas en effet le mieux placé pour en défendre l'authenticité, alors que cet examen est préalable à toute discussion relative à son éventuelle contrefaçon ? Seule la vraisemblance peut toutefois être exigée de la part d'un auteur dont la loi ne soumet pas la protection de ses œuvres aux conclusions d'un examen d'antériorité. C'est également le lieu de rappeler que le droit d'auteur constitue une exception au principe de libre circulation des idées²⁷²⁴, ce qui justifie qu'il ne bénéficie pas d'une présomption d'originalité. Par ces règles portant sur le fardeau de la preuve, les deux examens seraient utilisés de manière plus appropriée, et l'impression personnelle des juges ne permettrait plus d'en avantager un aux dépens de l'autre, avec les résultats éloquentes que j'ai exposé. Quant à l'œuvre prétendument contrefaisante, la vraisemblance sera fondée sur un examen de similitude, ouvrant la possibilité pour l'auteur accusé d'apporter la preuve du contraire par un examen des différences ou par le récit de sa démarche personnelle, en démontrant l'existence d'un véritable travail d'assimilation et d'une approche qui lui est propre. L'examen de similitude, comme nous l'avons vu, ne peut pas apporter autre chose qu'une vraisemblance. C'est ainsi qu'il me faut revenir au principe exprimé peu avant par Pierre-Yves Gautier²⁷²⁵. La présente proposition respecte l'ordre indiqué par l'avocat – examen de similitude avant examen des différences – mais inverse leur hiérarchie, en ce sens que l'examen des différences n'a pas à *renverser* l'impression *de base* donnée par l'examen de similitude ; il est seul pertinent pour établir une preuve, l'examen de similitude n'ayant d'autre portée que d'asseoir une vraisemblance et permettre d'accueillir la plainte.

La défense de l'auteur doit s'orienter vers une réelle possibilité offerte au défendeur de prouver l'originalité de son œuvre par l'exposition de sa démarche, étayée par les jalons de son propre travail, en particulier par l'exposé de ses repentirs, du temps pris à la maturation de l'œuvre et à l'intériorisation de ses inévitables influences. Le Tribunal de Grande Instance de Paris l'a du reste précisé : « l'originalité d'une œuvre doit être explicitée par celui qui s'en prétend auteur, seul ce dernier étant à même d'identifier les

²⁷²³ Pierre-Yves Gautier préconise un contrôle administratif minimum en matière d'originalité, par analogie à ce qui se pratique en matière de brevets, mais l'idée semble contrevenir au principe d'une protection accordée indépendamment du dépôt de l'œuvre (Pierre-Yves GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit.).

²⁷²⁴ Isabelle de LAMBERTERIE, *De l'incitation à la création au droit à la culture*, op. cit., p. 81.

²⁷²⁵ Pierre-Yves GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., § 295, p. 491, cité par Hélène MAUREL-INDART, *Du Plagiat*, op. cit., p. 138 ; voir ci-dessus, p. 729.

éléments traduisant sa personnalité »²⁷²⁶, thèse qui assoit le caractère subjectif de l'originalité, même si, comme le remarque Anthony Bem, une telle preuve peut poser des problèmes pratiques en cas de cessions successives de droits sur une photographie²⁷²⁷. C'est ce que permet le critère de l'*authenticité*, qui évite de juger d'une œuvre à l'aune de sa *nouveauté*. Comme le rappelle Agnès Tricoire, « Pour qualifier l'originalité, il ne faut pas comparer les œuvres entre elles mais examiner l'œuvre *per se* et dans son rapport avec l'auteur »²⁷²⁸. La protection de l'authenticité devrait ainsi permettre à l'auteur de démontrer l'existence d'un travail personnel à l'origine du texte incriminé, par les multiples versions de ses propres brouillons par exemple, même si ce travail a débouché sur une œuvre offrant de nombreuses similitudes avec l'œuvre du plaignant. Le juge est en effet tenu d'examiner les circonstances dans lesquelles l'œuvre a vu le jour²⁷²⁹. Le critère d'authenticité ne prétend pas démontrer quoi que ce soit de la personnalité de l'artiste²⁷³⁰, bien au contraire, ou déterminer dans quelle mesure tel auteur a exprimé Qui il est dans une œuvre donnée : l'authenticité se réfère à cette plongée dans l'indifférencié si bien décrite par Chantal Deschamps²⁷³¹ et qui s'ancre justement sur le caractère inconnaissable du sujet créateur, y compris pour lui-même²⁷³². Il s'agira plutôt de montrer dans quelle mesure l'auteur a suivi son propre fil rouge, a trouvé une vérité qui est sienne à travers des formes déjà utilisées par d'autres, en d'autres termes a pu trouver inspiration dans la pensée d'autrui sans la laisser conduire, voire étouffer la sienne propre. Ainsi Hélène Maurel-Indart, à travers son *Itinéraire d'une recherche en littérature*, nous donne-t-elle un superbe exemple de ce à quoi une telle preuve pourrait ressembler²⁷³³. Elle y expose ses démarches, ses questionnements, la lente structuration de sa pensée dans le domaine du plagiat. Nul doute, à la lire, qu'elle est bien à l'origine de ses ouvrages sur la question. Face à une telle démarche, singulière et authentique, que nous importerait-il d'apprendre, par impossible, que dans ses livres une ou deux phrases non référencées d'autres auteurs aient pu s'y glisser malencontreusement ?

Sous l'angle de l'authenticité, les différences doivent peser *d'avantage* que les

²⁷²⁶ TGI Paris, 01.07.2011, SmartCo c. Multipass

²⁷²⁷ Anthony BEM, *Commentaire de l'arrêt TGI Paris du 01.07.2011 dans la cause SmartCo c. Multipass* [a], http://www.legavox.fr/article/imprimer.php?id_article=6453 ; cette remarque renforce l'idée d'une prohibition de la cession des droits patrimoniaux.

²⁷²⁸ Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 111 ; on s'étonnera dès lors que, assimilant le ready-made à un « effacement de l'artiste » (p. 99), Agnès Tricoire puisse encore croire que *Fountain* réponde à la condition d'originalité...

²⁷²⁹ François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 126, n°177, note 447.

²⁷³⁰ Agnès TRICOIRE, *Le Droit d'auteur au service de l'industrie ou la mort de l'autonomie de l'art* [a], op. cit., p. 4.

²⁷³¹ Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit.

²⁷³² Voir ci-dessus, chap. « L'Art comme catalyseur de l'auteur », pp 538 ss.

²⁷³³ Hélène MAUREL-INDART, *Itinéraire d'une recherche en littérature*, http://leplagiat.net/data/doc_de_synthese_hdr.doc ; voir aussi Michel TERESTCHENKO, *Bref retour sur un parcours de pensée* [a], dans Revue du MAUSS semestrielle, n° 27 (1^{er} sem. 2006) ; Paul AMSELEK, *Itinéraire* [a], op. cit. ; Éric-Emmanuel SCHMITT, journal de *La Part de l'autre*, Albin Michel / Le Livre de poche, Paris 2001.

similitudes, en raison du phénomène des *créations parallèles*²⁷³⁴, bien que celui-ci, dans la pratique, soit rare dans les domaines où l'élaboration de l'œuvre n'est pas contrainte par des considérations étrangères au processus créatif ; de plus, les différences *de style* doivent peser davantage que les similitudes, puisque le style est la vraie signature de l'auteur, la marque la plus évidente de sa personnalité ; cela n'empêche pas de considérer l'imitation d'un style comme licite, ce dernier étant rattaché à l'ordre des idées plus qu'à celui de la forme. Même les similitudes formelles portant sur les lignes grossières du scénario relèvent davantage du monde des idées ; elles échappent à un ordonnancement qui relèverait déjà d'une mise en œuvre suffisamment élaborée pour être considérée comme leur formulation matérielle par l'auteur :

« dans la plupart des cas, [les experts] s'attachent avant tout à décrypter la grille narrative, sans forcément débattre de la subtilité de la forme littéraire, qui est pourtant la caractéristique propre à chaque auteur : car c'est bien le style qui constitue la vraie marque de fabrique de l'auteur. [...] Est-ce simplement parce qu'il est plus facile d'analyser des schèmes narratifs et se baser sur les éléments qui fondent le récit lui-même plutôt que de plonger dans les subtilités de la langue ? »²⁷³⁵

Il demeure que le démarquage associé à l'imitation d'un style offre une preuve suffisante de contrefaçon. C'est alors l'association d'un style et d'un élément de mise en forme qui trahira la volonté de marcher sur les traces d'un autre au point de se trouver sous son ascendant et de ne pas parvenir à exprimer sa propre voix.

Mais revenons à l'organisation des moyens de défense. Le défendeur, une fois établies les deux vraisemblances exigées du plaignant, aura la possibilité soit de renverser la première en exposant à son tour le parcours de son travail d'assimilation et les circonstances ou les approches qui l'ont motivé (renversement laissé à la libre appréciation du juge) ou en démontrant l'existence d'une source commune antérieure (renversement irréfutable), soit de renverser la seconde par une analyse des différences entre l'œuvre du plaignant et la sienne, complétée et corrigée par la comparaison entre l'œuvre accusée de plagiat et le *corpus* littéraire et artistique, comme on le pratique en matière de brevets, en vue de montrer en quoi son œuvre augmente le patrimoine artistique en ajoutant sa propre couleur à l'ensemble. On peut s'étonner qu'une fois l'originalité revendiquée dans sa dimension exclusivement subjective je reconnaisse la possibilité au défendeur d'alléguer la nouveauté de son œuvre ou l'existence d'une source commune aux deux œuvres, considérations qui relèvent d'une conception objective de l'originalité. Deux réflexions s'imposent : la thèse subjective de l'originalité n'empêche pas d'admettre que certaines œuvres – souvent celles que l'on reconnaît comme majeures – apportent un élément nouveau au corpus des œuvres existantes. De la sorte, la preuve de la nouveauté emporte en général celle de l'authenticité, alors que la protection ne doit pas se limiter aux seules œuvres nouvelles. De plus, c'est ici que l'on voit l'importance de se mettre à la place

²⁷³⁴ Voir ci-dessus, p. 652.

²⁷³⁵ Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit., p. 124.

des auteurs, et de faire la part des choses entre la nécessité pour un auteur sincère de pouvoir se défendre d'une accusation de contrefaçon infondée, et celle où il se trouve de pouvoir poursuivre d'éventuels contrefacteurs : la prise en compte de la première devrait lui assurer une création paisible, alors que la considération de la seconde vise à lui permettre de vivre de son art, préoccupation certes importante mais toutefois moins essentielle. S'il s'agit de concevoir un droit en faveur des auteurs, et bien que l'existence d'une source antérieure commune ne diminue en rien l'authenticité d'une œuvre, elle doit permettre d'invalidier toute velléité du premier auteur à obtenir la condamnation du second : la « source commune », qu'elle ait ou non inspiré effectivement le premier auteur, prouve à coup sûr l'existence d'une création parallèle qui doit lui profiter.

Il convient également de tenir compte du contexte contractuel dans lequel les protagonistes sont impliqués. L'existence d'un éventuel contrat de licence d'utilisation passé entre le plaignant et l'accusé à propos de l'œuvre litigieuse devrait être accueilli comme une présomption irréfragable d'originalité en faveur de cette dernière ; dans le respect des règles de la bonne foi, un plaignant ne devrait en effet pas pouvoir contester l'originalité d'une œuvre dont il a librement acquis les droits, si bien qu'une telle allégation ne devrait être accueillie que dans le cadre d'une action en réclamation de l'indu, non dans le cadre d'une action ouverte par l'auteur en exécution du contrat de licence.

On aura soin, en outre, de ne pas évaluer dans l'absolu la nature contrefaisante des ressemblances, mais de manière relative, en fonction du rapport existant entre l'importance de l'emprunt et, d'une part, la taille de l'œuvre dans laquelle il est inclus, d'autre part la taille de l'œuvre dont il est tiré. Il est vrai que la plupart des jurisprudences et des experts considèrent le plagiat et la contrefaçon de manière *absolue*. Hélène Maurel-Indart reprend cette approche absolue du plagiat – certes conforme à la loi actuelle, mais sans la critiquer :

« La nature contrefaisante des ressemblances s'évalue dans l'absolu et non pas en proportion de l'ensemble dont elles font partie. »²⁷³⁶

On peut acquiescer s'il s'agit d'indiquer par là qu'un article d'une dizaine de pages, s'il a été largement repris par un ouvrage de plus grande importance, a bien été contrefait, quand bien même représenterait-il une part infime de l'ouvrage contrefaisant ; défendre le contraire reviendrait à refuser la protection du droit d'auteur aux auteurs de textes courts. Mais peut-on raisonnablement condamner pour contrefaçon l'auteur d'un ouvrage de plusieurs centaines de pages sur le simple prétexte qu'il aurait repris une ou deux phrases d'un tiers sans en citer la source ? Il est permis d'en douter, sauf à reconnaître aux auteurs un monopole sur chacune de leurs phrases, ce qui condamnerait vite tout le monde au silence. Il ne suffit pas de prétendre que le mythe de l'auteur romantique solitaire a fait son temps, encore faut-il en tirer les conséquences qui s'imposent.

²⁷³⁶ Hélène MAUREL-INDART, *Plagiats, les coulisses de l'écriture*, op. cit., p. 87.

Certes, la nature contrefaisante n'est pas qu'une question de quantité, mais bien de résonance avec un monde authentique, et en ce sens elle s'évalue dans l'absolu : si l'emprunt est remployé – pour prendre un terme propice d'architecture – dans une œuvre en soi originale, on aura le souci de refuser d'y lire un plagiat ou une contrefaçon. Il convient donc de s'opposer fermement à cette règle constatée par Emmanuel Pierrat selon laquelle « il peut [...] suffire de quelques points communs pour que la contrefaçon soit caractérisée »²⁷³⁷. Quelques points communs ne constituent en rien la reprise des *traits caractéristiques* d'une œuvre telle que réclamée par René Plaisant²⁷³⁸ ! J'ajouterai que Denis Barrelet et Willy Egloff, en indiquant qu'un logiciel se distinguant de son modèle sur plus de neuf dixième de ses lignes de code s'éloigne suffisamment de son modèle pour que l'on puisse considérer qu'il ne constitue pas une contrefaçon, « l'individualité de l'œuvre utilisée [s'effaçant] devant l'individualité de l'œuvre nouvelle »²⁷³⁹, montrent bien que la contrefaçon peut aussi se concevoir autrement sous un angle relatif, dans sa définition même et pas seulement quant au critère de la peine encourue.

Cette rigueur ne se justifie aucunement sur le plan juridique : certes, le droit pénal identifie dans une première étape, celle de la qualification, la réalisation des éléments constitutifs objectifs et subjectifs d'une violation, pour conclure de manière tranchée à la réalisation ou à la non réalisation de l'infraction, avant de se déterminer sur la peine, en tenant compte cette fois-ci du principe de proportionnalité. Mais la qualification tient compte des éléments constitutifs subjectifs, qui incluent l'intention, autrement dit l'accomplissement conscient et volontaire de la contrefaçon (art. 67 LDA), de l'omission de citer la source (art. 68 LDA), de la violation des droits voisins (art. 69 LDA), ou encore de la levée des protections techniques (art. 70 LDA). Toutes ces infractions ne sont données qu'à la condition d'avoir été commises « intentionnellement et sans droit ».

Abandonner l'originalité ?

Bien que la doctrine helvétique récente la considère comme dépassée dans la mesure où elle reflète une conception *subjective* de la protection²⁷⁴⁰ et que la nouvelle loi suisse sur le droit d'auteur de 1992 l'a remplacée par la condition d'*individualité*²⁷⁴¹, l'originalité demeure une notion essentielle en droit suisse : l'existence d'un *cachet personnel* ne constitue-t-elle pas « la meilleure preuve qu'une œuvre est originale », et

²⁷³⁷ Emmanuel PIERRAT, *Le droit de l'édition appliqué : Chroniques juridiques de Livres Hebdo*, 2 vol., Cercle de la Librairie, coll. Droit du livre, Paris 2000/2002, cité par Hélène MAUREL-INDART, *Plagiats, les coulisses de l'écriture*, op. cit., p. 87.

²⁷³⁸ « Il y a contrefaçon aussi longtemps que les *traits caractéristiques de l'œuvre* contrefaite se retrouvent dans l'œuvre contrefaisante » ; cité par COLOMBET Claude, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, op. cit., § 389, p. 269, et repris par Hélène MAUREL-INDART, *Du Plagiat*, op. cit., p. 116 ; c'est moi qui souligne.

²⁷³⁹ Denis BARRELET, Willi EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur*, op. cit., p. 71.

²⁷⁴⁰ notamment Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., pp. 131 ss ; François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 114, note 401.

²⁷⁴¹ Le « caractère individuel » de l'art. 2 al. 1 LDA ; François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 114, n°165.

donc individuelle²⁷⁴² ? On voit par là que le critère d'originalité a été abandonné en droit suisse avant tout en raison du fait qu'il s'accommodait mal de l'abaissement de la protection induite par la protection des logiciels et des bases de données, et non parce qu'il semblait inadapté à la protection des œuvres littéraires et artistiques, périmètre historique du droit d'auteur. L'approche personnaliste et le critère d'originalité avaient encore les faveurs du législateur suisse de 1984, puisque, dans son Message du 29 août 1984 concernant la loi sur le droit d'auteur, le Conseil fédéral indiquait à l'Assemblée fédérale :

« L'origine et la justification de la protection du droit d'auteur résident dans l'activité créatrice de l'auteur, laquelle engendre une œuvre littéraire ou artistique. [...] le droit d'auteur [présente] des éléments propres au droit de la personnalité en raison du lien qui existe entre la personne de l'auteur et son œuvre. »²⁷⁴³

La notion d'originalité continue d'avoir les faveurs des législateurs européens, puisqu'elle constitue la justification traditionnelle du droit d'auteur²⁷⁴⁴... comme – faut-il le rappeler – celle du *copyright* américain des origines²⁷⁴⁵, bien que ce dernier ait été rapidement dévoyé de son but initial. François Dessemontet critique toutefois la notion de « cachet personnel », dans la mesure où il la juge absente des œuvres de jeunesse d'un auteur, qui n'aurait pas eu le temps de développer son style²⁷⁴⁶. C'est ignorer là encore tout ce qui a été dit sur l'authenticité, une qualité accessible dès le plus jeune âge, même si elle ne se traduit pas immédiatement dans un style. Au demeurant, la création est un éternel tâtonnement, et la fixation d'un style n'est pas le signe le plus sûr d'une maturité enfin conquise : elle peut tout aussi bien s'avérer l'indice d'une facilité qui s'installe. Le processus créatif ne se démarque-t-il pas du schéma de la reproduction du même ?

On a également prétendu que la thèse personnaliste devrait être écartée en ce qu'elle « méconnaîtrait » l'utilité sociale de la création et les « attentes » du public²⁷⁴⁷. Il n'est pas certain que ce soit nécessairement le cas, mais cet « apport » n'a pas à justifier la protection : il s'agit de s'opposer à toute approche objectifiante ou immédiatement utilitaire de la création, sans pour autant n'accorder la protection qu'aux œuvres essentiellement *inutiles* au sens kantien du terme. Dès lors que la création a permis à un auteur de découvrir une part lui-même, l'œuvre qui en résulte est susceptible de transformer une partie du public²⁷⁴⁸. Le droit d'auteur, davantage qu'une protection des seuls intérêts personnels de l'auteur, est aussi un hommage

²⁷⁴² *Ibid.*, p. 115, n°166.

²⁷⁴³ FF 1984 III 177-343, p. 185.

²⁷⁴⁴ Alain Strowel, *L'œuvre selon le droit d'auteur*, dans Revue française de théorie juridique, vol. 18 (1994), pp. 79-81, cité par François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 115, note 408.

²⁷⁴⁵ Voir ci-dessus, partie 05 (« Histoire et évolution du droit d'auteur »), chap. « Les origines du *copyright* – Aux États-Unis »

²⁷⁴⁶ François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 116, n°166.

²⁷⁴⁷ *Contra* : Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 127, n°215

²⁷⁴⁸ Voir ci-dessus, chap. « L'art comme catalyseur du spectateur de l'œuvre », pp. 581 ss.

collectif à une forme de gratuité, celle qui préside au processus créatif et à l'abandon de son projet et de ses attentes initiales qu'il demande à l'auteur. À l'instar des « formulettes » psalmodiées par certains contes de fées dont François Flahault nous apprend qu'elles nous « rappellent » à la force de vie et à la présence de l'autre qui fondent notre cohérence intérieure²⁷⁴⁹, les œuvres d'art nous « rappellent » à nous-mêmes et à notre source : c'est là un don bien assez grand, sans qu'il faille lui ajouter une « nouveauté » pour lui trouver une « utilité » sociale.

La critique la plus pertinente développée contre le critère subjectif de l'originalité entendue comme marque d'authenticité porte sur l'incapacité qui serait la sienne d'opérer une claire séparation entre domaine public et biens protégeables²⁷⁵⁰. La jurisprudence montre tout d'abord que, dès lors que l'on s'inscrit en faux contre la vision romantique de l'auteur tirant son œuvre tout entière de son propre fonds, la « nouveauté » objective de l'œuvre, nécessairement partielle, ne permet pas davantage une claire distinction. C'est donc du côté des limitations du droit d'auteur plus que du contenu de l'œuvre protégeable qu'il faut chercher les clefs de cette délimitation : c'est parce qu'il est conscient de ce que l'auteur est redevable du fonds culturel dans lequel il s'inscrit que le législateur limite dans le temps et la portée le monopole accordé à l'auteur. Or le critère de l'authenticité ne présente pas de différences remarquables avec celui de la nouveauté à cet égard. Enfin, le critère de l'authenticité se complétant de celui de l'incarnation dans une forme, les œuvres authentiques se distinguent aussi par leur forme, les cas de création parallèle restant rares.

L'incarnation dans une forme (critère de la fixation)

Les enjeux de la condition

La seconde des deux principales conditions de la protection est celle de la forme. Elle aussi, comme l'authenticité, a trait au processus créatif : ce dernier n'est-il pas aussi « processus de mise en forme »²⁷⁵¹ ? Elle représente l'étape de la « remontée » postérieure à la « plongée dans l'indifférencié » et permet à l'auteur d'habiter pleinement l'expérience qu'il vit. Mais le droit d'auteur s'intéresse à protéger l'œuvre, et l'auteur à travers elle, même lorsqu'il le fait au nom de la nature très personnelle du processus créatif. La condition de la forme constitue donc l'ancrage nécessaire de la protection juridique, bien que la loi française ou la loi suisse n'évoquent pas expressément cette condition²⁷⁵². Elle entend par ailleurs exclure la protection des

²⁷⁴⁹ François FLAHAULT, *Be yourself !*, op. cit., p. 202.

²⁷⁵⁰ Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 128, note 72

²⁷⁵¹ François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 41, n°59.

²⁷⁵² Le CPI français indique toutefois, de manière très générale : « Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la *forme d'expression*, le mérite ou la destination » (art. L. 112-1 CPI) ; c'est moi qui souligne ; sur la relation existant entre cette disposition légale et l'exigence d'une forme : Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, op. cit., p. 65, n°57.

idées, censées rester « de libre parcours », selon la célèbre expression d'Henri Desbois. La distinction entre forme et idée, qui n'est pas expressément formalisée dans la loi, ne va pas de soi bien qu'il s'agisse là d'un principe fondamental du droit d'auteur que nous devons à Johann Gottlieb Fichte, voire à Nicolas de Condorcet²⁷⁵³ et que toute la jurisprudence du XIX^e siècle a repris d'un seul cœur. Agnès Tricoire la qualifie de « fiction juridique »²⁷⁵⁴ et Ivan Cherpillod la critiquait déjà sévèrement²⁷⁵⁵. Ce principe est toujours plus contesté par la doctrine, à la fois sous la pression d'entreprises désireuses de pouvoir protéger les idées à l'origine de leur avantage concurrentiel et sous l'influence des acteurs de l'« art conceptuel » soucieux de défendre leur conception dépersonnalisée de l'art. Le désir de rationalisation du processus créatif propre à certains doctrinaires en propriété intellectuelle a fait le reste.

On entrevoit ainsi assez vite que les arguments des uns et des autres, peut-être séduisants à la première lecture, nécessitent une analyse plus poussée. Ivan Cherpillod a le mérite d'exposer les incohérences auxquelles une distinction à la fois rigide et superficielle entre forme et idée pourrait conduire : « Dans certains cas, il semble juste d'interdire aussi la reproduction des idées elles-mêmes ; dans d'autres, il paraît préférable de permettre des emprunts allant jusqu'à la forme. »²⁷⁵⁶ C'est à la fixation de limites plus précises à la protection que nous allons nous consacrer à présent nos efforts.

À titre liminaire, on observe que la plupart des théoriciens personnalistes partent du projet interne de l'auteur pour définir la forme protégée, afin de mieux asseoir le lien unissant l'auteur à son œuvre. Ayant montré que la condition d'originalité, souvent objective, confondue qu'elle était avec la nouveauté, devait s'entendre dans le sens résolument subjectif d'authenticité, conformément à ce que voudrait la thèse personnaliste, il nous faut voir à présent si l'approche subjective de la condition de la forme ne devrait pas à l'inverse être comprise dans un sens objectif.

Critique du lien entre l'idée de l'auteur et la forme de l'œuvre

Afin de rendre compte de la relation subtile existant entre idées et forme protégée, Philippe Gaudrat s'est risqué à décrire le processus créatif en trois étapes successives :

- L'idée, préalable à la conception proprement dite ;

²⁷⁵³ « Le privilège accordé à l'auteur ne s'étend pas jusqu'à empêcher un autre homme d'exposer les mêmes vérités [...]. C'est donc uniquement pour les expressions, pour les phrases, que les privilèges existent. » Marie Jean Antoine Nicolas de CONDORCET, *Fragments sur la liberté de la presse* [1776], cité par Michel VIVANT, *Les Métamorphoses de l'œuvre* [a], op. cit., n°6.

²⁷⁵⁴ Agnès TRICOIRE, *Le Droit d'auteur au service de l'industrie ou la mort de l'autonomie de l'art* [a], 26, 27 et 28 septembre 2006, colloque international « Mutations des industries de la culture, de l'information et de la communication », La Plaine Saint-Denis (France), <http://www.observatoire-omic.org/colloque-icic/pdf/TricoirereTR2.pdf>, p. 4.

²⁷⁵⁵ Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., conclusion générale, pp. 183-184.

²⁷⁵⁶ *Ibid.*, p. 183.

- La *forme interne*, ou conception mentale de l'œuvre par l'auteur ; elle justifie le caractère incorporel des œuvres de l'esprit ;
- La *forme externe*, expression de la forme interne, la révèle matériellement²⁷⁵⁷.

En Suisse, certains auteurs comme Josef Kohler²⁷⁵⁸, Alois Troller²⁷⁵⁹ et Andrzej Kopff²⁷⁶⁰ ont aussi défendu la thèse d'une création qui voit l'auteur extérioriser une idée préalablement développée et mûrie dans son esprit. Josef Kohler, en 1892 déjà, avait schématisé le processus de création en plusieurs phases repris par Philippe Gaudrat, avec le dessein de définir l'objet et les conditions de la protection en s'adossant aux étapes du processus créatif²⁷⁶¹. Les quatre phases dégagées par Josef Kohler (idées, composition, représentation imaginaire, expression)²⁷⁶² et reprises sous une forme tripartite par Henri Desbois (idée, composition, expression)²⁷⁶³ offrent ainsi une analogie frappante par rapport à celles articulées par Philippe Gaudrat : la « composition » et la « représentation imaginaire » évoquent la « forme interne » chez Philippe Gaudrat, alors que l'« expression » correspond à sa « forme externe ». Ce découpage en étapes est également très proche des travaux d'un Graham Wallas dans le domaine des sciences cognitives²⁷⁶⁴.

Malgré les apparences, tous ces auteurs se focalisent sur une vision *a posteriori* du processus créatif, arrimée sur l'œuvre-produit, qui tente de faire lien avec le projet initial de l'auteur²⁷⁶⁵ ; démarche purement intellectuelle qui ne correspond pas, nous l'avons vu avec Chantal Deschamps, à la réalité des créateurs, puisque l'analyse phénoménologique nous conduit à conclure à une évolution concomitante de l'auteur, du projet et de l'œuvre²⁷⁶⁶. Dans la réalité, ces trois étapes théoriques, plutôt que de

²⁷⁵⁷ Philippe GAUDRAT, *Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit* [a], op. cit.

²⁷⁵⁸ Joseph KOHLER, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Helbing & Lichtenhahn, Stuttgart 1907, cité par Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 32.

²⁷⁵⁹ Alois TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, 2 vol., Helbing & Lichtenhahn, Bâle / Francfort 1983 [1959], vol. I, pp. 351 ss, cité par Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 128, note 76.

²⁷⁶⁰ Andrzej KOPFF, *Die abhängigen Urheberrechte im Lichte der Theorie über den Schichtenaufbau des Werkes*, dans *Homo creator, Festschrift für Alois Troller*, Paul Brügger / Helbing & Lichtenhahn, Bâle / Stuttgart 1976, pp. 135 ss, cité par Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 38, n°45.

²⁷⁶¹ Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 32.

²⁷⁶² Joseph KOHLER, *Das litterarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz – Ein juristisch-ästhetische Studie*, J. Bensheimer, Manheim 1892, cité par Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 32.

²⁷⁶³ Henri DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, op. cit., p. 11, cité par Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 32.

²⁷⁶⁴ Graham WALLAS, *The Art of Thought*, Hartcourt Brace, New York 1926; voir ci-dessus, chap. « La création, un phénomène très étudié », pp. 535 ss.

²⁷⁶⁵ « Les étapes (idée, composition, expression) que l'on croit déceler sont fictives en tant qu'elles sont déterminées à partir du résultat concret produit par l'artiste » (Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 36, n°43).

²⁷⁶⁶ Voir ci-dessus, chap. « L'Art comme catalyseur de l'auteur – Une expérience qui transforme et révèle », pp. 539 ss, p. 550.

décrire des phases successives, peuvent mûrir de concert dans l'intime de l'auteur. Tout au plus admettra-t-on un séquençage dans les processus où la réalisation de l'œuvre consiste à appliquer un schéma directif : le sculpteur qui réalise un volume en partant de projets dessinés, ou le réalisateur de cinéma qui s'appuie sur un scénario. Pourtant, même dans ces cas, la réalisation de la sculpture comme le tournage du film permettent de constater que « forme interne » et « forme externe » telles que les entend Philippe Gaudrat sont indissociables durant tout le processus d'élaboration de l'œuvre : elles se précisent l'une par l'autre, par tâtonnements, sous peine de ne plus remplir la condition de liberté d'exécution propre à la protection – qu'elle soit implicitement contenue dans l'originalité subjective ou érigée en condition spécifique. Michel Vivant admet clairement cet état de fait, et le caractère artificiel du découpage :

« Si l'œuvre n'existe que se faisant, si elle n'est pas dissociable de sa réalisation, ces deux temps [forme interne, forme externe] paraissent bien convenus. Et je rejoindrai volontiers Alain disant que l'idée "vient (à l'auteur) à mesure qu'il fait" et qu'il est ainsi "spectateur aussi de son œuvre en train de naître", celui-ci ajoutant même avec une cruelle sévérité : "Toutes les fois que l'idée précède et règle l'exécution, c'est l'industrie" »²⁷⁶⁷.

C'est là presque mot pour mot ce qui a été dit du processus créatif et les réflexions d'Alain sur « l'industrie » ressemblent étrangement aux conclusions que je prends à propos du critère de la destination de l'œuvre et de sa nécessaire liberté d'exécution²⁷⁶⁸.

Processus itératif – autrement dit fait de tâtonnements successifs, comme aveugle du résultat cherché –, plongée dans l'indifférencié, chaos créateur, changements incessants de l'auteur et de son idée initiale, liberté fondamentale de l'auteur qui le fonde comme *sujet* : tous ces aspects du processus créatif conduisent à *reconnaître dans l'œuvre l'imbrication inextricable de l'idée dans la forme*, mais aussi *l'impossibilité d'établir une filiation linéaire et objective entre le projet initial de l'auteur* – qu'il s'agisse d'une idée ou des pulsions qui le motivent à créer – *et l'idée intégrée dans l'œuvre*. Le processus créatif induit en d'autres termes le passage à un autre *niveau de réalité*. C'est du reste ce qui explique que l'œuvre, lorsque l'auteur l'estime achevée, à la fois porte une part de lui et s'en détache. J'ai parlé plus tôt de chrysalide, et cette image traditionnelle fait partie de celles qui expriment le mieux l'idée d'un passage à un niveau de réalité supérieur²⁷⁶⁹. Bien que le lien entre (l'idée de) l'auteur et (la forme de) l'œuvre ne soit plus reconnu comme immédiat et objectif, cette approche du processus créatif ne sonne pas pour autant le glas de la thèse personnaliste puisque le lien avec l'auteur reste assuré par la condition subjective d'originalité. Si le critère de la forme s'avère nécessairement *objectif*, cela ne contrevient pas à la nécessité de juger de l'originalité de l'œuvre par référence au

²⁷⁶⁷ Michel VIVANT, *Les Métamorphoses de l'œuvre* [a], op. cit., n°5, note 14 ; ALAIN, *Système des Beaux-Arts*, livre 1^{er}, chap. VII.

²⁷⁶⁸ Voir ci-dessous, chap. « L'Unité de l'art à l'épreuve du processus créatif », pp. 626 ss ; chap. « La liberté d'exécution », p. 683 ss.

²⁷⁶⁹ Voir ci-dessus, p. 710.

processus créatif, bien au contraire : l'adoption d'une théorie *subjective* en matière d'originalité permet seule de pleinement distinguer ce critère de celui de la forme : comment sinon reconnaître l'originalité autrement qu'à travers la forme, ce qui reviendrait à confondre les deux conditions classiques de la protection ? Par ailleurs, l'analyse éthique nous a permis de constater l'existence de plusieurs niveaux de réalité au sein de la personne²⁷⁷⁰. Si la plongée dans l'indifférencié du « senti-cru-pensé » propre au processus créatif nous ramène non seulement à notre source d'expérimentation du monde en tant qu'espèce vivante, mais aussi à l'ancrage même de notre autonomie personnelle, alors il n'est guère étonnant que l'œuvre marque un lien avec l'auteur qui déborde sa part consciente et volontaire et dise souvent de lui davantage qu'il n'en sait sur lui-même.

Cette imbrication étroite *de la forme et de l'idée dans l'œuvre* est confirmée par ce que j'appellerais la « forme intérieure » de l'œuvre ou de ses éléments, à distinguer de la « forme interne » évoquée par Philippe Gaudrat. L'analyse classique des différences entre les œuvres littéraires et artistiques d'une part, et les œuvres scientifiques d'autre part, a souvent abouti à la conclusion que la forme des premières serait recherchée pour elle-même, indépendamment de leur fond, alors que celle des œuvres scientifiques serait essentiellement commandée par le fond²⁷⁷¹. Pour François Dessemontet par exemple, « l'originalité du fond est la marque des esprits scientifiques, comme l'originalité de la forme est celle des esprits artistiques »²⁷⁷². Les choses ne semblent toutefois pas si simples : les œuvres littéraires et artistiques intègrent au contraire d'une manière particulièrement étroite forme et fond, mais sur un autre plan que ne font les œuvres scientifiques ; prétendre le contraire reviendrait à admettre que les œuvres littéraires et artistiques sont dépourvues de fond, ou que le contenu n'occupe chez elles qu'une place très secondaire ! Une telle vision relève d'une approche esthétisante aujourd'hui dépassée.

À entendre certains écrivains, la forme ne leur sert pas seulement à exprimer un sens conceptuel, susceptible d'être analysé de manière objective ; elle leur permet aussi de transmettre une information plus subtile, qui se transcrit en termes de rythme et de sonorité, que je propose de nommer, faute de mieux, la « forme intérieure » du texte – dans un sens fort différent de ce qu'est la « forme interne » pour Philippe Gaudrat, puisqu'il s'agit bien ici d'une dimension de la *forme* de l'œuvre divulguée, et non d'une *conception mentale* de l'auteur antérieure à la forme²⁷⁷³. Cette « forme intérieure » s'attache au rythme et à la sonorité des phrases, et fait du texte une forme

²⁷⁷⁰ Voir ci-dessus, partie 03 (« Recherche d'une fondation éthique »), chap. « La personne, si mal connue », pp. 113 ss.

²⁷⁷¹ François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 42, n°60.

²⁷⁷² *Ibid.*, p. 107, n°158.

²⁷⁷³ Voir ci-dessus, chap. « Critique du lien entre l'idée de l'auteur et la forme de l'œuvre », pp. 737 ss ; Philippe Gaudrat utilise du reste l'expression « forme interne » et non pas « forme intérieure » ; il entend par « forme interne » les idées non encore exprimées par l'auteur, l'intériorité visée étant alors celle de l'artiste, et non celle de la forme même de l'œuvre, visée dans son expression concrète.

de chant incantatoire ; tout en orientant la signification rationnelle et littérale du texte, son message va très au-delà, dans une dimension bien décrite par Charles Pépin lorsqu'il affirme que l'émotion esthétique donne à « connaître par son corps »²⁷⁷⁴ ; une chanson peut ainsi être « comprise » par celui qui l'écoute quelle que soit la connaissance qu'il a de la langue du chanteur. À l'instar de ces chants capables de briser le cristal, elle peut parfois atteindre le lecteur dans son tréfonds comme les formulettes des contes, ou le rappeler aux serments qu'il s'était fait enfant, se révélant ainsi parente des *énonciations performatives* dont le propre est d'accomplir ce qu'elles disent²⁷⁷⁵. Complémentaire de la « forme extérieure », c'est elle qui, pour les œuvres artistiques et littéraires, porte le sens profond de l'œuvre, contrairement aux œuvres scientifiques dont le sens se transmet par la « forme extérieure », autrement dit tient avant tout au sens rationnel du texte, à l'aune duquel un synonyme en vaut un autre. La notion de « forme intérieure » permet de comprendre pourquoi tel texte bouleverse un lecteur alors qu'un autre texte, similaire quant au fond, n'aura pas le même écho en lui. Elle montre en quoi le simple « démarquage » d'une phrase en change déjà le sens profond qu'elle peut avoir pour le lecteur. C'est aussi la « forme intérieure », qui, mieux que toute autre aspect d'un texte de fiction, peut rendre compte de son *ontologique polysémie*. C'est elle qui explique le mieux le caractère indissociable de la forme et de l'idée dans l'œuvre. Agnès Tricoire qualifie de son côté l'œuvre de « combinatoire indémêlable entre forme et idée »²⁷⁷⁶.

Une abstraction considérée à contresens

Pour Ivan Cherpillod, les découpages chronologiques du processus créatif que je viens d'évoquer entendent souvent fonder une analyse subjective de la création en montrant que « l'œuvre est le fruit d'une expression consciente, maîtrisée et dirigée par l'auteur »²⁷⁷⁷. C'est un fait que l'approche classique, soucieuse d'établir un lien entre l'œuvre et son auteur, entend le faire en supposant un lien direct entre l'*idée* de l'auteur et la *forme* de l'œuvre : c'est donc à l'en croire la *forme* qui serait la marque de l'*originalité* de l'auteur. Mais n'en est-il pas aussi de ses idées et de son style, qui ne sont pourtant pas protégés ? En outre, forme et idée ne sont-ils pas inextricablement liés dans l'œuvre achevée, ainsi que nous venons de le voir ? Pour ces raisons, un pan de la doctrine met en question la distinction forme / idées, et en déduit que les idées ne sont pas « de libre parcours », justifiant l'approche des praticiens de l'AC qui revendiquent la protection de leurs concepts²⁷⁷⁸. Que faut-il en penser ?

²⁷⁷⁴ Charles PEPIN, *Quand la Beauté nous sauve*, op. cit.

²⁷⁷⁵ John Langshaw AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, op. cit. ; voir ci-dessus, partie 02 (« De l'épistémologie du droit à la méthodologie transdisciplinaire »), chap. « Critique du droit – La notion de droit », pp. 70 ss.

²⁷⁷⁶ Agnès TRICOIRE, *L'Art et l'idée* [a], op. cit.

²⁷⁷⁷ Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 128.

²⁷⁷⁸ Notamment : Éric ANDRIEU, *Les Idées ne sont pas de libre parcours* [a], dans *Légipresse*, n°259 (mars 2009), pp. 23-24 ; http://www.avocats-pechenard.com/dl_pdf.php?id=83&section=article ; Agnès TRICOIRE, *L'Art et l'idée* [a], op. cit. ; Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit.

Chantal Deschamps a montré à travers le phénomène du *chaos créateur* qu'il n'était pas nécessaire de recourir à des thèses d'inspiration rationaliste pour défendre l'approche personnaliste, bien au contraire : le processus créatif *engage* l'auteur autant qu'il le *dépasse*. Si ces découpages ont bien pour ambition de limiter le champ de la protection à la forme tout en soulignant les relations étroites qui unissent l'auteur à son œuvre, ils pèchent sur un point capital en abordant à contresens la distinction entre forme et idées. À assimiler les idées à ce qui habite l'auteur *avant* qu'il n'élabore son œuvre, ils oublient qu'une idée ne peut se *transmettre* qu'à travers une forme, ce que nous rappelle fort justement Ivan Cherpillod²⁷⁷⁹. Toutefois, lorsque l'avocat lausannois affirme : « l'idée est communiquée par la forme donnée »²⁷⁸⁰ afin d'asseoir sa thèse d'une protection effective de l'idée par le droit d'auteur, et donc de critiquer la limitation classique du champ de protection à la seule forme, il commet la même erreur de base que les auteurs qu'il entend pourtant critiquer en entendant établir un lien entre l'idée de l'auteur et la forme de l'œuvre. C'est ainsi qu'il omet de préciser que l'*idée* transmise par l'œuvre n'est pas nécessairement celle que l'auteur aurait désiré exprimer, soit que, venant des profondeurs qui l'habitent, elle le dépasse et lui échappe, soit que les moyens d'expression utilisés lui imposent leurs limites. On raconte que lorsque Jules II, rendant une visite impromptue à Michel-Ange Buonarroti sur le chantier de la chapelle Sixtine, lui fit compliment de la décoration du plafond en cours d'exécution, le peintre lui répondit en substance : « Ça ne vaut rien ! Si vous voyiez ce que je vois... »²⁷⁸¹ Tel est le déchirement fondamental de tout auteur visionnaire : l'œuvre doit atteindre un degré suffisant de complexité formelle pour pouvoir *transmettre* ce qu'il porte en lui, mais plus la forme gagne en précision, plus s'estompe la perfection virtuelle qu'il pouvait entrevoir en début d'exécution, le laissant souvent dans une profonde insatisfaction, comme peut l'être celui qui se réveille avec la certitude d'avoir fait un rêve fabuleux mais dont il ne se souvient déjà plus vraiment.

Trois sortes d'idées

Les théories critiques du langage et de la communication confirment cette disparité entre le message interne de l'émetteur, la forme effective de son message et celle que son destinataire perçoit. *Trois types différents d'idées semblent donc intéresser la création*, que la doctrine peine à distinguer : celles correspondant au « projet initial » que l'auteur porte en lui, que le processus d'élaboration malmène passablement et transforme tout du long ; les idées portées par la forme de l'œuvre, inextricablement liées à elle ; l'ensemble des idées que le public nourrit à partir de l'œuvre divulguée. Nous allons voir si la thèse classique consistant à limiter la protection à la seule *forme* de l'œuvre, ne s'accommode pas en définitive d'une protection de l'*idée* véhiculée par l'œuvre, ou si la thèse d'une protection de l'idée telle que défendue par Ivan

²⁷⁷⁹ Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 73, n°118 ss.

²⁷⁸⁰ *Ibid.*, p. 33, n°38

²⁷⁸¹ Giorgio Vasari ? xxx

Cherpillod ou les tenants de l'AC peut prétendre à la protection d'un autre type d'idées que celles portées par la forme de l'œuvre.

S'il s'agissait de protéger les idées non encore exprimées de l'auteur, cette précaution serait vaine, puisque, par définition, les « manifestations de l'esprit qui n'ont pas franchi le seuil de l'expression »²⁷⁸² ou les « pensées non exprimées »²⁷⁸³ n'existent qu'à l'état embryonnaire et ne sont à ce titre pas *transmissibles*. La forme seule rend les idées « tangibles et matériellement perceptibles »²⁷⁸⁴, si bien que *la forme de l'œuvre c'est l'idée*. À ce titre, il ne faut pas voir l'expression comme la dernière étape de la création²⁷⁸⁵, mais comme son soutien continu, qui peut même parfois accompagner l'auteur dans sa plongée dans l'indifférencié, matérialisant ses nombreux tâtonnements. Conception et formalisation progressive de l'œuvre se mêlent alors étroitement et s'influencent mutuellement durant tout le processus d'élaboration, à tel point que l'expression de « projet initial » utilisée jusqu'ici par commodité suggère sans doute quelque chose de trop élaboré déjà, qu'il serait préférable de comprendre comme toute *impulsion* qui pousse l'auteur à créer, se limitât-elle à un affect très vague, à l'envie sourde et lancinante d'aller chercher une forme. De la sorte, une esquisse, un plan, un brouillon, pour autant qu'ils atteignent un degré structurel suffisant pour permettre la *transmission* de « l'idée » qui les porte, sont susceptibles d'être protégés. Si donc on entend inclure dans la forme protégée la succession des scènes d'un roman publié, autrement dit sa trame, on ne voit pas au nom de quoi refuser la protection à la description similaire de la trame d'un roman à *venir*, fût-elle exposée par oral au coin d'une table. Mais si la forme de la trame exposée s'avère trop imprécise ou générale, elle n'a pas plus à être protégée en tant que projet d'une œuvre à venir qu'en tant que résumé d'une œuvre que son auteur juge en état d'être divulguée. La protection de la trame d'un roman en cours d'élaboration s'arrête toutefois à sa forme *présente* et non à *venir* ; il serait inconvenant de la protéger sous les formes plus élaborées qu'elle ne connaîtra peut-être jamais, sous peine de nier l'importance cruciale, surprenante et déformante du processus créatif dans l'expression de l'œuvre. Il est en effet essentiel de comprendre que la protection du droit d'auteur ne peut porter que sur une prestation *effective* et non pas *potentielle* de l'auteur. Ce n'est pas tant par souci de préserver un domaine public en contrepois du monopole accordé – lequel du reste ne figure pas expressément dans la LDA ou le CPI²⁷⁸⁶ –, mais le constat qu'une protection d'idées non formalisées n'a tout simplement pas de raison

²⁷⁸² Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 33, n°38.

²⁷⁸³ Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 33, chap. « L'idée exprimée et la pensée non exprimée » ; p. 18, n°3.

²⁷⁸⁴ S.A.C.D. (SOCIÉTÉ DES AUTEURS ET COMPOSITEURS DRAMATIQUES), *Définition de l'œuvre* [a], <http://www.sacd.fr/Le-statut-juridique.88.0.html>.

²⁷⁸⁵ *Contra* : « ce n'est pas seulement la dernière étape de la création, l'expression, qui est pertinente » (Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 34, n°39).

²⁷⁸⁶ Le souci du domaine public semble toutefois relever de la nature conventionnelle du droit, et de la nécessité pour l'auteur de confier la protection de ses intérêts à la collectivité ; on en déduit que cette dernière n'accordera pas de monopole à quiconque sans y trouver un intérêt propre.

d'être. L'absence de forme des idées de l'auteur préalables à l'élaboration de l'œuvre renforce du reste la thèse d'une absence de lien immédiat entre l'idée de l'auteur et la forme de l'œuvre : comment admettre un tel lien si l'idée de l'œuvre est inextricablement liée à la forme de cette dernière et que, par ailleurs, l'impulsion initiale de l'auteur est une idée sans forme ?

Il ne peut pas davantage y avoir opposition entre idée et forme au sein d'une œuvre où elles sont inextricablement liées. L'opposition classique entre forme et idée ne vise donc que le troisième type d'idées, celles qui peuvent être déduites d'une œuvre déjà formalisée et par lesquelles le public tend à s'approprier l'œuvre. Ce sont ces idées-là dont il convient de défendre la libre circulation, à certaines conditions. Hans Otto De Boor a souligné que la représentation personnelle que chacun se fait d'une œuvre à partir des multiples impressions qu'elle lui évoque lui appartient en propre, et qu'il doit pouvoir l'utiliser²⁷⁸⁷. Cette approche s'inscrit en droite ligne de toute la pensée esthétique des romantiques allemands, en particulier Johann Wolfgang von Goethe, Friedrich Wilhelm Joseph von Schelling et Johann Gottlieb Fichte.

Il nous faut examiner à présent s'il existe un lien entre l'idée de l'œuvre et celles que le public peut en tirer dans sa démarche d'assimilation. Il semble que, s'il existe, il soit aussi subtil que celui qui réside entre l'idée de l'auteur et celle portée par l'œuvre : le caractère inextricable de l'idée et de la forme dans l'œuvre fonde sa polysémie, et cette polysémie s'oppose ontologiquement à l'admission d'un lien immédiat entre l'œuvre et les idées que l'on peut en tirer par abstraction, dès lors que l'auteur n'a pas conscience de toutes les interprétations qui peuvent être tirées de sa propre production, même après l'avoir achevée et montrée au public. Cette absence de lien direct et immédiat justifie d'une part que l'on distingue ces deux types d'idées, d'autre part que l'on limite la protection à la seule idée / forme de l'œuvre. Prétendre le contraire, c'est prétendre que l'idée reçue par le public est identique à celle contenue dans l'œuvre – au prix des théories critiques de la réception de l'œuvre²⁷⁸⁸ et de la connaissance. Ce n'est pas anodin, et c'est peu défendable.

Les idées dont il convient d'assurer la libre circulation sont donc celles *tirées* d'une œuvre existante que l'on aurait, en la résumant – autrement dit par abstraction –, rendue générale au point de la dépouiller de sa forme concrète : ainsi serait-il choquant de considérer que William Shakespeare eût pu en son temps obtenir à travers l'écriture de *Roméo et Juliette* une exclusivité sur toutes les histoires d'amour contrecarrées par des rivalités familiales ou sur tous les récits de coups de foudre, voire sur toutes les histoires traitant de relations humaines. De même est-il inconvenant que Joanne Kathleen Rowling puisse prétendre à un monopole sur les récits se déroulant dans le cadre d'une école de sorciers, ce qu'elle semble pourtant pouvoir revendiquer avec

²⁷⁸⁷ Hans Otto DE BOOR, *Urheberrecht und Verlagsrecht – Ein Beitrag zur Theorie der ausschliesslichen Rechte*, xxx, Stuttgart 1917, cité par Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., pp. 41-42, n°52.

²⁷⁸⁸ Fort bien résumée par l'expression « l'œuvre propose sans imposer » d'Agnès Tricoire (Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. xxx).

succès dans les faits. Il s'ensuit que l'on ne peut pas tirer argument du caractère indémêlable de la forme et de l'idée de l'auteur dans l'œuvre qu'il a créée pour affirmer le non-sens qu'il y a à opposer l'idée / forme de l'œuvre protégée et les idées qui pourraient en être abstraites par le public, de « libre parcours »²⁷⁸⁹.

Cette précision d'importance ôte un argument sérieux aux tenants d'une protection générale des idées fondée sur la constatation d'une imbrication inextricable de la forme et des idées au cœur même de l'œuvre produite. Cette mixtion au sein de l'œuvre n'empêche en effet ni de distinguer l'idée / forme de l'œuvre des idées qu'elle peut suggérer au public, ni ne contredit la nécessité d'exclure ces dernières de la protection afin d'éviter que le périmètre de protection excède par trop le cadre de l'œuvre réellement produite par l'auteur²⁷⁹⁰.

Deux formes d'abstraction

S'il existe trois types d'idées successives intéressant la création – celles de l'auteur, de l'œuvre et du public – et si seule la seconde peut ou doit être protégée, alors il s'impose de délimiter le champ de protection sur deux fronts différents. Le premier front se situera nécessairement entre l'impulsion initiale de l'auteur et l'idée / forme de l'œuvre, le second étant circonscrit entre cette dernière et les abstractions – ou interprétations – que l'on peut en tirer. La difficulté de l'entreprise tient avant tout à ce que la protection du droit d'auteur s'étend *au-delà de la forme exacte* de l'œuvre, si bien que la contrefaçon ne se limite pas aux seules copies serviles ou « presque serviles », mais aussi à l'*imitation*, cette « reproduction approximative »²⁷⁹¹ qui « ne fait qu'emprunter les éléments *essentiels* de l'œuvre, en les déguisant, en les diluant ou en les déformant, pour en faire une œuvre dont l'imitateur prétend être le seul auteur »²⁷⁹². Robert Plaisant affirmait qu'« il y a contrefaçon aussi longtemps que les *traits caractéristiques* de l'œuvre contrefaite se retrouvent dans l'œuvre

²⁷⁸⁹ *Contra* : « En retenant que seules les formes originales sont protégeables, les juristes font comme si les œuvres n'étaient pas précisément une combinatoire indémêlable entre forme et idée » (Agnès TRICOIRE, *L'Art et l'idée* [a], op. cit. ; voir aussi Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., notamment pp. 117-118).

²⁷⁹⁰ Contrairement à ce que prétend Philippe Gaudrat, il ne semble en effet pas que les idées ne soient pas protégeables parce que, générales et abstraites, elles seraient dépourvues de caractère personnel (Philippe GAUDRAT, *De l'enfer de l'addiction au paradis des toilettes* [a], op. cit., p. 131), mais parce que l'idée abstraite de la forme dépasse le périmètre de cette dernière. Nous retrouvons ici un effet de la confusion des deux types d'abstraction : si l'on peut suivre Philippe Gaudrat s'agissant de l'abstraction en amont du processus créatif, on ne peut souscrire à l'application qu'il en fait à *contresens* à propos de l'abstraction de concepts tirés de l'œuvre déjà formée ; voir ci-dessous, chap. « L'œuvre comme mesure de l'éventuelle reprise », pp. 751 ss.

²⁷⁹¹ François BESSE, *La Répression pénale de la contrefaçon en droit suisse : avec présentation des droits français et allemand et aperçu de droit international*, op. cit., p. 24.

²⁷⁹² Kamen TROLLER, *Précis du droit suisse des œuvres immatérielles*, op. cit., p. 322 ; c'est moi qui souligne ; voir ci-dessus, chap. « Le plagiat, repoussoir de l'originalité », pp. 705 ss.

contrefaisante »²⁷⁹³. Reste à déterminer ce qu'il convient de retenir parmi les « éléments essentiels » ou les « traits caractéristiques » d'une œuvre.

□ *Le processus d'abstraction dégressif*

Puisqu'il n'est pas possible d'établir de lien direct et rationnel entre l'*idée* initiale de l'auteur et la *forme* de l'œuvre, et puisque la notion même de *forme* suggère un critère de nature objective, perceptible par les sens, il semble préférable d'aborder l'œuvre sous l'angle de sa *mise en forme*, de son passage à la forme externe, à travers l'analyse de la structure que lui apportent ses *moyens d'expression*, et non en regard d'une idée – d'une « forme interne » diraient Andrzej Kopff²⁷⁹⁴ et Philippe Gaudrat – condamnée soit à se confondre avec la forme sitôt exprimée, soit à demeurer parmi les « manifestations qui n'ont pas franchi le seuil de l'expression »²⁷⁹⁵. Il s'agit là en quelque sorte de l'aspect objectif, visible de tous, du processus créatif, que le critère de l'originalité aborde sous l'angle subjectif. Certes, lorsque l'auteur s'attelle à la réalisation de l'œuvre, il vient souvent à elle avec davantage qu'un mot ou qu'une touche colorée. Mais aborder l'œuvre en formation sous l'angle des moyens d'expression et de leur structuration progressive est sans doute la meilleure manière de reconnaître que les finalités poursuivies par le sujet qu'est l'auteur lorsqu'il s'attaque à la réalisation d'une œuvre (la *cause finale* de l'œuvre dirait Aristote) seront dans la plupart des cas transformées au cours de son exercice d'expression (la *cause formelle* de l'œuvre).

Les développements littéraires relatifs à la notion de « démarquage » vont nous permettre de situer la limite souhaitable de la protection. L'analyse sous l'angle des moyens d'expression a ceci de particulier que les moyens élémentaires d'expression sont si généraux et abstraits qu'ils ne peuvent, en eux-mêmes, transmettre quelque message personnel que ce soit. C'est le lien entre ces éléments qui le peut, si bien qu'il va s'agir de déterminer à partir de quel niveau de complexité structurelle un texte, une peinture, une musique peuvent être considérés comme suffisamment individualisés pour pouvoir être protégés. Le mot, en soi, ne porte qu'un concept impersonnel²⁷⁹⁶ ; les affects qui lui sont éventuellement attachés restent liés à l'expérience de celui qui l'appréhende, si bien qu'il reste incapable, à lui seul, de permettre leur *communication* de l'auteur au public ou d'opérer la *transmission* d'un point de vue. Il s'agit en somme d'une simple donnée qui ne peut donc faire œuvre à elle seule. La phrase véhicule déjà un message par la relation qu'elle établit entre les différents termes qui la composent ; elle est porteuse d'information et de jugements. La structure apportée par la succession

²⁷⁹³ Robert PLAISANT, *Le Droit des auteurs et des artistes exécutants*, op. cit., p. 168, § 403, cité par Hélène MAUREL-INDART, *Du Plagiat*, op. cit., p. 116 ; c'est moi qui souligne.

²⁷⁹⁴ Andrzej KOPFF, *Die abhängigen Urheberrechte im Lichte der Theorie über den Schichtenaufbau des Werkes*, dans *Homo creator, Festschrift für Alois Troller*, Paul Brügger / Helbing & Lichtenhahn, Bâle / Stuttgart 1976, pp. 135 ss

²⁷⁹⁵ Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 33, n°38.

²⁷⁹⁶ Philippe GAUDRAT, *De l'enfer de l'addiction au paradis des toilettes* [a], op. cit., p. xxx.

de plusieurs phrases permet d'aller plus loin, et de leur conférer un véritable sens par une mise en contexte. En d'autres termes, là où un mot isolé ne peut rien transmettre d'une personne, un texte structuré offre une complexité suffisante pour permettre l'expression (partielle) d'une personnalité. Pour Jean-François Malherbe, Johannes Eckhart ne dit pas autre chose : pour le Maître rhénan, c'est l'« *interanimation* des phrases qui construit le sens. Cela signifie qu'à elle seule, aucune phrase isolée n'est assez forte pour se constituer en vecteur vers ce qu'elle tente de désigner et que, par conséquent, c'est dans l'ensemble discursif auquel elle appartient que chacune des phrases, provoquant la mise en mouvement de chacune des autres, reçoit des autres sa signifiance. »²⁷⁹⁷ Un roman n'est donc pas qu'une suite de phrases prises pour elles-mêmes ; il s'identifie aussi à travers son scénario – pièce maîtresse de la construction de l'œuvre –, ainsi que par le monde fictionnel qu'il dévoile et la manière dont ses personnages interagissent ; ceux-ci sont à leur tour identifiés par leur nom, leur profil psychologique et leur rôle dans l'histoire. On pourrait tenir un discours similaire pour une peinture ou un film : la touche de peinture, une couleur isolée, ne sont que des *moyens* élémentaires d'expression, qui, apposés à côté d'autres touches, construisent un rapport, un contraste, une harmonie, puis un sujet – figuratif ou non –, lui-même mis en contexte par une construction où chaque élément influence tous les autres.

Appelons donc « *dégressif* » le processus d'abstraction propre aux *moyens d'expression* effectué au cours du processus créatif jusqu'à l'obtention de l'œuvre formalisée, qui voit l'auteur partir de mots impersonnels pour construire des phrases, puis une structure suffisamment élaborée à même d'exprimer ce qui l'habite.

□ *Le processus d'abstraction progressif*

Il reste à déterminer la seconde frontière, sise en aval de l'œuvre formalisée, du périmètre de protection. Autrement dit, jusqu'où peut-on attribuer à l'auteur la paternité des idées que l'on peut *déduire* de l'œuvre ? À l'inverse du premier processus d'abstraction, partant des idées portées par la forme de l'œuvre, le second va mener vers des idées de plus en plus générales et abstraites. Appelons donc « *processus d'abstraction progressif* » le processus d'abstraction qu'il est possible d'opérer à partir de l'œuvre divulguée, conduisant à des abstractions toujours plus importantes, et qui, de la succession des scènes composant le scénario, passe à un résumé de l'œuvre, puis à un inventaire des thématiques abordées par l'auteur avant d'ouvrir sur les thèmes universels qu'elles illustrent. C'est cette frontière qui semble la plus redoutable à fixer.

En revendiquant la protection de l'idée de Joseph Kosuth illustrée par sa série *One and Three*, consistant en la juxtaposition d'un objet, de sa représentation photographique et de sa définition reprise d'un dictionnaire, Éric Andrieu ne semble pas s'apercevoir qu'il ouvre ainsi la boîte de Pandore²⁷⁹⁸. À vouloir ainsi protéger les concepts – auxquels, je le lui accorde volontiers, se limite l'essentiel de l'apport des plasticiens de

²⁷⁹⁷ Jean-François MALHERBE, *Tendre l'oreille à l'inouï*, op. cit., chap. IV, « Eckhart », pp. 125-153, p. 129 ; c'est l'auteur qui souligne.

²⁷⁹⁸ ÉRIC ANDRIEU, *Les Idées ne sont pas de libre parcours* [a], op. cit., p. 24.

l'AC – il ouvre la voie à la condamnation de Joseph Kosuth lui-même pour contrefaçon de *La Trahison des images* de René Magritte (1952)²⁷⁹⁹ dont sa série des *One and Three* ne propose après tout qu'une laborieuse et pâle resucée. Cette série pourrait même ne constituer qu'une illustration studieuse et dépourvue d'imagination des leçons des manuels scolaires philosophiques de base en matière de représentation. Elle n'offre d'intérêt artistique particulier dans *aucune* de ses expressions concrètes tant cette *expression formelle* est pauvre (la représentation photographique d'un objet, l'objet lui-même et la photographie de sa définition dans le dictionnaire exposés côte à côte), au point que chacune d'entre elles épuise le genre et fait des suivantes de simples redites plutôt faciles. Les *One and Three* prennent ainsi une chaise pour exemple, mais l'application à une chaussure, à une voiture ou à un saladier n'apporterait rien de plus. Ici, certes, la pauvreté de l'expression formelle tient pour beaucoup à la pauvreté de l'idée qu'elle illustre ; mais lorsque tel n'est pas le cas, protéger l'idée interdirait rapidement toute expression créative postérieure. Sitôt sortis de la protection de la forme, rien n'arrêterait l'étendue du monopole accordé, et les créateurs – ou ceux qui s'y essaient – s'en trouveraient les premières victimes. On comprend bien le travail passionnant que cela donnerait à Éric Andrieu et ses confrères du Barreau, mais est-ce là une raison sérieuse pour menacer à brève échéance toute possibilité de création ? Éric Andrieu ne propose en effet aucun critère permettant de limiter la protection des idées qu'il appelle de ses vœux. Et pour cause, puisque cette question s'avèrerait autrement plus complexe que celles posées par la protection de la forme.

❑ *Application à « Paradis »*

Observons à présent de plus près ces œuvres où le concept du plasticien domine une mise en forme réduite à sa plus simple expression. « Paradis » de Jakob Gautel me fournira là encore un excellent exemple. Là où le Tribunal de Grande Instance de Paris avait admis l'originalité en référence à la notion très critiquable de « style artistique » de l'auteur²⁸⁰⁰, la Cour d'appel de Paris, confirmée par la Cour de Cassation, a déduit l'originalité de *Paradis* des *choix* du plasticien portant sur une police de caractère utilisée par l'administration au XIX^e siècle, mais aussi concernant le lieu de son intervention²⁸⁰¹. La Cour de Cassation française, dans son arrêt du 13 novembre 2008, admet pour *Paradis* la qualification d'œuvre protégée en lui reconnaissant expressément une forme qui outrepassa de ce fait la simple inscription du terme en question :

« l'œuvre litigieuse ne consiste pas en une simple reproduction du terme "Paradis", mais en l'apposition de ce mot en lettres dorées avec effet de patine et dans un graphisme particulier, sur une porte vétuste, à la serrure en forme de croix, encadrée dans un mur décrépi dont la peinture s'écaille, que cette *combinaison* implique des choix esthétiques traduisant la personnalité de l'auteur ; de ces constatations et appréciations souveraines faisant ressortir que l'approche

²⁷⁹⁹ Il s'agit de la célèbre représentation picturale d'une pipe au-dessous de laquelle une plaque avertit : « Ceci n'est pas une pipe ».

²⁸⁰⁰ TGI Paris, 3^{ème} ch., 23 novembre 2005, D. 2006 n°15 pp. 1051 ss

²⁸⁰¹ CA Paris, 4^{ème} ch., sect. A, 28 juin 2006, J. Gautel c/ B. Rheims et autres, n°05-24222, dans Communication Commerce électronique, 2006, n° 9 (septembre 2006), commentaires, § 120, p. 30

conceptuelle de l'artiste, qui consiste à apposer un mot *dans un lieu particulier en le détournant de son sens commun*, s'était formellement exprimée dans une réalisation matérielle originale, la cour d'appel en a à bon droit déduit que l'œuvre bénéficiait de la protection du droit d'auteur. »²⁸⁰²

Que pourrait-il y avoir de choquant dans cette approche de la Cour de Cassation ? Les choix de Jakob Gautel portant sur l'inscription « Paradis » (choix d'une police de caractères utilisée par l'administration au XIX^e siècle, exécution manuelle des lettrines et choix de l'emplacement) semblent tous déductibles de la représentation formelle de l'œuvre. Tant que le choix du plasticien se matérialise dans la forme de l'œuvre, l'analyse des juges demeure très classique. Le point surprenant de leur approche réside dans la prise en considération, dans le critère de la « forme originale », du *contexte* de l'inscription, donnant à croire que l'approche conceptuelle du plasticien visant à détourner la signification d'un lieu par l'apposition d'une inscription serait inscrite dans la forme. Or le *contexte* de l'inscription, essentiel pour comprendre son aspect *décalé*, n'a pas à être inclus dans la forme de *Paradis*, sous peine d'instaurer une dangereuse indétermination du contour protégé. Comme le fait très justement remarquer Philippe Gaudrat, il s'ensuit une singulière indétermination de l'œuvre :

« Une inscription simplement apposée détermine l'appropriation intellectuelle d'un environnement préexistant. [...] l'auteur n'est pour rien dans la vétusté de la porte, la serrure en forme de croix et la peinture écaillée... Pourtant la Cour les inclut dans l'assiette de la protection. [...] si le photographe s'était contenté de ne reproduire que le mur vétuste à la peinture écaillée et la porte à la serrure en forme de croix *sans reproduire l'inscription*, il n'aurait pas été contrefacteur. Mais, à dire vrai, c'est tout à fait illogique ; la Cour traite bien ces éléments comme *des parties substantielles de l'œuvre* [...] Or si le mur écaillé et la porte litigieuse font partie de la forme externe de l'œuvre, leur reproduction est une *reproduction partielle* de l'œuvre. Elle est donc illicite. »²⁸⁰³

Philippe Gaudrat voit dans cette manière d'inclure le contexte de l'inscription dans la forme de *Paradis* « une fâcheuse application de l'accession »²⁸⁰⁴. Ce principe juridique, par lequel l'accessoire est réuni au principal, n'a pas vocation à s'appliquer aux choses incorporelles, et entre en contradiction avec la notion d'œuvre dérivée. Non seulement il ne figure pas au nombre des exceptions légales prévues par le CPI (ou par la LDA), mais la même Cour en avait fait une application diamétralement opposée en 2005, soit trois ans à peine avant l'arrêt « Paradis ». Daniel Buren et l'architecte Christian Drevet avaient en effet poursuivi pour contrefaçon un photographe diffusant une vue de la Place des Terreaux à Lyon intégrant une de leurs œuvres qui occupe son espace. La Cour les avait déboutés, arguant du fait que les colonnes de Daniel Buren et Christian Drevet « se fondaient dans l'ensemble architectural de la place des Terreaux dont elles constituaient un simple élément » ; n'étant que l'accessoire d'un ensemble appartenant au domaine public (la Place des Terreaux), sujet véritable de la photographie litigieuse, la reproduction de cette dernière se situait hors du champ

²⁸⁰² Cass, 1^{ère} ch. civ., 13.11.2008, Bettina Rheims c/ Jakob Gautel ; http://fdv.univ-lyon3.fr/publication/gazette/Civ_13_11_08_pardis.rtf, consulté le 28.04.2013 ; c'est moi qui souligne

²⁸⁰³ Philippe GAUDRAT, *De l'enfer de l'addiction au paradis des toilettes* [a], op. cit., pp. 93- 95 ; c'est l'auteur qui souligne.

²⁸⁰⁴ *Ibid.*, pp. 97 ss.

d'application du monopole octroyé aux auteurs de l'œuvre accessoire²⁸⁰⁵. On peut enfin voir dans cette inclusion du contexte de l'inscription « Paradis » dans la forme protégée un parallélisme évocateur avec la tendance de certains auteurs à oublier ce qu'ils doivent à la tradition, aux œuvres qui précèdent la leur et qui l'ont inspirée.

À l'opposé de Christophe Caron, Éric Andrieu regrette que les juges de l'arrêt « Paradis » ne soient pas allés jusqu'à « retenir qu'une œuvre pouvait être protégée *au-delà de sa représentation formelle* du seul fait de l'existence de son concept, de l'idée qui est *exprimée* par l'artiste »²⁸⁰⁶. Il s'agirait donc de partir de la forme exprimée – elle reste, de l'aveu même d'Éric Andrieu, un passage obligé – pour *extrapoler* cette forme afin de protéger l'idée à *l'origine* de l'expression. Comment peut-on être sûr d'atteindre par *extrapolation* d'une *forme existante* l'idée à *l'origine* de cette même forme ? Entreprise ambitieuse s'il en est, qui postule que la mise en forme de l'œuvre est neutre et ne modifie en rien l'idée initiale de l'auteur... Cette position est classique chez les tenants de l'AC : ignorant tout de la plongée dans l'indifférencié propre au processus créatif, ils postulent que le projet initial se retrouve inchangé dans l'œuvre finalisée, si bien que pour eux l'idée de l'œuvre se confond avec l'idée initiale. C'est alors en toute logique qu'ils voient dans l'élaboration de l'œuvre un processus secondaire, voire méprisable et indigne d'eux... De manière convergente, la matière devient « souillure » chez un Yves Klein et présente de sérieux relents manichéens. Même en admettant que le *choix* du plasticien puisse fonder à lui seul l'authenticité de l'œuvre, cela revient par ailleurs à prétendre soit que la mise en forme n'implique en elle-même aucun choix, soit que ceux-ci étaient contraints – mais alors qu'entend-on protéger ? Et quelles limites à la protection Éric Andrieu espère-t-il pour « Paradis » ? Le monopole sur toute inscription située au-dessus d'une porte ? Sur toute inscription décalée visant à modifier l'expérience d'un lieu ? Mais n'est-ce pas déjà la fonction assignée à ces plaques de tendance humoristique dont la scène suggère la fonction de certaines pièces, en particulier des toilettes ? Dans ce cas, qui contrefait qui ? Ou faut-il en conclure qu'il s'agit de protéger toutes les formalisations *possibles* d'une idée initiale, même celles que le plasticien *n'a pas* conçues, voire celles qu'il *ne pouvait pas* concevoir ? Mais alors quel lien entre le périmètre protégé et son titulaire peut-il encore justifier le droit d'auteur accordé ? N'a-t-on pas déjà expérimenté avec l'affaire qui a opposé Joann Kathleen Rowling à Dmitry Yemetz les effets qu'une extension aussi exorbitante peut avoir sur la liberté de création des autres auteurs ?²⁸⁰⁷ Aussi préférera-t-on, au regard de la forme²⁸⁰⁸, la sage attitude des juges français confrontés

²⁸⁰⁵ Cass., 1^{ère} Civ., 15.03.2005, Buren et Drevet c/ xxx, pourvoi 03-14820 (arrêt dit « Place des Terreaux »). Commentaire : Ronan HARDOUIN, *Existe-t-il des limites aux exceptions ?* [a], 10.04.2008, <http://www.p-s.fr/index.php?2008/04/10/111-existe-t-il-des-limites-aux-exceptions> ; cet arrêt succédait à plusieurs décisions similaires.

²⁸⁰⁶ Éric ANDRIEU, *Les Idées ne sont pas de libre parcours* [a], op. cit., p. 23 ; c'est moi qui souligne.

²⁸⁰⁷ Voir ci-dessus, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « Économie du droit d'auteur – Influence de l'économie sur la culture – Les "industries culturelles" », pp. 229 ss. ; Tim WU, *Harry Potter and the International Order of Copyright* [a], op. cit.

²⁸⁰⁸ Autre – et plus discutable – est la question d'une protection de l'emballage du Pont-Neuf au regard de l'originalité entendue comme authenticité.

aux revendications de Christo : la protection pour son emballage du Pont-Neuf à Paris tel qu'il l'a mis en œuvre – et donc, *de lege lata*, pour les photographies qui en sont tirées²⁸⁰⁹ – et non pour tout emballage d'objet²⁸¹⁰. Et s'il faut suivre Éric Andrieu dans son invitation à s'en tenir à l'avis de l'artiste à propos de ses productions pour savoir ce qui mérite d'être qualifié d'œuvre²⁸¹¹, outre le fait qu'une telle proposition fait curieusement fi de la dimension normative du droit, comment la rendre cohérente avec l'exigence formulée par Arthur Danto, un des principaux théoriciens de l'AC, visant à ce qu'une œuvre ne puisse se réclamer de ce mouvement qu'à la condition d'être reconnue comme telle par « le milieu de l'art » et non par son auteur²⁸¹² ?

Cette distinction radicale à opérer entre les trois types d'idées exposées auparavant explique à la fois le contresens qu'il a à affirmer que « Paradis » n'est pas une œuvre au motif qu'il s'agirait d'une « simple idée » sans forme, puisqu'à l'évidence sa forme a été reprise par deux volets du triptyque « La Nouvelle Ève », et la déraison qu'il y aurait à voir en Jakob Gautel le titulaire d'une sorte de monopole sur toute inscription décalée placée *in situ*. Que la forme reconnue à l'intervention de Jakob Gautel eusse dû se limiter à l'inscription et cette forme ainsi limitée mener les juges à constater l'absence de l'originalité – *a fortiori* de l'authenticité – requise est une autre question, qui interroge le lien classique autant que délicat entre les conditions d'originalité et de forme, sur lequel je reviendrai²⁸¹³.

L'administration de la preuve au regard de la forme

□ L'œuvre comme mesure de l'éventuelle reprise

La protection de la forme doit se faire, ainsi qu'indiqué plus haut, sous l'angle des moyens d'expression. Si – pour prendre à nouveau un exemple littéraire – on considère le sens « dégressif » de l'abstraction, concomitant au processus créatif, faire porter la

²⁸⁰⁹ CA Paris, 13.03.1986, D. 1987, p. 150 ; cet arrêt montre par ailleurs que même une forme éphémère est protégée. À propos du caractère protégeable des œuvres éphémères : Frédérique FONTAINE, *Droit d'auteur et chocolat* [a], dans RLDI n°50 (juin 2009), pp. 8-9.

²⁸¹⁰ En l'espèce, emballage d'arbres le long d'une avenue (TGI Paris, 26.05.1987, D. 1988, p. 201).

²⁸¹¹ « L'artiste [...] est le meilleur juge de ce qui constitue ou non l'une de ses œuvres » (Éric ANDRIEU, *Les Idées ne sont pas de libre parcours* [a], op. cit., p. 24), à propos de la capacité de Daniel Spoerri à dire si la production d'un tiers effectuée sur la base de ses instructions peut être comptée parmi ses œuvres. Proposition en soi stupéfiante qui anéantit le caractère normatif du droit et le droit d'auteur avec lui, dès lors qu'elle invite chacun à choisir librement le régime qu'il entend pouvoir imposer aux tiers. Christophe Caron adopte une approche beaucoup plus cohérente : « Le droit d'auteur ignore ces nouvelles œuvres qui sont considérées comme telles par le milieu artistique et sont l'objet de transactions commerciales. Cette fracture entre le droit d'auteur et le monde de l'art est incontestable, mais elle n'est pas illégitime. En effet, la notion d'œuvre est d'ordre public. Il n'appartient pas aux artistes d'autoqualifier certains objets d'œuvres de l'esprit si les critères indispensables à cette consécration ne sont pas réunis. » (Christophe CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, Paris 2006, pp. 50-51, cité par Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 115).

²⁸¹² Voir ci-dessous, chap. « Le droit d'auteur face à l'AC – Relecture de l'originalité et de l'autonomie de l'art », pp. 801 ss. ; Arthur DANTO, *Art World* [a], dans *Journal of Philosophy*, 1964 (repris dans *La Transfiguration du banal. Une philosophie de l'art*, Le Seuil, Paris 1989), cité par Aude DE KERROS, *L'Art caché*, op. cit., p. 69.

²⁸¹³ Voir ci-dessous, chap. « Le rapport entre forme et originalité », pp. 757 ss.

protection sur chaque mot reviendrait à conférer leur usage exclusif au premier auteur venant à les utiliser, si bien que la création se verrait vite interdire tout moyen d'expression. Ce serait surtout oublier que c'est l'*expression* d'une personnalité qui est avant protégée, et non les *moyens élémentaires d'expression* dont elle se sert. Une phrase isolée ne parvient souvent pas davantage à exprimer une pensée, un point de vue, même si certaines d'entre elles peuvent parfois rassembler l'acquis d'une vie entière. Tout dépend du contexte. Un aphorisme a plus de chances d'exprimer une pensée longuement méditée qu'une seule phrase d'un roman comptant plusieurs centaines de pages. Plus le texte sera long, plus la construction de l'œuvre, son découpage en chapitres, le fil directeur choisi et le parcours adopté gagneront en importance dans l'expression de la pensée de l'auteur. C'est pourquoi qualifier de contrefaçon la reprise de deux ou trois phrases à peine d'un texte qui en contient des milliers peut sembler excessif et dangereux. Il en est de même de la reprise de « mots critiques » – autrement dit de coquilles – par le prétendu contrefacteur, si cette reprise n'est pas accompagnée d'autres éléments plus significatifs²⁸¹⁴, ce qui n'empêche pas le juge d'être alerté par de telles coquilles.

❑ *La question du style*

C'est aussi peut-être ce qui explique le caractère limite du style. Il se situe en premier lieu à l'échelle des phrases plutôt que du scénario – le style est en effet affaire de « musique » et de rythme des phrases, en d'autres termes de « forme intérieure » ; porteur de sens, il devrait à ce titre être protégé ; mais il figure aussi juste en *amont* du périmètre de protection à accorder, puisque le style, s'il est bien un effet de la personnalité, peut néanmoins s'appliquer à de très nombreux scénarii ou permettre d'exprimer des idées très diverses, à l'instar des simples mots lorsqu'ils sont considérés pour eux-mêmes, indépendamment de toute structure.

En matière de peinture, si l'on considère par exemple les tableaux que Vincent Van Gogh a peints d'après ceux de Jean-François Millet – et il en existe plus d'un²⁸¹⁵ – on s'aperçoit que le peintre hollandais reprend toute la composition de son aîné, jusqu'au moindre détail : seul le style varie, lequel, pour Vincent Van Gogh, se traduit par une touche allongée qui épouse le dessin et par l'intensité des couleurs jointe aux contrastes chromatiques. Il est toutefois patent qu'il n'y a pas contrefaçon, ni même plagiat en l'espèce, mais que l'on peut plutôt y voir un *hommage*, une *interprétation* ou encore une *transposition* comparables, dans le domaine littéraire, à celle que *La Bicyclette bleue* de Régine Deforges opère par rapport à *Autant en emporte le vent* de Margaret Mitchell. Cela revient à dire que la reprise d'une composition, voire la reprise d'un style, à elles seules, ne devraient pas fonder la contrefaçon, en tout cas pas dans les arts visuels, étant précisé que dans ce domaine la composition semble moins caractéristique de l'œuvre que le style qui l'exprime.

²⁸¹⁴ *Contra* : Hélène MAUREL-INDART, *Plagiats, les coulisses de l'écriture*, op. cit., pp. 83-87, p. 87.

²⁸¹⁵ À savoir : *La méridienne*, *Le bûcheron*, *Les premiers pas*, *La grande bergère*, *Le semeur*, *l'Angélus*, *Les bêcheurs*, *Le vanneur*, *La fin de la journée*, *L'hiver aux corbeaux*, *Les quatre heures du jour*, *Le départ pour les champs*...



Ci-dessus : Jean-François Millet, *La Méridienne* (1866), pastel ; conservation : Museum of Fine Arts, Boston (source : www.memetics-story.com/article-1429593.html). Ci-dessous : Vincent Van Gogh, *La Sieste*, huile sur toile (1890), d'après le bois gravé de Jacques Adrian Lavieille, lui-même d'après Millet (ce qui explique l'inversion du motif) ; conservation: musée d'Orsay, Paris (source : www.KensFavorites.com).



□ *Les œuvres scientifiques*

Qu'en est-il des œuvres où l'idée transmise semble compter davantage que la forme qui la porte ? Elles posent la question de la forme de manière plus aiguë. Une partie de la doctrine et de la jurisprudence a de ce fait préconisé de « tenir compte de l'originalité des idées pour apprécier l'originalité de l'œuvre »²⁸¹⁶. Curieuse proposition, qui tend soit à faire des idées le principal objet de protection, soit à abaisser la condition de la forme, une forme « banale » devenant protégeable pourvu qu'elle véhicule une idée « originale ». La proposition apparaît d'autant plus étrange si l'on admet que formes et idées sont étroitement liées dans toute œuvre quelle qu'elle soit, seul variant le niveau de réalité où le sens rejoint la forme, celui des œuvres de fiction étant le plus élevé²⁸¹⁷ : comment du reste une idée remarquable pourrait-elle être exprimée sous une « forme banale » ? Veut-on dire par là qu'une idée remarquable peut être transmise sans s'embarrasser de considérations stylistiques ? Mais n'est-ce pas déjà le cas, dès lors que le style est exclu du champ de la protection ?

La protection de la forme sous l'angle des moyens d'expression permet de s'affranchir de tels exercices d'équilibrisme et d'appliquer aux œuvres scientifiques les mêmes principes qu'aux œuvres de fiction. Pour ce qui est des travaux de recherche, on remarque tout d'abord qu'ils entraînent eux aussi leur auteur dans une aventure qui l'oblige à modifier le plan et les développements qu'il entrevoyait au début de l'élaboration de l'œuvre. Exprimer une idée transforme celui qui la porte ; elle le transforme d'autant plus que l'idée est profonde ou peu courante. La mise en forme exige alors de fouler des terres inviolées, et même si le style n'est pas au rendez-vous, les moyens d'expression et leurs limites agissent comme un crible. Certes, certains textes, plus descriptifs, impliquant moins l'auteur dans l'effort de leur rédaction, bien qu'ils subissent les limites propres à tout mode d'expression, n'ont, contrairement aux œuvres de fiction, guère à connaître l'épreuve de la plongée dans l'indifférencié. Les idées qu'ils véhiculent restent étroitement liées à la forme qui les exprime, mais elles se servent d'elle comme on le fait d'un moyen plus que d'un révélateur. Afin de tenir compte de leur spécificité, sans doute faudra-t-il admettre que leur protection s'étende au-delà de la forme exacte établie par l'auteur et porte sur le sens même des phrases, indépendamment des mots qui les composent et de leur construction. Mais en est-il radicalement autrement des œuvres de fiction, protégées elles aussi contre les tentatives de démarquage ? Protéger le sens des phrases d'un texte, n'est-ce pas encore protéger les idées *exprimées*, et non les idées que l'on pourrait tirer de l'œuvre ?

Les néologismes inventés par l'auteur, qui relèvent du domaine lexical, ne devraient par contre pas être protégés. Ils cristallisent certes une réflexion et focalisent une analyse, un découpage du réel, mais représentent aussi les éléments d'expression de la pensée, et doivent à ce titre pouvoir être repris par d'autres. Que le droit d'auteur ne prenne pas en charge une telle protection n'empêche en rien la déontologie applicable

²⁸¹⁶ François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 42, n°61.

²⁸¹⁷ Voir ci-dessus chap. « Critique du lien entre l'idée de l'auteur et la forme de l'œuvre », pp. 737 ss.

au monde de la recherche d'obliger ses membres à citer l'inventeur du terme, si leur texte le reprend dans un sens similaire.

□ *La protection de la structure de l'œuvre*

Considérons à présent le sens « progressif » de l'abstraction. La protection ne doit pas s'ouvrir à l'excès sur les idées déductibles de l'œuvre formalisée, parce que l'idée abstraite de la forme dépasse l'*apport réel* de l'auteur, pour entrer dans la sphère du récepteur qui se l'approprie de la sorte. La protection formelle s'étend ainsi au *sujet* de l'œuvre, à condition de le comprendre comme « le travail de composition de tout travail littéraire » et non comme un résumé si succinct qu'il puisse à son tour inspirer de multiples concrétisations différentes. *Roméo et Juliette* est bien davantage qu'une histoire d'amour contrecarrée par des rivalités familiales : dans le domaine de la composition, c'est la scène de la rencontre – la fameuse « danse des torches », ou la scène du balcon – reprise avec génie par Edmond Rostand dans son *Cyrano de Bergerac* ; c'est surtout la trame qui, de détail en détail, de scène en scène, va inexorablement nouer l'intrigue et conduire les amants jusqu'au drame. Encore faut-il que le sujet choisi ne relève pas déjà du domaine public, comme c'est le cas par exemple des faits historiques et des mythes²⁸¹⁸. L'idée de ces limites est à la fois de prendre en considération ce que l'auteur doit à sa culture et d'assurer au domaine public une vitalité suffisante pour ne pas faire barrage à la création des auteurs postérieurs ou restreindre à l'excès le profit que le public peut en tirer – non pas dans un contexte de consommation, voire utilitariste, mais dans le souci d'assurer l'autonomie de pensée et d'expression de chacun.

Revenons aux méthodes développées par les spécialistes en matière de plagiat. Le « démarquage » d'un texte se situe habituellement à l'échelle d'une phrase et vise à en reprendre le sens et la structure en remplaçant les mots qui la composent par leurs synonymes, afin d'échapper à l'accusation de *copie servile*. Mais la forme protégée, nous venons de le voir, va au-delà des simples phrases ou même des rapports qu'elles entretiennent entre elles. Pour tenir compte de la dimension structurelle de l'œuvre au service du sujet, Hélène Maurel-Indart propose donc de découper le scénario en une succession de scènes, afin de mieux détecter les reprises de scénario combinant les mêmes scènes mais dans un ordre différent, dans le dessein de mieux masquer la contrefaçon. Le *sujet* protégé peut donc se définir comme une succession structurée de scènes ; c'est à ce titre qu'il acquiert une particularité suffisante pour justifier la protection. Pour l'illustrer, Hélène Maurel-Indart établit une comparaison du roman *Et si c'était vrai...* de Marc Lévy et du manuscrit de Tatiana Garmach-Roffé, *L'Amour sans mémoire*²⁸¹⁹. Dans cette affaire, la justice réfutera la contrefaçon, mais il faut bien admettre que le parallélisme qu'autorise le découpage proposé par la spécialiste du plagiat est troublant au point de rendre la décision des juges fort peu compréhensible.

²⁸¹⁸ Hélène MAUREL-INDART, *Du Plagiat*, op. cit., p. 129.

²⁸¹⁹ Hélène MAUREL-INDART, *Plagiats, les coulisses de l'écriture*, op. cit., pp. 113-124 ; Annexes (pp. 233 ss), tableaux comparatifs 14 et 15.

Cette décision est d'autant plus curieuse qu'Hélène Maurel-Indart montre que l'ordre des scènes adopté par Marc Lévy ne justifie pas certains détails que l'on trouve déjà chez Tatiana Garmach-Roffé... De telles incohérences de scénario devraient être en mesure d'établir l'indice fort d'une absence d'authenticité. Le contrefacteur se trahit souvent – et même peut se définir – comme celui qui reprend des éléments directeurs de tiers dont il ne comprend pas complètement la démarche.

En guise de contre-exemple, indépendamment du fait que *Roméo et Juliette* appartenait au domaine public en 1897, la scène du balcon chez Edmond Rostand ne contrefait pas celle de William Shakespeare, car elle n'illustre pas la difficulté pour les amants de se rejoindre, mais la difficulté de se faire reconnaître en amour lorsque l'apparence physique (Christian) occulte la profondeur de l'âme (Cyrano). Comment se faire aimer lorsqu'on est doué d'esprit mais contrefait ? Comment garder l'être aimé lorsqu'on est beau mais sans esprit ? Le nœud des deux scènes est différent, elles s'inscrivent dans des histoires d'amour différentes, illustrant deux regards différents sur le mystère humain. La mise en scène du balcon relève en conséquence davantage de l'hommage ou de l'appropriation assumée que de la contrefaçon ou du plagiat. Elle se distingue aussi des contes populaires qui, tels *Riquet à la houppe*, dont la version la plus connue nous vient de Charles Perrault, traitent eux aussi des rapports délicats de l'apparence physique et de l'esprit dans l'attraction qu'exerce une personne sur une autre. Pourtant, une extension excessive de la protection pourrait voir dans ces œuvres un unique thème commun : celui de l'opposition entre l'apparence (la beauté physique pour *Cyrano de Bergerac*, l'appartenance au clan ennemi pour *Roméo et Juliette*) et l'intime d'une personne...

□ *Protection des récits historiques et des biographies*

Quant aux récits historiques et aux biographies, j'ai déjà eu l'occasion d'évoquer leurs particularités dans le cadre de l'administration de la preuve en matière d'originalité, s'agissant d'illustrer les dérives de l'examen de similitude²⁸²⁰. Leur protection ne manque pas de poser également d'intéressantes questions en matière de forme. Leur caractère spécifique, on l'a vu, tient au fait qu'elles relatent des faits historiques, qui, à ce titre, relèvent du domaine public. De même, il n'est pas possible de revendiquer la moindre « forme originale » dans l'évocation d'événements lorsqu'elle respecte l'ordre chronologique, l'équivalent du « scénario » et de la succession des « scènes » relevant alors eux aussi du domaine public. Dans ce cas, la « forme originale » ne pourra être admise qu'en présence d'une narration dont les faits retenus l'auront été en fonction d'un thème ou d'un critère établi par l'auteur. Cette adaptation nécessaire de l'exigence en matière d'originalité et de forme suggère une pluralité de régimes de protection, sur laquelle je reviendrai²⁸²¹.

²⁸²⁰ Voir ci-dessus, chap. « L'administration de la preuve au regard de l'originalité », pp. 719 ss, p. 722.

²⁸²¹ Voir ci-dessous, partie 07 (« Recherche de nouveaux équilibres juridiques »), pp. 819 ss.

❑ *Limites du recours aux sources communes*

Ainsi que j'ai eu l'occasion de le dire²⁸²², le juge appelé à trancher une question de violation des droits d'auteur renvoie fort souvent les parties au procès dos à dos en invoquant une *source commune* pour conclure à l'absence d'originalité de l'œuvre prétendument contrefaite, et donc à l'absence de contrefaçon. Mais le recours fort commode à cette source commune est parfois excessif. Ainsi, lorsque le juge dans l'affaire opposant Hélène Kyriacou à Marc Lévy, prétend que le récit *Et si c'était vrai* écrit en 1998 par Hélène Kyriacou mettant en scène une jeune femme inconsciente serait « particulièrement banal en littérature », ajoutant qu'il y retrouvait le thème de *La Belle au Bois Dormant*, on peine à y déceler une réelle parenté²⁸²³.

Le périmètre des sources communes invoquées devrait donc être établi selon les mêmes règles que celles qui président à l'établissement du périmètre des œuvres protégées. Autant la reprise d'une seule phrase ne devrait pas suffire à établir la contrefaçon, autant le recours immodéré à des sources communes au périmètre exorbitant peut assurer l'impunité à des pratiques discutables.

Les rapports entre forme et originalité

À présent que forme et originalité ont été analysées séparément, il est nécessaire d'approfondir les rapports qui les unissent. Pour ce faire, poursuivons avec « Paradis ». C'est la forme adoptée par le plasticien – fût-elle ici très pauvre – qui rend son installation protégeable pour les juges, et c'est à première vue à tort que Christophe Caron s'indigne lorsqu'il interprète cette décision comme une reconnaissance de la protection des idées : « [...] le fait de placer un mot dans un lieu insolite doit-il être qualifié d'œuvre de l'esprit ? [...] ce qui revient à protéger une idée, peut-être géniale, n'offre pas véritablement une *forme originale* »²⁸²⁴.

« Forme originale » et processus d'abstraction dégressif

Bien que la démarche soit classique, construire l'argumentaire en référence à la notion de « forme originale » ne revient-il pas à confondre les deux conditions principales de la protection que sont la forme et l'originalité ? En effet, dès lors que toute comparaison entre œuvres est nécessairement de nature objective et s'effectue à propos de la forme, l'adoption d'un critère d'originalité objectif revient à faire fusionner en un seul critère les conditions de forme et d'originalité²⁸²⁵.

Les critères de forme et d'originalité sont toutefois liés de deux manières. Puisque la protection doit – pour des raisons pratiques évidentes – s'ancrer à partir de la forme de

²⁸²² Voir ci-dessus, p. 723.

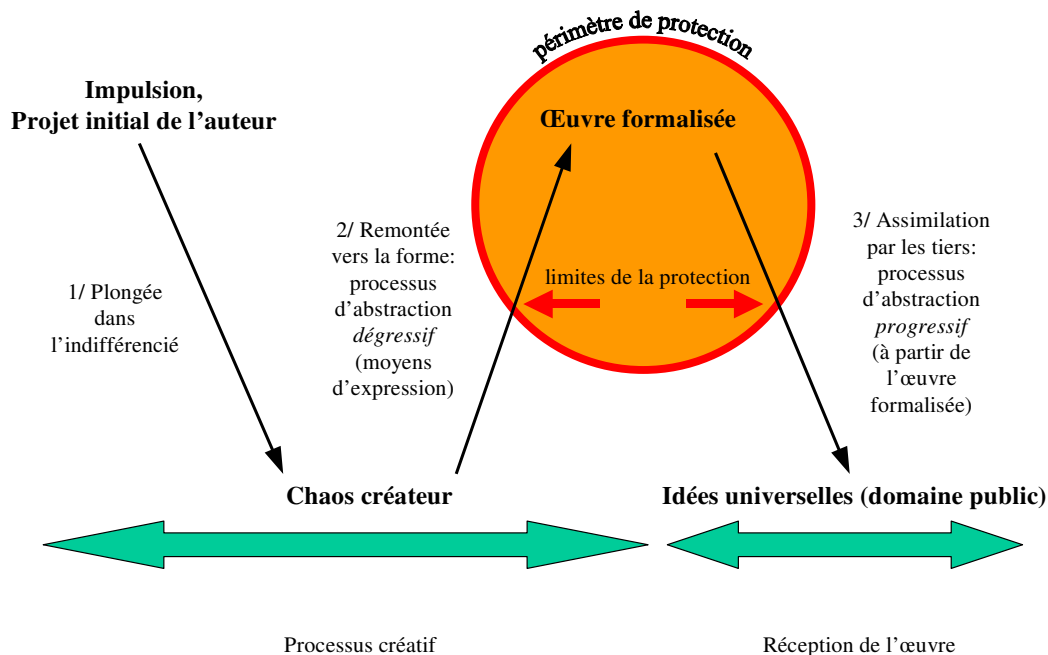
²⁸²³ TGI Paris, 29.01.2003, Hélène Kyriacou c/ Marc Lévy, p. 7, cité par Hélène MAUREL-INDART, *Plagiats, les coulisses de l'écriture*, op. cit., p. 113.

²⁸²⁴ Christophe Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, Paris 2006, p. 50, cité par Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 115 ; c'est moi qui souligne.

²⁸²⁵ Voir ci-dessus, chap. « Défense de la conception subjective de l'originalité », pp. 697 ss.

l'œuvre, l'*identité* de l'œuvre (que d'aucuns nomment « l'originalité objective »), par laquelle elle peut être distinguée des autres, revêt une grande importance mais relève exclusivement de la forme, sans supplanter le critère d'originalité dès lors que celui-ci est compris dans son sens subjectif²⁸²⁶. Le second lien a trait à la formalisation de l'œuvre par le biais des éléments d'expression ; il correspond à l'aspect extérieur, formel, du processus créatif, tel qu'un tiers pourrait l'observer. Comme il a été dit à propos du « processus d'abstraction dégressif »²⁸²⁷, l'auteur va construire son œuvre au moyen d'éléments d'expression (mots, sons, touches de couleur) en soi impersonnels, mais qui, structurés – littéralement « mis en forme » – par ses soins, vont lui permettre d'exprimer ce qu'il porte en lui. Sous cet angle, la représentation formelle protégée est reliée à l'auteur : ici réside sans doute ce que l'on peut entendre par « forme originale », où « original » prend alors son sens subjectif, qui le rapproche de l'« authentique ».

Il n'y a pas de confusion possible entre forme et authenticité car le processus abstraktif dégressif porte sur les *moyens formels* – autrement dit *concrets* – d'expression et non sur l'*idée* de l'auteur – son « projet initial ». La « forme originale » se confond alors avec le *processus d'abstraction dégressif*, comme le montre le schéma ci-dessous :



²⁸²⁶ Voir ci-dessus, chap. « Défense de la conception subjective de l'originalité », pp. 697 ss.

²⁸²⁷ Voir ci-dessus, chap. « Le processus d'abstraction dégressif », pp. 746 ss.

La forme semble exercer son rôle de limite sur deux axes : en opposition aux idées de l'auteur à l'origine du projet, que j'ai appelé « processus d'abstraction *dégressif* », mais aussi par rapport aux idées qu'il est possible de tirer de l'œuvre formalisée, selon le « processus d'abstraction *progressif* »²⁸²⁸. La forme devrait ainsi avoir pour fonctions essentielles d'ancrer la protection et d'en *limiter* le périmètre. Mais l'arrêt « Paradis » nous a montré que la notion de forme pouvait devenir incertaine : faut-il ainsi prendre en considération dans le cadre de la forme le contexte de l'œuvre, qui lui préexiste, en raison du *choix* du plasticien se portant sur l'emplacement où apposer ses lettrines ? Et comment traitera-t-on le plasticien qui, intervenant à proximité de la fameuse porte vétuste, y apposerait par exemple une autre inscription n'ayant pas le moindre rapport avec la première ? L'influence de « Paradis » s'exercerait-elle sur tout endroit depuis lequel l'inscription peut se voir ? On se félicitera alors que Jakob Gautel n'ait pas choisi de placer une de ses inscriptions décalées sur le sommet de la Tour Eiffel ! Cela ne veut pas dire que tout choix soit exclu de la protection sous l'angle de la forme ; mais « ne sont "créatifs" que les choix affectant le rapport qui existe entre les éléments constitutifs de l'objet *produit* »²⁸²⁹.

Fixer autrement la limite, c'est créer à la fois un flou préjudiciable à la sécurité du droit et générer le paradoxe que relève Philippe Gaudrat :

« Si l'idée de l'inscription décalée est protégeable, fera-t-on un contrefacteur de toute personne qui écrit "Paradis" dans les toilettes publiques, dans une autre graphie, une autre taille et une autre couleur ? [...] Une réponse négative montrerait que l'on ne protège, en réalité, que l'œuvre calligraphique et non l'idée [du décalage]. Une réponse positive, conséquente avec la décision, montrerait, en revanche, que l'on protège l'idée pour sa nouveauté et non sa réalisation. »²⁸³⁰

Il reste donc à trouver le principe permettant de délimiter le périmètre de la forme de l'œuvre. Or la forme protégée commence et s'arrête à l'apport effectif du plasticien. Dans le contexte de l'affaire « Paradis », Philippe Gaudrat l'affirme d'une autre manière en précisant qu'un simple *rapport* entre deux espaces – l'enfer des couloirs, le paradis des toilettes – ne constitue pas une forme en lui-même, *a fortiori* lorsque ce contraste naît de la lecture d'un mot et doit être intellectuellement compris de celui qui le lit²⁸³¹. Dans *Paradis*, la forme commence par l'apposition des lettrines ; elle s'y arrête aussi. L'inclusion du choix du lieu où inscrire le mot « Paradis » dans la forme protégée est abusive parce que, dans le processus d'abstraction « dégressif » de la forme, ce choix se situe en amont du périmètre à protéger, à l'instar des simples mots dans le domaine littéraire, qui servent certes à l'expression mais qui, en soi, ne sont pas assez structurés pour *transmettre* ce que l'auteur porte en lui²⁸³². *Exit* donc le contexte sous l'angle de la forme. En conséquence, la forme n'est pas assez complexe pour être

²⁸²⁸ Voir ci-dessus, chap. « L'œuvre comme mesure de l'éventuelle reprise », pp. 751 ss.

²⁸²⁹ Philippe GAUDRAT, *De l'enfer de l'addiction au paradis des toilettes* [a], op. cit., p. 141 ; c'est moi qui souligne.

²⁸³⁰ *Ibid.*, p. 157.

²⁸³¹ *Ibid.*, pp. 105 et 109.

²⁸³² Voir ci-dessus, chap. « L'œuvre comme mesure de l'éventuelle reprise », pp. 751 ss.

« originale », autrement dit pour assurer l'*expression* de ce que l'auteur porte en lui. Comme il a déjà été dit²⁸³³, l'arrêt « Paradis » rend la notion de forme incertaine : confronté à une œuvre dont la forme est réduite à sa plus simple expression, le juge appelé à s'interroger sur ses caractéristiques – autrement dit sur son *identité* – est tenté d'étendre à la mesure de sa pauvreté formelle la portée de l'idée qu'elle *illustre* (plus qu'elle n'*incarne*), afin de compenser autant que faire se peut son *inconsistance*.

La forme : empreinte de l'individu ou chemin vers l'universel ?

En grossissant les traits, ce qui est protégé, c'est l'*expression* de ce que l'auteur a grandi à l'occasion du chaos créatif, et non le *moyen* d'expression pris pour lui-même. Il faut donc une véritable *transmission* de l'expérience intérieure, qui suppose un formalisme suffisant pour dépasser la nature nécessairement impersonnelle du moyen utilisé ; mais, dans la mesure où l'œuvre procède d'une plongée dans l'indifférencié, elle *exprime* de manière *personnelle* une expérience radicalement *universelle*. Les deux limites apportées par les processus d'abstraction dégressif et progressif font ainsi que la *forme* s'avère à la fois empreinte de l'individu et chemin vers l'universel. Cette recherche de l'artiste tendant à apprivoiser sa part d'inconnu et l'étrange du monde qui l'entoure passe par celle de la forme, qui déploie un tiers espace où le dialogue avec l'autre est possible. Nous retrouvons Friedrich von Schiller : « La réalisation hors de soi d'œuvres d'art permet d'"extérioriser tout ce qui est intérieur et de mettre en forme tout ce qui est extérieur". »²⁸³⁴ Pour Jean-Philippe Domecq, c'est bien par la mise en forme que l'individu – l'artiste du moins – vise l'universel²⁸³⁵.

Un des plasticiens les plus adulés du « milieu de l'AC » français, Daniel Buren, associe toutefois irrévocablement *forme* de l'œuvre et *expression individualiste*, au motif que, depuis un peu plus de six siècles, les artistes occidentaux ne sont plus anonymes. Mais Jean-Philippe Domecq fait remarquer avec raison que même à l'époque où l'art était peu individué, il était déjà création de formes, et qu'il en est de même de l'art d'autres civilisations moins inquiètes d'individualisation. De fait, la mise en forme marque *aussi* le désir de l'individu d'entrer en relation avec les autres, et, par là, d'atteindre l'universel qui l'unit à eux :

« L'individu en art n'est que la pointe du cône par laquelle s'élabore une forme intersubjective, universalisable en conséquence. C'est à quoi tend le travail qualitatif de mise en œuvre : trouver une forme, sensible et conceptuelle à la fois, qui objective une vision du monde. C'est pourquoi – et on est un peu désolé de rappeler à Buren ce vieil acquis de la recherche esthétique – la distinction qu'il fait entre forme et fond est inopérante. »²⁸³⁶

En niant la forme, et en ne percevant pas sa double nature, Daniel Buren nie de fait la relation ; il n'est dès lors pas étonnant qu'il en vienne à nier l'universel atteint par

²⁸³³ Voir ci-dessus, chap. « Défense de la condition subjective de l'originalité », pp. 697 ss.

²⁸³⁴ Jean-Paul JOUARY, *Préhistoire de la beauté – Et l'art créa l'homme*, op. cit., p. 214, citant Friedrich VON SCHILLER, *Lettres sur l'éducation esthétique de l'homme*, Lettres XI-XXVII, Aubier, Paris xxx, Lettre XI

²⁸³⁵ Jean-Philippe DOMEQCQ, *Misère de l'art*, op. cit., p. 215.

²⁸³⁶ *Ibid.*, pp. 216-217.

l'artiste au plus profond de lui-même et – s'arrogeant au passage le droit de faire le procès d'intention de l'ensemble des artistes – ne voit dans la relation de l'auteur au public qu'un navrant rapport de force :

« *L'artiste émascule l'observateur*. Il pense peut-être que celui-ci ne mérite pas mieux... L'artiste prend le droit de vous faire voir ce que vous pouvez voir seul, que vous pourriez évidemment voir bien plus justement sans son intermédiaire. *Je conteste ce droit.* »²⁸³⁷

Ces affirmations à l'emporte-pièce prêtent à sourire. En quelques phrases, Daniel Buren nie à la fois le caractère critique de la connaissance – comme s'il suffisait à quiconque de *regarder* pour *voir*, qui plus est pour voir la *même* réalité que son voisin – et le principe du dialogue où l'apport d'un point de vue appelle un approfondissement de la réponse de l'interlocuteur, échange qui suppose à la fois un terrain d'entente et deux points de vue distincts sans être inconciliables. Il sape aussi dans sa lancée – et c'est là une bonne nouvelle – toute la théorie par laquelle il a justifié ses interventions *in situ*, puisque le public, à l'en croire, n'a pas besoin de lui ou de ses rayures pour découvrir un monument. Dont acte.

Les conditions négatives

Rappel des conditions négatives

Les conditions de la protection ne se limitent pas à la liberté d'expression, à l'originalité et à l'exigence d'une forme suffisante. La tentative de définition de l'œuvre protégée figurant à l'art. 2 al. 1 LDA montre qu'en contrepoint de celles-ci – évoquées à travers la notion d'œuvre – s'en ajoutent trois autres, que l'on peut qualifier de conditions négatives : elles précisent en effet les critères que le juge ne peut invoquer pour refuser la protection, autrement dit les caractéristiques qui ne jouent aucun rôle pour déterminer le caractère protégé d'une œuvre. Il s'agit du *genre*, du *mérite* – la *valeur* en droit suisse – et de la *destination*, autrement dit de l'usage²⁸³⁸. Ces interdits se retrouvent dans le droit français, qui précise : « Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination »²⁸³⁹. J'ai déjà abordé l'examen de ces conditions en discutant la thèse de l'unité de l'art dont elles relèvent²⁸⁴⁰, aussi est-il inutile d'y revenir.

Qu'il me soit cependant permis de rappeler pour mémoire que l'interdiction du refus de la protection en vertu de la destination semble poursuivre des intérêts différents de la simple interdiction de la censure et de ses jugements de valeur. Aussi est-il possible de concevoir une unité de l'art compatible avec le principe de l'autonomie de l'art en

²⁸³⁷ Daniel BUREN, *Écrits*, entretien donné par Daniel Buren aux *Lettres françaises* le 13 mars 1968, cité par Jean-Philippe DOMEQ, *Misère de l'art*, op. cit., p. 215 ; c'est Daniel Buren qui souligne.

²⁸³⁸ Denis BARRELET, Willi EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur*, op. cit., ad art. 2 LDA, p. 13, n°9.

²⁸³⁹ Art. L 112-1 CPI.

²⁸⁴⁰ Voir ci-dessus, chap. « Autonomie ou unité de l'art ? », pp. 622 ss.

abandonnant l'interdiction relative à la *destination*, entendue comme but utilitaire assigné à l'œuvre dès le projet initial qui la suscite.

Notions de catégorie, de type et de genre appliquées aux œuvres

La théorie de l'unité de l'art, en évoquant la notion de *genre*, invite à une précision terminologique d'importance concernant le classement des œuvres. On peut ainsi distinguer les notions de *catégorie* d'œuvre, liée à une technique (écrit, film, photographie, tapisserie, peinture...), de celle de *type* d'œuvre (écrit de fiction, écrit scientifique, écrit technique, film documentaire...), de celle de *genre* (roman policier, film pornographique...).

La précision est cruciale lorsqu'on cherche à déterminer jusqu'où il est possible d'étendre la protection sans dénaturer le droit d'auteur comme il l'est actuellement, que ce soit en excluant certaines d'entre elles de la protection accordée, ou qu'il s'agisse d'établir une pluralité de régimes de protection. Sous peine de contrevenir à l'interdiction d'exclure une œuvre de la protection sur la base d'un jugement de valeur, l'examen ne portera pas sur telle ou telle œuvre spécifique, ni sur des genres, mais sur des catégories et des types d'œuvres. Il est important de pouvoir examiner, pour une *catégorie* ou un *type* d'œuvre donné, ce qu'ils permettent en tant que tels de dire de notre nature humaine et non d'évaluer ce que certains en font. Toute catégorie ou tout type d'œuvre peut en effet être galvaudé. Certains romans de fiction peuvent être construits de manière presque mécanique, en application de méthodes éprouvées, comme certains tableaux peuvent être produits à la chaîne, chaque acteur apposant deux ou trois touches, toujours les mêmes, sur chaque toile, réduisant leur art à un simple *savoir-faire*. Comme le fait remarquer Michel Vivant : « On peut "fabriquer" du roman comme du parfum ou des sons. Sans âme. Mais ce n'est pas une question pertinente à l'aune du droit »²⁸⁴¹.

Ainsi la classification des œuvres en catégories et en types, et l'exclusion de la protection pour certains d'entre eux, ne contreviennent-elles pas à l'interdiction des jugements de valeur, qui mérite d'être défendue.

Tentative de définition de l'œuvre

Reprenons à présent la définition de l'œuvre donnée par Bernard Edelman, puisqu'elle semble inclure tous les éléments pris en compte par la jurisprudence classique : « une création caractérisée par un travail intellectuel libre et s'incarnant dans une forme originale »²⁸⁴².

Partant de cette proposition, tâchons de trouver une formulation tenant compte des remarques soulevées par le présent travail. Le terme de *création* semble réduire la protection aux seules œuvres artistiques et littéraires. Or la définition de l'œuvre doit

²⁸⁴¹ Michel VIVANT, *Droit d'auteur : le Paradis pour le boulon ? L'enfer pour le parfum ?* [a], op. cit., p. 58.

²⁸⁴² Bernard EDELMAN, *La Propriété littéraire et artistique*, op. cit. ; voir ci-dessus, note 2482, p. 677.

s'appliquer également à toutes les œuvres dites scientifiques, pour autant que celles-ci ne se réduisent pas à la transmission d'une simple *information*. Si par ailleurs la notion d'*œuvre de l'esprit* suggère bien d'élargir le champ de protection au-delà des seules œuvres littéraires et artistiques, une œuvre représente davantage qu'un simple « effort intellectuel »²⁸⁴³, si bien que cette expression ne semble guère plus satisfaisante. L'œuvre est en effet beaucoup plus qu'une simple *information* ou qu'une production *mentale*. Nous retiendrons donc à ce stade que l'œuvre est une *production*, terme qu'il va s'agir de circonscrire.

On a dit de l'œuvre protégée que sa valeur tient davantage aux efforts consentis à sa *conception* qu'à ceux déployés pour sa *réalisation* proprement dite. Mais cette caractéristique s'applique au moins tout autant aux inventions protégeables par le droit des brevets. Il faut ainsi s'entendre sur la notion de « conception ». Dès lors qu'elle est mise en rapport avec la nécessité d'une *formalisation*, celle-ci ne saurait se limiter à une activité strictement intellectuelle ou rationnelle, mais doit être rapportée au processus créatif. Cette *portée à la forme* s'avère fondamentale, comme les notions de « chaos créateur »²⁸⁴⁴ ou de « pensée mythopoétique »²⁸⁴⁵ nous l'ont appris. Avec l'œuvre, conception et réalisation vont indissolublement de pair, souvent de manière itérative. L'expression d'« effort intellectuel » pourrait ainsi faire malencontreusement oublier en quoi la plongée dans l'indifférencié implique l'auteur dans sa totalité, dans ses dimensions corporelle, émotionnelle, rationnelle et spirituelle. Tenir compte du processus créatif tel que l'approche phénoménologique nous le présente, c'est admettre que l'œuvre est une production humaine qui *transforme* son auteur dans le temps que celui-ci l'élabore, ou, mieux encore, qui permet à l'homme d'*habiter ce qui le porte*. Avec la mise en forme de l'œuvre, nous pouvons ainsi dire de l'auteur que *ce qui le fait* devient *ce qu'il fait*. C'est ce jeu entre ce qui nous habite et ce que nous en habitons en conscience qui semble rendre au mieux le phénomène de plongée dans l'indifférencié.

Il importe par ailleurs de ne pas confondre les conditions classiques de mise en forme et d'originalité, conséquence inéluctable d'une compréhension objective de la notion d'originalité. Pour l'éviter, celle-ci doit impérativement être entendue dans son sens subjectif, synonyme d'authenticité, qui suppose le lien d'une nature particulière entre l'auteur et son œuvre défendue par la thèse personnaliste. L'authenticité ramène ainsi au processus créatif. Ce qui peut paraître étonnant – ne s'agit-il pas de s'en tenir à l'œuvre dès lors qu'on se propose d'en exposer les caractéristiques ? – s'explique si l'on considère que la nature du processus créatif, la plongée dans l'indifférencié qu'il suppose, se retrouve dans l'œuvre en ce qu'il rend compte de son « ontologique polysémie ». Sa nature *polysémique* devrait donc être prise en compte dans la définition de l'œuvre : elle reflète à sa manière la dichotomie qui existe entre l'œuvre

²⁸⁴³ *Contra* : Bernard EDELMAN, *La Propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 15.

²⁸⁴⁴ Voir ci-dessus, chap. « L'expérience du "chaos créateur" : se perdre pour mieux se trouver », pp. 555 ss.

²⁸⁴⁵ Voir ci-dessus, p. 580.

et les productions utilitaires comme les outils, les reproductions de tableaux et les modes d'emploi. Alors que le caractère fictionnel semble trop étroit pour s'appliquer à l'ensemble des œuvres protégées, tel n'est pas le cas de la polysémie, qui concerne aussi les œuvres scientifiques lorsque leur structure acquiert une complexité suffisante pour exprimer une *pensée* et non une simple information.

L'œuvre n'a par ailleurs pas d'autre *utilité immédiate* que celle de l'échange interpersonnel ou l'expression d'un état intérieur. C'est ce qui permet du reste sa polysémie. L'exigence d'une absence d'*utilité* entend exclure de la protection le résultat d'activités guidées par un but utilitaire ou entravées par un programme contraignant au point d'interdire l'expression de la personnalité d'un auteur, qui n'exercerait dans ce cas qu'un rôle de simple *travailleur*. Mais ce critère peut être remplacé avec bonheur par celui de *liberté d'exécution*, le programme d'élaboration imposé à l'exécutant poursuivant toujours un but utilitaire et immédiat autre que ceux – *médiats* – poursuivis par la création. La valeur essentielle de l'œuvre tient ainsi à ce qu'elle est le reflet d'une démarche *intelligente autant que libre* de son auteur – qu'elle soit rationnelle, intuitive ou imaginaire – et des choix qui l'ont guidé lors de sa gestation. Mais le terme de « choix » est lui-même ambigu, car il suppose un cadre maîtrisé et exclusivement rationnel qu'il ne peut pas avoir dès que l'on inclut dans la compréhension du processus créatif la « résistance » de la matière, qui, pour l'essentiel, permet le dévoilement d'une part insoupçonnée de l'auteur. La liberté d'exécution reflète également le lien particulier que l'auteur entretient avec l'œuvre, là où la notion « d'expression de la personnalité » s'avère beaucoup trop évasive. Ainsi retrouve-t-on à travers la liberté d'exécution la notion subjective d'originalité, autrement dit la notion d'*authenticité*. Cette dernière toutefois ne s'y résout pas entièrement : la liberté d'exécution n'est après tout qu'une condition de l'authenticité, et non sa garantie.

Si la condition d'originalité est entendue de manière subjective, la condition de la forme devrait l'être de manière objective. L'opposition classique entre forme et idée ne semble d'aucune utilité pour définir l'œuvre dès lors que toute mise en forme intègre l'idée qui la porte, cette dernière n'étant réductible ni au projet mental de l'auteur qui a déclenché le processus créatif, ni aux interprétations ou aux sources d'inspiration que le public peut en tirer. Cette opposition entre forme et idée se résout donc entièrement dans la notion même de « portée à la forme », de liberté d'exécution et d'authenticité de l'œuvre. La condition de mise en forme constitue du reste la condition sans laquelle la protection juridique ne peut trouver ancrage.

Si l'on tente à présent de rassembler les éléments qui devraient figurer dans la définition de l'œuvre, nous retrouvons les notions de (1) production, de (2) polysémie, de (3) liberté d'exécution, de (4) lien de nature authentique entre l'auteur et son œuvre, ainsi que de (5) portée à la forme (6) permettant à l'auteur d'habiter ce qui l'habite. Cette dernière caractéristique n'intégrerait pas la définition de l'œuvre en tant que *critère* de protection, mais bien plutôt comme *justification* de cette dernière.

Nous pouvons alors formuler une définition de l'œuvre cohérente avec les remarques qui précèdent : « *On entend par œuvre une (1) production humaine (2) de nature polysémique et dont la (3) liberté d'exécution permet à son auteur tout à la fois de (5) porter à la forme (4) une part du fonds qui l'habite et (6) d'entrer en familiarité avec lui.* »

Le droit d'auteur à l'épreuve de la modernité

À présent que les conditions de protection ont été analysées, il peut s'avérer instructif de mettre ces notions revisitées à l'épreuve de plusieurs phénomènes auxquels on associe d'habitude la modernité, et qui ont été évoqués à l'occasion dans les pages qui précèdent : je veux parler des arts appliqués pour leur rapport à l'utile et aux buts poursuivis par l'industrie, des logiciels pour la question de la forme et des rapports de sa structure sous l'angle des moyens d'expression, de l'AC pour son approche conceptuelle, de la photographie pour le caractère mécanique de sa réalisation, ainsi que de l'Internet pour la révolution qu'il imprime à la diffusion des œuvres.

Le droit d'auteur face aux arts appliqués

La confrontation de la définition donnée précédemment de l'œuvre de l'esprit à la notion d'art appliqué me permettra d'approfondir ce que j'ai déjà dit à propos de la thèse de l'unité de l'art, ayant posé le principe d'une exclusion de l'œuvre utile du périmètre de protection en raison de la priorité donnée ou non au projet initial par rapport aux surprises du processus créatif²⁸⁴⁶. Il sera aussi fait appel au critère de la liberté d'exécution. Si l'on reprend ce que j'ai dit à propos des conditions de la protection²⁸⁴⁷, ces deux critères relèvent de celui, plus classique, de l'originalité, dans la mesure où il considère le processus créatif ou l'intention du concepteur et non l'objet protégé. D'autres arguments, s'appuyant sur la condition de la forme, compléteront l'analyse.

Si l'on considère la notion d'arts appliqués, sans doute est-il exact qu'elle a fait historiquement place à celle d'arts industriels, mais les deux notions ne se recoupent pas. Leur confusion fait accroire qu'il n'existerait pas de différence fondamentale entre l'industrie et l'artisanat, alors que nous avons vu qu'il n'en était rien²⁸⁴⁸. Il est donc nécessaire de distinguer ici soigneusement les *arts appliqués à l'industrie* des *arts appliqués à l'artisanat*. Commençons par les premiers, dont l'analyse semble plus aisée, pour voir en quoi leurs productions ne devraient pas donner prise au droit d'auteur, alors qu'une production – fût-elle restreinte – peut être envisagée pour les seconds.

²⁸⁴⁶ Voir ci-dessus, chap. « L'unité de l'art à l'épreuve du processus créatif », pp. 626 ss.

²⁸⁴⁷ Voir ci-dessus, chap. « L'œuvre, objet du droit d'auteur », pp. 676 ss.

²⁸⁴⁸ Richard SENNETT, *Ce que sait la main*, op. cit. ; voir ci-dessus, chap. « Art et artisanat : l'art est-il une technique ? »

Les productions des « arts appliqués à l'industrie »

❑ *Recherche de la fonction*

Les « arts appliqués à l'industrie », ou « arts industriels », sont en premier lieu soumis à des impératifs pratiques au sein même de leur démarche formelle, au point que le processus d'élaboration de l'œuvre et ses aléas se retrouvent encadrés par une méthode et des « savoir-faire » qui les contraignent. Les objets façonnés par la main de l'artisan ou du styliste doivent avant tout remplir leur fonction utilitaire – qu'il s'agisse par exemple de meubles ou du presse-agrumes de Philippe Starck ; les lignes des avions sont elles aussi avant tout dessinées en considération des impératifs de l'aérodynamique, quelle que soit l'esthétique qui s'en dégage souvent. L'esthétique de leur apparence n'est alors que la conséquence directe de la qualité de leur conception technique ; elle ne trahit en rien une recherche de l'apparence. C'est ainsi que Philippe Starck nous apprend avoir appris de son père, qui dessinait des avions, que « la beauté ne venait que de l'intelligence et de la cohérence de la fonction : les avions qui ont l'empennage le plus élégant sont aussi les plus performants. »²⁸⁴⁹

Parfois le dessin industriel va plus loin, et interroge le sens de l'objet à produire. Ainsi Philippe Starck explique-t-il sa démarche :

« L'objet ne m'intéresse pas en lui-même. Il ne m'a jamais intéressé. Si je fais des immeubles, des avions, des usines d'incinération, des chaises, des brosses à dents ou des balais à chiottes, ce ne sont que des prétextes pour parler d'autre chose. [...] Ce n'est pas l'objet que je considère, c'est la question qu'il pose. [...] Si on fait le constat qu'on ne peut pas éliminer l'objet, alors on le nettoie sémantiquement, on le rend intelligent, on le réduit à son essentiel. »²⁸⁵⁰

Même ainsi, les productions des dessinateurs industriels s'éloignent à la fois du caractère transformant du processus créatif et de la *gratuité* propre à toute recherche véritable du beau. La recherche du sens de l'objet définit son dessin, si bien qu'il s'agit là encore d'une démarche rationnelle encadrant strictement le tracé de ses lignes :

« Si on me dit: "Dessine-moi une moto", je regarde d'abord les motos autour de moi, je vois des gros machins de compétition pour faux champions du monde de vitesse qui se donnent une illusion de puissance. La moto n'est pas faite pour de tels clowns! C'est un objet malin, beaucoup plus que l'automobile, un modèle d'équilibre. Il faut la nettoyer : un réservoir, un moteur, deux roues, une bonne selle, aucun signe de violence rajouté... Ça peut être ça, une moto... »²⁸⁵¹

L'approche traditionnelle de la jurisprudence, elle, distingue quatre cas de figures résultant de l'analyse de l'œuvre « d'art appliqué » quant à sa forme objective. Le premier cas est celui où la forme de l'œuvre et ses caractéristiques sont « exclusivement imposées par la fonction technique du produit »²⁸⁵². Seule la protection des brevets peut être alors envisagée. À l'opposé, le second cas de figure

²⁸⁴⁹ Dominique SIMONNET, *Philippe Starck : « Il faut en finir avec le design »* [a], 22.10.1998, http://www.lexpress.fr/informations/il-faut-en-finir-avec-le-design_630776.html.

²⁸⁵⁰ *Ibid.*

²⁸⁵¹ *Ibid.*

²⁸⁵² En France : art. L 511-8 ch. 1 CPI, qui les exclut du champ de protection des dessins et modèles.

concerne les formes *purement ornementales*. Exclues de la protection du droit des brevets²⁸⁵³, elles relèvent à la fois du droit des dessins et modèles et du droit d'auteur en application du principe du cumul, conséquence de la théorie de l'unité de l'art.

Les deux autres cas de figure concernent les productions dont la forme présente à la fois un caractère ornemental et utilitaire. Tel est le cas de la bouteille emblématique de *Coca-Cola* citée par Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière, la forme harmonieuse de cet objet aux lignes Art déco inspirées de la silhouette féminine permettant par ailleurs de le saisir facilement²⁸⁵⁴. Si les deux aspects esthétique et fonctionnel de la forme sont jugés indissociables, *seule* la protection des brevets sera envisageable ; dans le cas contraire, la protection sera assurée *à la fois* par le droit des dessins et modèles et par le droit d'auteur. Les deux aspects sont réputés séparables si plusieurs formes permettent d'atteindre le même résultat fonctionnel. Ce critère, qui présente l'avantage de la simplicité, se focalise exclusivement sur de simples considérations techniques et montre que le cumul de protection entre droit d'auteur et droit des dessins et modèles devrait être exclu au même titre que l'est celui des brevets et des dessins et modèles, pour autant que l'on relève la méprise fondamentale qui en est à l'origine, à savoir la réduction de la démarche artistique à une recherche d'ordre *ornemental*. Nous savons en effet aujourd'hui que *l'essentiel de la démarche artistique n'est pas d'ordre esthétique*, même si, bien sûr, elle ne s'y oppose pas, *alors que tel est bien le cas des arts appliqués à l'industrie*, puisqu'ils visent en priorité la séduction du consommateur pour le pousser à l'acte d'achat. L'art. L. 511-8 ch. 1 CPI français montre en effet bien en quoi le droit des dessins et modèles porte sur l'*apparence*. Comme le faisait remarquer Raymond Loewy, « la laideur se vend mal »²⁸⁵⁵. Cette méprise du législateur est renforcée par son ignorance des fondamentaux du capitalisme, qui s'arrête à son aspect *industriel* pour ignorer sa dimension *commerciale* et la fabrication des besoins qu'elle vise. On voit ainsi en quoi les deux protections offertes par le droit d'auteur et le droit des dessins et modèles ne sont pas complémentaires, ne visant pas le même but.

□ Recherche de l'apparence séductrice

Les contraintes pratiques ou techniques ne sont donc pas les seuls aspects par lesquels le projet initial domine le processus de réalisation des productions de l'industrie. La démarche des « créatifs » travaillant pour cette dernière, à l'instar des publicitaires, vise dès le départ un but mercantile, à savoir la réalisation ou la promotion d'un produit prédéfini, et les processus de conception de l'objet sont focalisés sur ce programme, s'interdisant tout écart. Le propos de ces œuvres porte dès le départ sur une volonté de rentabilisation la plus forte possible des sommes investies dans leur

²⁸⁵³ En France: art. L 611-10 ch. 2 CPI, qui les exclut du champ de protection des brevets

²⁸⁵⁴ Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, op. cit, pp. 107-108, n°120.

²⁸⁵⁵ Raymond LOEWY, *La Laideur se vend mal*, Gallimard, coll. L'Air du temps, Paris 1953, cité par Hermine-Charlotte FOUCHER, *Le Concept des arts appliqués*, op. cit., chap. I, « La question de la protection des œuvres androgynes – Problématique ».

élaboration ; ce but s'accompagne d'une industrialisation non seulement de la distribution ou de la réception, mais aussi de l'élaboration et de la conception de l'œuvre, ce qui entraîne un certain nombre d'automatismes allant à l'opposé de la démarche créatrice. Ces « œuvres » – souvent collectives, fabriquées selon des méthodes rôdées et dont il devient difficile d'identifier l'auteur au regard de l'organisation mise en place – sont conçues comme des *produits*, en fonction d'un public cible, voire en se fondant sur des études de marché. C'est dès lors davantage la technique, le savoir-faire et les capacités d'adaptation du concepteur que sa personnalité profonde qui trouveront à s'exprimer. La « créativité » est réduite à servir le « goût » – la plupart du temps supposé – du public, et l'exploration de l'incertitude fait place aux recettes éprouvées²⁸⁵⁶. Dans le dessin industriel par exemple, la recherche qui porte sur l'aspect, le rendu de l'objet, destiné à faire vendre, prime très clairement le besoin d'exprimer ce que l'on porte au fond de soi ou de s'approprier le monde. Si les productions des dessinateurs industriels peuvent donc témoigner de la créativité de leurs auteurs, celle-ci ne porte guère que sur les agréments, de simples éléments *décoratifs* destinés le plus souvent à rendre les objets industriels auxquels ils s'appliquent plus attrayants et « affectifs » – voire *désirables* – en vue d'assurer leur achat. Bien que leur activité poursuive en apparence des préoccupations esthétiques, les efforts des dessinateurs industriels et des stylistes sont surtout déployés en vue de susciter la vente, dans un contexte capitaliste où les ressorts de la libido sont mis à profit pour susciter la consommation²⁸⁵⁷. On peut en dire autant des publicitaires : « dans la publicité, contrairement à l'œuvre, c'est le message qui prime sur la façon dont il est exprimé »²⁸⁵⁸.

Mais l'art n'est-il pas également une technique ? Si en art la technique et le projet initial cèdent le pas devant les impératifs propres au processus créatif, c'est le contraire qui se produit pour les activités des « arts industriels » ou de l'artisanat, le respect du programme se révélant impératif. Les « méthodes rôdées » auxquelles fait référence Guy Aznar²⁸⁵⁹ sont du reste bien plus limitatives dans l'expression de soi que les techniques artistiques en tant que telles. Et encore convient-il de souligner un certain antagonisme entre ces techniques et le processus créatif lui-même. En effet, bien qu'en art ou en littérature l'apprentissage technique n'ait rien de superflu, il empêche dans un premier temps l'expérience intérieure induite par le processus créatif, en d'autres termes il entrave la créativité, les plus instruits de technique se révélant les plus récalcitrants à renoncer à leur projet de « faire beau » pour atteindre à une expression plus spontanée, plus « originale », loin de l'appris et des conditionnements culturels. Ce fait est souvent vérifié dans les ateliers de l'« Art cru » par exemple. Or, dans ces domaines, la créativité – prise au sens propre du terme – reste l'essentiel du propos, le

²⁸⁵⁶ Voir notamment Guy AZNAR, *Idées*, op. cit., introduction, p. 4.

²⁸⁵⁷ Voir ci-dessus, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « Manipulation et marketing – Les Origines », pp. 176 ss.

²⁸⁵⁸ Agnès TRICOIRE, *Les Dangers du relativisme pour la liberté de l'art* [a], op. cit., p. 143.

²⁸⁵⁹ Guy AZNAR, *Idées*, op. cit., introduction, p. 4.

désir de créer pouvant même l'emporter sur toute autre considération ; c'est ce qui rend du reste cette activité si essentielle aux humains. Seuls ceux qui l'ignorent ou qui ont assimilé la technique au point de l'oublier peuvent pleinement donner la parole à leur imaginaire. C'est sans doute le sens que porte le conseil donné aux calligraphes japonais de laisser *le pinceau* ou *la main* s'exprimer : tout, mais pas le mental et sa logique déductive. À l'inverse, le savoir technique est primordial dans les domaines de l'artisanat et des « arts industriels ».

Ainsi, lorsque Immanuel Kant parle de la *gratuité* propre à toute recherche véritable du beau, les dessinateurs industriels qui cherchent à améliorer l'apparence de l'objet ne poursuivent pas la même recherche, et n'accordent pas le même sens à la beauté. Ils poursuivent plutôt une forme de « beau *utile* » où le savoir-faire prend une grande part : « Le beau appartient au monde de la mode, de la démode, donc de la surconsommation »²⁸⁶⁰. Il convient de garder à l'esprit que cette gratuité est ce qui justifie l'*autonomie* dont jouissent les créations artistiques en matière de censure, et c'est donc dans cette perspective qu'il convient de l'entendre. C'est plus que jamais la nature de l'engagement personnel de l'auteur, davantage que la recherche du beau, qui caractérise la démarche artistique. Le « *design* » nous aura appris que la recherche de l'aspect esthétique peut rester étrangère à la démarche artistique.

Cela ne signifie pas que les dessinateurs industriels ne mettent rien d'eux-mêmes dans leur travail. Il est ici capital de se rappeler que toute activité humaine qui n'est pas strictement conditionnée par les impératifs d'une machine ou d'un programme détaillé à l'extrême – autrement dit toute activité qui ne voit pas dans l'opérateur un simple *exécutant* – laisse transparaître d'une manière ou d'une autre la personnalité de celui qui l'accomplit. C'est ce qui distingue, nous l'avons vu, l'activité artisanale de celle de l'ouvrier en usine²⁸⁶¹. Dans le domaine des inventions, toutes les inventions brevetables ne reflètent-elles pas elles aussi l'ingéniosité et la ténacité de leur concepteur, voire ses intérêts personnels pour un domaine technique particulier ? Dans le langage courant, ne peut-on pas dire du moteur à explosion qu'il compte parmi les « œuvres de l'esprit » ? Faut-il pour autant protéger cette invention par le biais du droit d'auteur ? On voit bien par là que l'abaissement du critère de l'originalité nous conduit à l'impasse, ou, pire : à des guides trompeurs. Toute production porte, même dans une faible mesure, l'empreinte de la personnalité de son auteur dès lors que celui-ci s'est nécessairement impliqué dans son travail. Mais ne s'agit-il pas alors plutôt d'un *travail* que d'une *œuvre* ? Lorsque Agnès Tricoire, à la suite de Denys Riout²⁸⁶², entend défendre le genre monochrome²⁸⁶³ par le caractère singulier de chaque œuvre, il est possible d'en dire tout autant des peintres en bâtiment qui travaillent le *stucco* : la

²⁸⁶⁰ Dominique SIMONNET, *Philippe Starck* : « Il faut en finir avec le design » [a], op. cit.

²⁸⁶¹ Voir ci-dessus, chap. « Art et artisanat : l'art est-il une technique ? », pp. 596 ss.

²⁸⁶² Denys RIOUT, *La Peinture monochrome*, Folio, coll. Folio Essais, Paris 2006.

²⁸⁶³ Les *Achromes* blancs de Piero Manzoni, en l'occurrence (Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 114.

manière de chacun d'eux est unique et se reconnaît entre toutes. S'agit-il d'œuvres de l'esprit, *a fortiori* d'art pour autant ? Faut-il protéger cette *manière* identifiable de l'artisan par le droit d'auteur ? À l'inverse, tout objet est nécessairement produit en tenant compte de son apparence, même si le souci d'esthétique n'est pas primordial : quel est l'artisan qui négligerait volontairement l'apparence de l'armoire qu'il construit au motif qu'elle se doit d'être avant tout fonctionnelle ? Le droit d'auteur n'a pourtant pas pour vocation de protéger tout artefact humain : l'expression « reflet de la personnalité de l'auteur » entendue comme critère de protection doit donc nécessairement s'entendre de manière restrictive. Elle doit exclure les activités *conditionnées dès l'origine et dans leur but même* par un programme, en d'autres termes les artefacts dont le projet initial conditionne de bout en bout le processus d'élaboration. La logique même de ces processus de production se limite alors à exécuter le projet de la manière la plus fidèle possible. Même si les artistes comptent parmi eux des médiocres incapables de s'abandonner au processus créatif ou qui considèrent l'exécution de l'œuvre comme une corvée et non comme une révélation progressive de l'incertitude qu'ils portent en eux, une telle approche ne correspond pas au but même de l'art. Dans la même ligne, s'il existe des œuvres scientifiques qui se contentent de glaner les éléments confortant l'opinion initiale de l'auteur, on s'attend de toute véritable *recherche* intellectuelle qu'elle conduise son auteur à faire des découvertes, à mûrir sa position, voire à modifier le parcours de sa réflexion initiale, faute de quoi une telle démarche perdrait tout sens.

□ *L'intention artistique du concepteur*

Enfin, la reconnaissance des productions des stylistes et autres dessinateurs industriels pose également question si l'on considère qu'ils ne prétendent en fin de compte pas faire œuvre artistique. Michel Vivant dénonce ce qu'il faut bien appeler les dangers d'une manipulation sémantique de l'industrie à des fins monopolistiques :

« lorsque le juge dit que cette création [une boîte à kiwis, un stylo à bille "4 couleurs"] doit être tenue pour une œuvre, à travers cette qualification il lui confère un statut qui permet au titulaire des droits de contrôler un marché, alors même que le concepteur des objets en cause n'a pas prétendu faire œuvre artistique »²⁸⁶⁴.

Mais il s'agit d'un argument avant tout destiné à s'opposer à ceux qui voudraient que la vérité du droit d'auteur s'aligne sur la vérité de l'art, si tant est qu'il y en ait une. L'application de l'arrêt « Paradis » et la prise en considération de « l'approche de l'artiste » exclut ainsi d'office boulons et petites culottes du périmètre de protection, ce dont les juges ne semblent pas s'être aperçus²⁸⁶⁵. La cohérence du raisonnement est le minimum que l'on soit en droit d'attendre des juges. J'aurais pour ma part tendance à dire que si le concepteur peut donner de précieuses indications concernant la nature de sa démarche, il serait dangereux de le suivre à tout coup, mais pas au risque du retour

²⁸⁶⁴ Michel VIVANT, *L'Art, le vrai et le droit* [a], op. cit., p. 10.

²⁸⁶⁵ Michel Vivant, lui, l'a bien remarqué : « Si [...] une création doit être protégée parce qu'elle appartient au monde de l'art, il serait assez logique de ne pas protéger une création qui n'y appartient pas. *Exit* de la sorte le boulon et la boîte de kiwis... » (*Ibid.*, p. 12).

des boulons et des petites culottes. Ainsi s'agit-il davantage d'interroger la nature de sa démarche en fonction de son contexte de production, l'organisation mise en place ou la mission contractuelle à l'origine de son intervention que de l'interroger lui-même²⁸⁶⁶.

André et Henri-Jacques Lucas conseillent de renoncer au critère de la multiplicité des formes et de s'en tenir à la *finalité* pour déterminer la protection applicable et « donner un sens à l'exigence d'originalité en matière d'art appliqué ». Seul « le créateur qui a été animé par des préoccupations d'ordre esthétique » pourrait en conséquence bénéficier de la protection du droit d'auteur²⁸⁶⁷. Michel Vivant et Jean-Michel Bruguère y voient une injonction peu réaliste faite au juge de « sonder les reins et les cœurs »²⁸⁶⁸. J'ai montré que cela n'était pas nécessaire, et que l'analyse objective du contexte de la production – en particulier de son organisation –, jointe à une connaissance de base des fondamentaux du capitalisme, suffisait à la gestion de la preuve.

Les productions des « arts appliqués à l'artisanat »

□ *Les domaines dévolus à l'art*

Nous venons de voir que les arts appliqués à l'industrie, autrement dit les productions des stylistes et des dessinateurs industriels (« *designers* »), ne remplissent pas le critère de la liberté d'exécution. Mais tel n'est pas le cas des domaines de l'artisanat traditionnellement dévolus aux pratiques artistiques (artisanat d'art), tels que la tapisserie ou le vitrail, qu'il convient de considérer comme des disciplines artistiques à part entière, à cette distinction près que l'auteur, qui en conçoit le carton, n'en est pas souvent l'exécutant. Les rejeter de la protection équivaldrait à exclure des œuvres élaborées à l'aide de techniques telles que la lithographie, ce qui n'aurait pas de sens : la fonction de ces domaines artisanaux est en effet de produire des œuvres remplissant la même fonction que les œuvres d'art. Leur protection fait d'autant moins question que leurs productions sont également dénuées de toute utilité immédiate.

□ *Les autres domaines*

Restent les autres arts appliqués à l'artisanat. Prenons l'exemple de créateurs de pulls comme Kaffe Fassett²⁸⁶⁹, dont j'ai déjà parlé²⁸⁷⁰. Leur créativité ne fait aucun doute. Mais leurs productions doivent-elles donner prise au droit d'auteur pour autant, et non au droit des dessins et modèles ? La question est pour le moins délicate. La seule contrainte qui les affecte est celle de l'usage de l'objet : un pull doit pouvoir servir de

²⁸⁶⁶ Voir ci-dessus, à propos de « Paradis » de Jacob Gautel, chap. « L'Originalité – Abaissement du critère », pp. 689 ss, p. 694.

²⁸⁶⁷ André LUCAS, Henri-Jacques LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 108, n°125, cité par Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, op. cit, p. 109, n°121.

²⁸⁶⁸ *Ibid.*, p. 109, n°121 *in fine*.

²⁸⁶⁹ Kaffe FASSETT, *Kaffe's classics*, op. cit.

²⁸⁷⁰ Voir ci-dessus, chap. « Une notion banalisée », pp. 640 ss.

vêtement. Une telle contrainte ne semble pas suffisante pour les exclure au regard du critère de la liberté d'expression. On s'aperçoit toutefois que la difficulté à trancher ne vient pas seulement du sentiment d'être en présence d'une véritable œuvre personnelle bien qu'il s'agisse aussi d'un objet utilitaire, mais également de l'exclusion des objets des arts appliqués à l'industrie. Le critère de la contrainte de l'expression semble sans doute plus adéquat que celui de la réalisation personnelle de l'œuvre, mais il ne permet pas toujours de fixer avec certitude le périmètre de protection. Certes, les contraintes s'exerçant sur les arts appliqués à l'artisanat (conserver à l'objet conçu son caractère fonctionnel), comparées à celles affectant la démarche des arts appliqués à l'industrie, apparaissent d'autant plus faibles que les secondes incluent les premières tout en incluant deux autres types de contraintes, relatives à la maximisation des profits (rendre l'objet désirable non aux yeux du concepteur mais à ceux de la clientèle) et aux moyens de production (choisir une forme aisément reproductible). Les productions des arts appliqués à l'artisanat pourraient plaider en faveur d'une typologie des régimes de protection, qui permet de les inclure dans le périmètre protégé tout en apportant les nuances nécessaires à l'intérieur de ce dernier. La définition d'un périmètre de protection devient d'autant plus délicate lorsqu'il s'agit de trancher dans un contexte de « tout ou rien ».

Le droit d'auteur face aux logiciels

Le caractère complexe et très spécifique des programmes d'ordinateur nécessite de partir du droit d'auteur actuel avant d'envisager les règles qu'il serait souhaitable de leur appliquer en vertu des principes que je défends.

La situation actuelle

Nous avons vu que les logiciels ne devraient pas compter parmi les œuvres littéraires, sauf à donner à ce terme un sens qu'il n'avait déjà plus lors de la rédaction de la première loi française sur le droit d'auteur²⁸⁷¹. Ils figurent toutefois dans la nomenclature des œuvres protégées expressément par la loi sur le droit d'auteur²⁸⁷², contrairement aux bases de données dont Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière nous rappellent qu'elles ne comptent même pas parmi les droits voisins, et constitueraient même, évoquant le bon mot de certains, un « droit voisin des droits voisins », si l'on considère que les dispositions qui s'y appliquent n'instaurent pas de droit privatif mais reprennent les développements de la jurisprudence en matière de parasitisme²⁸⁷³.

Ivan Cherpillod part de l'exclusion de la protection des règles (procédés et méthodes), objet du droit des brevets, pour délimiter la portée des critères de protection

²⁸⁷¹ Voir ci-dessus, chap. « Un objet aux contours incertains », pp. 676 ss.

²⁸⁷² En droit suisse : « Les programmes d'ordinateurs (logiciels) sont également considérés comme des œuvres. » (art. 2 al. 3 LDA – RS 231.1);

²⁸⁷³ Michel VIVANT, Jean-Michel BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, op. cit, p. 27, n°19.

applicables aux logiciels. Sont d'entrée de cause exclus de la protection les principes mathématiques, les méthodes de programmation et les règles de calcul mis en œuvre par le logiciel²⁸⁷⁴. Dans le même esprit, la Directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur précise en son article 1.2 que « Les idées et principes qui sont à la base de quelque élément que ce soit d'un programme d'ordinateur, y compris ceux qui sont à la base de ses interfaces, ne sont pas protégés par le droit d'auteur en vertu de la présente directive »²⁸⁷⁵. Ceci dit, si l'on se porte sur les programmes proprement dits, on s'aperçoit qu'ils sont constitués d'une série d'instructions établies dans un ordre déterminé. Ils « tendent à fournir la solution de tous les problèmes d'un type donné » et possèdent de ce fait « le caractère d'une méthode rigoureusement définie et utilisable pour un nombre indéterminé d'applications ». L'avocat lausannois en déduit que « la protection ne peut dès lors s'attacher qu'à leur forme, par opposition à la règle qui est à leur base »²⁸⁷⁶, à savoir l'algorithme qui leur sert de plan.

Quant à Michel Vivant, il déduit de la destination du code une interprétation fort restrictive de l'originalité : « on est bien en présence d'une œuvre qui, s'adressant qui plus est à une machine, n'est justiciable que d'une appréciation intellectuelle »²⁸⁷⁷.

Critique et droit souhaitable

Cette lecture se veut respectueuse de la loi, laquelle, protégeant expressément les logiciels²⁸⁷⁸, oblige de ce fait les juges à en tirer les conséquences qui s'imposent en matière d'interprétation des conditions de protection, alors que ces dernières restent en apparence inchangées. Il n'est pas sûr cependant que ce partage entre codes et algorithmes est convaincant au regard des définitions données en début de raisonnement. Toute la question est de savoir où situer la démarcation entre la règle et ses applications. Contrairement à d'autres doctrinaires²⁸⁷⁹, Ivan Cherpillod se refuse à voir dans le code lui-même une telle règle, au motif qu'il peut adopter une *structure* qui lui est propre et se distinguer du chemin logique (formalisé par l'algorithme) choisi par le programmeur ; à l'entendre, la protection ne saurait donc se limiter à la description du programme en langage usuel mais s'étendrait à la structure même du code, comme la doctrine majoritaire le pense. Il y a lieu à mon sens de renvoyer tout le monde dos à dos. Les tenants de la protection du descriptif du logiciel d'abord, car on

²⁸⁷⁴ Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 179, n°282.

²⁸⁷⁵ Art. 1.2 Directive européenne 91/250/CEE du 14.05.1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, dans JO n°L 122 du 17.05.1991, pp. 42-46 ; <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31991L0250:FR:HTML>.

²⁸⁷⁶ Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., pp. 178-179, n°281 et citations de la note 152.

²⁸⁷⁷ Michel VIVANT, *Les Métamorphoses de l'œuvre* [a], op. cit., n°14.

²⁸⁷⁸ En droit suisse : art. 2 al. 3 LDA ; en droit français : art. L. 112-2, ch. 13 CPI.

²⁸⁷⁹ Alois TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, xxx, Bâle/Francfort 1983, vol. I, p. 357 ; Max KUMMER, *Das urheberrechtlich schützbare Werk*, xxx, Berne 1968, pp. 200 ss, cités par Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 179, note 154.

peut gager qu'à l'instar des modes d'emploi techniques, le descriptif ne présentera guère d'originalité, réduit qu'il est à exposer les grandes lignes d'un code auquel ils dénie toute protection ; ceux qui voient dans le code une structure susceptible de protection ensuite, car ils soutiennent en matière de protection la vision rigide rivée sur la forme qu'Ivan Cherpillod voulait précisément éviter en défendant la thèse d'une protection des idées²⁸⁸⁰.

Si Philippe Gaudrat critique la protection des logiciels par le droit d'auteur au motif que leur code est dépourvu de toute « forme interne », raison pour laquelle il a fallu modifier la portée de la condition discriminante qu'était l'originalité²⁸⁸¹, leur protection par le droit d'auteur semble plus pertinente encore si l'on considère la question de leur structure. La *structure* d'un code peut-elle être originale ? Si l'on s'en tient à une vision objective de la chose, elle peut assurément être *nouvelle*. Mais à l'aune du processus d'abstraction dégressif, la structure d'un code se révèle bien distincte de celle d'un récit de fiction, essentiellement parce qu'elle est destinée à son exécution par une machine, aussi sophistiquée fût-elle ; le perdre de vue, c'est se condamner à confondre une *instruction*, voire une *information*, et une *idée*. La structure du code n'évite pas qu'il demeure une *suite* d'instructions dont la formalisation répond à des codes logiques extrêmement stricts, chacune étant exécutée pour elle-même en vue d'un résultat pratique ; en un mot, elles restent *ordonnées*, là où la *structure* d'un récit de fiction permet par la mise en lien plus libre des concepts et des idées qu'elle opère la *transmission* d'affects ou de valeurs portés par l'auteur. J'ai indiqué plus haut qu'un roman n'est pas qu'une suite de phrases prises pour elles-mêmes, et qu'il s'identifie aussi à travers son scénario, ainsi que par le monde fictionnel qu'il dévoile et la manière dont ses personnages interagissent²⁸⁸². Pourquoi appliquer d'autres règles aux logiciels ? La comparaison entre roman et logiciels est éloquente : dans un logiciel, nonobstant l'existence d'une structure, il n'existe pas d'équivalent formel du scénario ou de l'interaction des personnages : l'algorithme n'opère qu'une hiérarchie des instructions, laquelle n'a d'influence que sur leur ordre d'exécution ; il n'y a pas de progression du récit car l'instruction s'adresse à une machine, qui ne fait qu'exécuter celles-ci en un ordre défini, et le seul « scénario » que l'on peut admettre est celui que l'utilisateur « construit » en cours de cession, par son utilisation du logiciel, parcours qui, par définition, ne peut pas être déduit du code²⁸⁸³. Si par ailleurs les modes d'emploi comptent parmi les textes techniques qu'il est souhaitable d'exclure du champ de protection, ne devrait-il pas en être à plus forte raison de même pour ces procédures destinées aux machines ? En regard des moyens d'expression, peut-on sérieusement prétendre que ces suites d'injonctions logiques

²⁸⁸⁰ Idées dont j'ai montré qu'elles ne pouvaient être que celles liées à la forme de l'œuvre.

²⁸⁸¹ Philippe GAUDRAT, *De l'enfer de l'addiction au paradis des toilettes* [a], op. cit., p. 135 ; p. 169, note 14.

²⁸⁸² Voir ci-dessus, chap. « Le processus d'abstraction dégressif », pp. 746 ss.

²⁸⁸³ Et s'il peut l'être, comme c'était le cas dans les premiers logiciels, c'est que le parcours programmé se limite encore plus à une simple succession d'instructions.

autant qu'impersonnelles soient capables de *transmettre* quelque chose d'une personnalité ?

L'« originalité » des logiciels est souvent déduite dans la pratique des choix qui s'ouvrent au programmeur. Un logiciel serait *original* dès que sa complexité fait qu'il existe plusieurs variantes pour parvenir au résultat fonctionnel recherché. Le monde informatique invoque en somme, à sa manière, une originalité fondée sur le *choix*. On parle même en matière de programmation de « style », voire d'« élégance du style », une qualité qui permet parfois d'en désigner le concepteur. Voilà qui donnerait à croire à une véritable forme d'originalité. Mais ce « style » ne porte en fait que sur les aspects purement logiques relatifs à l'approche du problème posé, et non sur le « message » porté par l'œuvre – en d'autres termes la vision du monde qu'il révèle par touches. On retrouve les notions d'élégance et de style dans le langage des mathématiciens, concernant les différentes manières, plus ou moins subtiles et efficaces, de résoudre une équation. Voir dans le logiciel, en raison de ce « style », une œuvre protégée, c'est, encore une fois, voir dans la moindre action d'une personne l'effet d'une *personnalité*²⁸⁸⁴.

Mais plus qu'au regard de l'originalité, c'est en raison du critère de la *polysémie* que les logiciels devraient se voir refuser toute protection à titre du droit d'auteur. Les logiciels étant par nature conçus pour être exécutés par des machines qui ne les comprennent pas, ils ne peuvent l'être que d'une manière univoque, celle par laquelle passe la machine, même si, entaché d'une erreur de conception, le code ne donne pas les résultats attendus par l'informaticien. Il n'existe en fait rien de plus univoque qu'un logiciel. Et c'est essentiellement à ce titre qu'il conviendrait d'exclure l'ensemble des logiciels du périmètre de protection, la polysémie devant à mon sens faire partie des conditions de protection et de compréhension de l'œuvre.

Le droit d'auteur face à la photographie

C'est un fait que la reconnaissance des photographies en tant qu'œuvres protégées a largement contribué à abaisser le critère de l'originalité. La photographie s'est vu longtemps refuser l'accès au périmètre de protection, et ce n'est pas sans raison. Cette technique, qui repose sur une reproduction *mécanique* de son motif, offre en effet un cas limite à la notion d'œuvre.

Représentation ou interprétation ?

La photographie manifeste l'intentionnalité du regard, d'où le fait que la personnalité puisse en partie trouver à s'exprimer à travers elle. Mais le caractère mécanique de la reproduction qu'elle opère ne permet pas une véritable *appropriation* de son motif – en d'autres termes son *intérieurisation* –, sous réserve d'un traitement ultérieur de l'image qui tend à l'éloigner de cette technique pour la rapprocher du graphisme. Pour Georges Brunon, la photographie est *mémoire sans présent* et *mise en scène* bien plus qu'elle

²⁸⁸⁴ Voir ci-dessus, p. 679.

n'est art²⁸⁸⁵. Le propos n'étant pas de délimiter la notion d'art, mais plutôt le périmètre de protection du droit d'auteur, je dirais que la photographie est davantage *mise en scène* et *interprétation* que *représentation* de l'auteur : son caractère mécanique ne la prédispose pas à dire quelque chose d'un regard et sa mémoire est fossile. La photographie nous prouve cette distance qui sépare le présent de l'instantané par l'aspect raidi des postures dans lesquelles, trop souvent, elle surprend ses modèles... et jusqu'à son auteur. Ces instants volés ne reproduisent pas le souvenir que nous gardons des choses et des êtres, mais n'en rapportent qu'un *indice* extérieur. Le temps de l'œuvre, lui, est un *présent* beaucoup plus riche qu'un *instantané* qui dure. Seul l'œil averti du photographe – son regard en fait – lui permet de pressentir et de capter le moment significatif et fugace où présent et instantané se rejoignent. La *représentation* suppose l'intériorisation psychique de son objet.

Trop souvent, cette dimension mécanique du processus fait également de l'acte de photographier le reflet de l'esprit ambiant de consommation, par son esprit de *capture* et d'*archivage* plutôt que de *regard* qui l'inscrit dans une démarche proprement inverse du processus créatif, proche de l'esprit de collection ; tel est le cas de ces touristes qui n'abordent les pays qu'ils traversent qu'à travers leur objectif, sans se donner la peine de prendre le pouls de la réalité qu'ils parcourent en aveugles. L'expression « *prendre* une photographie » ne le dit-elle pas assez ? Nous sommes alors à l'opposé de l'approche du motif préconisée par Frederick Franck²⁸⁸⁶. Au lieu de permettre la *transposition*, l'*intériorisation* du motif, la photographie s'*interpose* très souvent entre l'auteur et la réalité, et s'assimile psychologiquement à une *prise de possession* de cette dernière, littéralement à une *mise à disposition* de la réalité entraînant ce que Walter Benjamin a nommé « perte de l'aura »²⁸⁸⁷. La photographie entraînerait ainsi une « perte de l'aura » de la réalité visible. On ne s'étonnera pas de constater que certains artistes restent extrêmement critiques à l'égard de cette technique, lui reprochant avant tout d'empêcher celui qui la pratique de *voir*. Frederick Franck exprime fort bien ce phénomène :

« Dans le temps, je faisais de la photographie, mais à la longue je ne supportais plus cet appareil entre mon œil et le paysage. Je sentais que la chasse aux images prenait la place du VOIR réel ; il gênait le VOIR. L'objectif fonctionnait trop vite pour moi. Pour voir, je devais laisser reposer mon œil sur les choses fortuites : le paysage, une roche, une "mauvaise herbe" le long du chemin [...]. Je devais faire partie du paysage [...]. Je dus échanger ma belle caméra pour un crayon. »²⁸⁸⁸

Or c'est le *regard* et l'intériorisation psychique qu'il suppose qui confère à l'œuvre son caractère de *représentation* et l'originalité susceptible d'assurer sa protection – ou du moins le devrait –, étant entendu, une fois de plus, que cette originalité n'est pas l'apanage de l'art mais se retrouve, dans une moindre mesure, dans les œuvres

²⁸⁸⁵ Georges BRUNON, *L'Art sans l'Histoire de l'art*, op. cit., p. 94.

²⁸⁸⁶ Voir ci-dessus, chap. « Les plus grands apports de l'art », pp. 586 ss, p. 587 ; Frederick FRANCK, *L'Œil du zen*, op. cit.

²⁸⁸⁷ Walter BENJAMIN, *L'Œuvre d'art à l'heure de sa reproductibilité technique* [a], op. cit.

²⁸⁸⁸ Frederick FRANCK, *L'Œil du zen*, op. cit., pp. 144-145.

scientifiques où l'auteur est présent. Mais le regard est *exigence*, traque sans concession de l'*éprouvé* à travers l'immersion dans le *senti*, et nécessite l'engagement de l'auteur. Or la photographie n'a-t-elle pas fait croire à chacun qu'il suffisait d'appuyer sur un déclencheur pour créer ? Le slogan démagogique défendu par Joseph Beuys, « tout le monde est un artiste », n'a-t-il pas été amplement évoqué à propos de la photographie ?

La photographie, œuvre limite

On imagine déjà les protestations outrées de ceux qui croyaient la photographie définitivement à l'abri de toute remise en cause quant à sa protection, accordant les lèvres serrées que certaines photographies pourraient s'avérer trop « banales » pour justifier l'exclusion, sans que cela remette en cause le genre. Cas limite du droit d'auteur, la photographie pose pourtant la question de principe relative à ces productions dont la mise en forme est réduite à sa plus simple expression et échappe pour ainsi dire à l'auteur, ne laissant pour tout ancrage à la protection qu'une originalité réduite à une mise en scène ou, dans les cas où le photographe s'interdit d'intervenir sur son motif, au *choix* ou à l'*idée* d'un angle de vue, d'un cadrage, ou du moment approprié. C'est la question fondamentale posée par l'arrêt « Paradis » : peut-on considérer le choix d'un emplacement, ou d'un cadrage, ou tout acte antérieur à la mise en forme objective, comme participant de l'originalité de l'*œuvre* ? La photographie, indéniablement, a ouvert la voie à l'AC sur ce point.

L'originalité en photographie

Nombre de photographies d'amateurs ne remplissent pas la condition d'originalité. Il en est de même de certaines photographies de professionnels, même aux yeux de la jurisprudence actuelle. Deux jurisprudences françaises récentes qui ont refusé la protection à des clichés professionnels sous l'angle de l'originalité du motif méritent un commentaire. Nous nous interrogerons ensuite sur ce qui fait que « rien n'est plus subjectif que l'appréciation de l'originalité d'une photographie »²⁸⁸⁹, et quelles sont les conséquences qu'il faudrait en tirer quant à leur protection par le droit d'auteur.

Un arrêt du 20 octobre 2011, rendu par la première chambre civile de la Cour de Cassation²⁸⁹⁰, a dénié la protection à une photographie représentant deux rougets dans une assiette provençale à fond jaune, dont les droits ont été cédés par un photographe professionnel à la Ville de Marseille en vue d'illustrer un article sur la bouillabaisse. Constatant que la photographie avait également été reproduite sur la couverture de la revue et affichée sur divers panneaux publicitaires de la cité phocéenne, le réalisateur de la photographie assigna la Ville de Marseille en contrefaçon. Le Tribunal de Grande Instance de Marseille lui donna raison, retenant le caractère original de la photographie, mais la Ville de Marseille interjeta appel. Elle argua du fait que la

²⁸⁸⁹ Joëlle VERBRUGGE, *Originalité : brume épaisse sur la Champagne Ardenne* [a], op. cit.

²⁸⁹⁰ Cass, 1^{ère} ch. civ., 20.10.2011, n°10-21.251, inédit ; <http://legimobile.fr/fr/jp/j/c/civ/1ere/2011/10/20/10-21251>.

photographie revendiquée n'était pas susceptible de protection au titre du droit d'auteur, à défaut d'originalité, relevant en outre que la photographie de couverture, représentant elle aussi des poissons dans une assiette, s'en distinguait fortement puisqu'elle contenait d'autres poissons, disposés autrement, le droit d'auteur ne protégeant ni un genre ni un concept et aucun préjudice moral n'étant à déplorer. La Cour d'appel releva :

« Les appelants soutiennent à bon droit que l'originalité ne se confond pas avec la compétence professionnelle. [...] [Le photographe] n'explique pas en quoi le cliché litigieux représentant deux poissons dans une assiette provençale procèderait d'une activité créatrice révélant sa personnalité nonobstant la position en arc de cercle des poissons et l'angle de vue utilisé. En effet, force est de constater que ce cliché n'est révélateur d'aucune recherche dans les éclairages adéquats, la tonalité des fonds, l'environnement mobilier et les angles de prises de vue. Il ne constitue ainsi qu'une prestation de services techniques ne traduisant qu'un savoir-faire. »

Le photographe se pourvut en cassation contre cet arrêt, qui ne semblait pas tenir compte des explications qu'il avait données pour justifier sa démarche esthétique en matière de couleurs, de contrastes et de composition²⁸⁹¹. L'arrêt fut néanmoins confirmé par la Cour, l'examen de cette dernière étant limité à l'application du droit et ne portant pas sur le fond²⁸⁹². On voit ici toute la différence qui sépare nouveauté et originalité. Entendue comme nouveauté, toute photographie réalisée est nécessairement nouvelle : le moindre changement de lumière, d'angle ou de cadrage la distingue de celles qui l'ont précédées, à condition bien sûr d'évacuer de la notion de nouveauté l'exigence d'un apport réel, d'un « bond » par rapport au *corpus* des œuvres préexistantes que le droit des brevets y met. Entendue comme expression d'une personnalité, ou, mieux, dans le sens d'authenticité, l'affaire devient tout autre, car la mécanisation du processus fait qu'une photographie peut être presque prise par inadvertance, et qu'il est difficile d'y voir toujours l'effet d'une personnalité. Cela ne préjuge pas des travaux de retouche, qui peuvent modifier son rendu en profondeur, comme cela était le cas des travaux de développement autrefois.

Il est en outre assez curieux – dans l'absolu s'entend, le raisonnement cité ci-dessus étant classique dans les faits – de dénier l'originalité à un cliché en raison d'une mise en scène et d'un motif trop communs pour s'avérer personnels, tout en admettant qu'il aurait pu l'être en raison d'une « recherche dans les éclairages adéquats, la tonalité des fonds, l'environnement mobilier et les angles de prises de vue »²⁸⁹³. En concluant que

²⁸⁹¹ Le photographe alléguait en effet clairement que sa photographie portait « à l'évidence la marque de la personnalité de son auteur », dans la mesure où elle représentait « une assiette sur laquelle se trouvent deux rougets dont les têtes et les queues se rejoignent, placées en arc de cercle suivant la bordure de l'assiette et formant deux courbes harmonieuses », l'assiette, de couleur safran, « évoquant la couleur de la bouillabaisse et de la bourride » et rappelant par son liseré rouge la teinte des deux poissons, le fond noir conférant au motif photographié « un caractère particulièrement lumineux ».

²⁸⁹² Art. L411-2 COJ (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006572199&cidTexte=LEGITEXT000006071164&dateTexte=20111028&oldAction=rechCodeArticle>).

²⁸⁹³ La Cour d'appel de Pau, dans un arrêt du 5 avril 2011 (n°1707/11) a de son côté soutenu que « L'originalité de la photographie doit s'apprécier au vu de l'angle de vue, l'éclairage adéquat pour mettre

la photographie « ne constitue ainsi qu'une prestation de services techniques ne traduisant qu'un savoir-faire », le juge achèvent de semer le trouble : comment le choix d'un éclairage, d'un cadrage, d'un angle de prises de vues peuvent-ils être l'expression d'autre chose que d'un « savoir-faire » ?

Dans une cause opposant deux sociétés spécialisées dans la commercialisation de coffrets cadeaux, à savoir SmartCo (Smartbox) et Multipass (Wonderbox), où l'invocation d'une contrefaçon à l'encontre d'une photographie similaire de yourte mongole sur chacun des deux coffrets concurrents cachait mal le propos d'interdire un acte de concurrence jugé déloyal, une décision du TGI de Paris affirmait :

« La construction de la photographie ne démontre aucun *parti pris esthétique* et ne porte aucune empreinte de la personnalité de son auteur, elle se contente au contraire de représenter une vue extérieure d'une yourte installée dans *un décor naturel sur lequel le photographe n'a aucune emprise* »²⁸⁹⁴.

Notons qu'une telle règle refuserait d'emblée l'originalité à toute photographie documentaire, ce qui est de prime abord discutable. Elle montre de surcroît l'usage douteux qui est fait du critère esthétique – pourtant prohibé par la théorie de l'unité de l'art, alors que celle-ci est expressément imposée par la loi – pour admettre l'originalité en matière de photographie. Faut-il y voir un effet inavoué des questionnements que suscite dans l'esprit des juges le caractère mécanique du procédé photographique ?

La Cour de cassation rappelle toutefois un principe éclairant : « L'originalité doit être appréciée tant dans l'aspect général de l'œuvre que dans les éléments la composant »²⁸⁹⁵, soulignant les limites du procédé analytique de décomposition des divers aspects d'une œuvre pour espérer en dégager l'originalité, propre à toute approche objective. De fait, si aucun de ces éléments pris séparément ne peut permettre l'expression d'une personnalité, même s'il est l'expression d'un choix, la conjonction de tous ces paramètres pourrait peut-être y parvenir, non pas en tant que l'expression de nombreux choix, mais comme le témoin d'une *rencontre* entre un regard et un moment particulier, comme le signe d'une reconnaissance par l'auteur du caractère spécial de l'instant vécu. Mais une rencontre fait-elle l'*expression* d'une personnalité, le reflet d'une *représentation* ? Le fait que l'on puisse construire une représentation à partir d'une photographie est une tout autre discussion et ne préjuge en rien de cette interrogation sur l'équivalence d'une rencontre et d'une expression. Ceci dit, alors que la directive européenne 2006/116/CE prévoit que « La protection des autres photographies [photographies dépourvues d'originalité] doit pouvoir être régie par la

en valeur les objets, le cadrage, les contrastes de couleur et reliefs, la composition, le jeu des lumières, le choix des objectifs...».

²⁸⁹⁴ TGI Paris, 01.07.2011, SmartBox c. Multipass ; c'est moi qui souligne.

²⁸⁹⁵ Cass. 1^{ère} ch. civ., 06.07.1999, cité par Anthony BEM, *Commentaire de l'arrêt TGI Paris du 01.07.2011 dans la cause SmartCo c. Multipass* [a], op. cit. ; ce principe est de jurisprudence constante

législation nationale »²⁸⁹⁶, on pourra déplorer que celles-ci ne bénéficient pas dans les faits d'un statut suffisant en France comme en Suisse, au contraire de l'Allemagne, même si cette dernière, en proposant une sorte de « droit d'auteur allégé », semble aller trop loin pour des productions dénuées d'originalité dont la protection devrait au contraire s'inspirer des règles prévalant en matière de concurrence déloyale et de lutte contre le parasitisme²⁸⁹⁷.

Un autre arrêt, rendu en novembre 2011 par la Cour d'Appel de Paris – soit quelques jours à peine après celui de la cause marseillaise –, opposait un photographe au Comité Régional du Tourisme de Champagne Ardenne. Par contrat de cession de droits remontant à 2004, le premier avait accordé le droit de publier quatre de ses clichés représentant diverses vues de la région de Champagne Ardenne afin d'être publiés dans un livre promouvant la région. Constatant à sa sortie que l'éditeur de l'ouvrage n'était pas le Comité du tourisme lui-même mais une société commerciale, et s'apercevant qu'une de ses photographies, placée en couverture, avait été recadrée et modifiée par rapport à la photo originale – ce qui constituait selon lui une atteinte à l'intégrité de l'œuvre –, le photographe avait poursuivi le Comité de tourisme et l'éditeur pour contrefaçon auprès du Tribunal de Grande Instance de Paris. Débouté, il fit recours auprès de la Cour d'Appel, qui confirma par son arrêt du 25 novembre 2011²⁸⁹⁸ le jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris. Alors que, avec raison, le photographe faisait valoir que le litige portait en fait ici non sur l'originalité de ses photographies mais sur le respect de la convention de cession de droits qu'il avait conclue en octobre 2004 avec le Comité du Tourisme, la Cour d'Appel entra en matière sur la question de l'originalité et débouta l'appelant sur son défaut. L'argumentaire de la Cour d'Appel se fait en deux mouvements : dans un premier temps, elle exige, sous prétexte « que le droit d'auteur ne saurait protéger un style, quand bien même serait-il propre à l'artiste et identifierait immédiatement son auteur, mais protège une forme particulière qui est l'expression de l'effort créatif de l'auteur et qui se trouve dans une oeuvre définie dont chacune des caractéristiques doit être étudiée afin de démontrer son originalité », les juges exigent une preuve circonstanciée pour chacun des clichés revendiqués, ce qui semble exclure d'office la prise en compte de toute caractéristique commune, aussi originale pût-elle sembler si le cliché avait été considéré isolément. C'est là me semble-t-il confondre le refus de protéger un style, qui permet aux tiers de diffuser des clichés de leur façon qui reprendraient ces éléments stylistiques, avec la preuve de l'originalité d'une photographie donnée, laquelle devrait, comme je l'ai indiqué plus haut, porter globalement sur l'ensemble de ses caractéristiques – y compris stylistiques. Peut-on imaginer une œuvre – au sens objectif où la Cour l'entend – dont l'originalité resterait sans rapport avec le style de

²⁸⁹⁶ Art. 16 2006/116/CE ; <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:372:0012:0018:FR:PDF>

²⁸⁹⁷ ENTRAKS, *Non, le droit d'auteur n'est pas mort : éclairage sur la notion d'originalité* [a], 28.10.2011, <http://www.virusphoto.com/217705-non-le-droit-dauteur-nest-pas-mort-eclairage-sur-la-notion-doriginalite.html>.

²⁸⁹⁸ CA Paris, 25.11.2011, RG 11 / 05470.

son auteur ? On peut alors penser que la Cour confond ici sens objectif et subjectif de l'originalité...

Dans un second temps, la Cour s'attache à reprendre chacune des quatre photographies pour montrer en quoi aucune d'elles n'est originale. Et c'est là que Joëlle Verbrugge s'inquiète à juste titre des arguments invoqués, qu'il vaut la peine de reproduire pour les deux premières au moins :

« Considérant que force est de constater :

- que la photographie de couverture qui présente un paysage très fortement vallonné et boisé, en jouant sur le effets de la lumière dans la brume et, au premier plan, sur le reflet dans l'eau est caractéristique d'un système pictural connu depuis la fin du XVIII^e siècle utilisé par des paysagistes français de la seconde moitié du XIX^e siècle ; que la technique photographique permet de combiner au maximum les effets de couleur et ceux de flou présentés par la brume ; que l'échelonnement des reliefs, avec le relief le plus élevé évidemment en fond constitue une technique extrêmement ancienne ; qu'il se déduit de ces constatations que si la photographie démontre la parfaite technique de l'auteur, elle ne met pas pour autant en exergue une originalité témoignant de l'empreinte de sa personnalité ;
- que la seconde photographie montre un paysage de très vastes champs sur un espace plat, surmonté en fond par une hauteur de faible ampleur et assez longue avec un très vaste ciel représentant plus de la moitié du document; qu'elle joue totalement sur le système de la ligne de fuite dont il convient de rappeler qu'il a été inventé à Florence dans le premier quart du XV^e siècle ; qu'une parfaite maîtrise technique, ainsi qu'une correspondance très adéquate avec une image classique de certaines régions de champagne (plaines céréalières sur de légères hauteurs plantées de vignes) ne peut caractériser une originalité découlant de l'empreinte de la personnalité de l'auteur » 2899.

On comprend parfaitement à ces lignes la réaction de Joëlle Verbrugge :

« En rappelant dans son analyse détaillée des photographies que celles-ci se basent sur des règles de composition classiques également appliquées par les peintres, la Cour aurait dû logiquement, à mon sens, en déduire que la conception des photographies était précisément étudiée et résultait d'une démarche sciemment construite. Elle fait juste l'inverse, et les attendus reviennent notamment à ceci : *"puisque les règles de composition de l'image sont classiques, et ont été inventées par les peintres florentins du 15^{ème} siècle, votre image n'a strictement rien d'original"* »²⁹⁰⁰.

À lire la Cour, s'il avait été question d'appliquer à l'époque ces critères aux paysages peints du XIX^e, la plupart – voire la totalité – d'entre eux se seraient vu refuser la protection ; quant aux photographies, on doute qu'il puisse en subsister beaucoup d'originales. En exagérant à peine, on peut même en déduire que plus elles s'avèrent esthétiques, moins elles sont susceptibles de protection, notamment si elles recourent à des proportions tirées du nombre d'or. Voilà une bien curieuse façon de comprendre la théorie de l'unité de l'art... Ces critères d'exclusion ne semblent pas pertinents. Ils prennent semblent-ils en compte le caractère mécanique et automatisé du processus photographique, mais sans oser le dire, vu la protection expressément octroyée par le

²⁸⁹⁹ CA Paris, 25.11.2011, RG 11 / 05470, p. 7, cité par Joëlle VERBRUGGE, *Originalité : brume épaisse sur la Champagne Ardenne* [a], op. cit.

²⁹⁰⁰ Joëlle VERBRUGGE, *Originalité : brume épaisse sur la Champagne Ardenne* [a], op. cit.

législateur. Il y a lieu de rester toutefois beaucoup plus circonspect lorsque Joëlle Verbrugge déduit directement du contrat de cession l'existence d'un droit d'auteur sur les clichés cédés, et donc leur originalité. Il me semble préférable d'invoquer la *mauvaise foi* de celui qui, un jour, acquiert librement des droits sur des photographies pour plaider le lendemain leur inexistence...

On s'apercevra des disparités inquiétantes d'application du droit d'auteur en comparant ces deux décisions avec celle qui a attribué la protection... à des images satellitaires, prétextant qu'elles « supposent une intervention personnalisée à partir d'une technologie complexe »²⁹⁰¹ : voici un bel exemple de l'amalgame grossier que les juges peuvent faire entre intervention d'une *personne* et marque d'une *personnalité*²⁹⁰², mais qui a néanmoins ouvert grand les portes de la protection à ce type d'images. Ou bien faut-il y voir, une fois de plus, la soumission du droit aux intérêts « réalistes » de l'économie ? Quoi qu'il en soit, ces décisions, si aléatoires, prouvent bien que les juges n'ont pas à devenir « maîtres de la majeure » des syllogismes fondant leurs jugements, conséquence de l'absence dans la loi de toute définition concernant les conditions de protection, leur pouvoir d'appréciation devant porter sur l'étape de la subsumption²⁹⁰³ – guidée toutefois par certaines règles en matière de preuve²⁹⁰⁴.

Si l'on tient à assurer une certaine sécurité juridique en matière de photographie, il faudrait assurément cesser de prétendre que toutes les photographies sont potentiellement originales. Il convient surtout de tenir compte du caractère mécanique du processus photographique. Celui-ci rend l'*originalité objective* des photographies difficile à prouver et leur *originalité subjective* incertaine – comment « plonger dans l'indifférencié » sans participer activement à la formation même de l'œuvre ? Ce caractère mécanique tend aussi à entraîner la confusion entre démarche esthétique et originalité ; ne faudrait-il pas dès lors recourir à l'exclusion de certains genres de photographies, tels que la photographie dite d'illustration, la photographie de studio et de mode, voire, de manière générale, la photographie documentaire ? Nous retrouvons ainsi l'exclusion de la protection en raison de la destination économique des productions considérées. Faut-il de plus focaliser la notion d'originalité sur la *saisie d'un instant particulier*, ce qui permettrait de prendre en compte les photographies de paysages ou de motifs pris à un instant tout à fait remarquable ou fortuit, faute de pouvoir se référer à leur style ? La valeur de ces photographies ne tient-elle pas au fait qu'il n'est pas possible de reproduire à demande un tel instant, les éloignant d'autant des inventions scientifiques, par définition reproductibles ? N'est-on pas tenté de voir dans les portraits de grands photographes, plus que la mise en œuvre d'un style, la

²⁹⁰¹ Cour Riom, 14.005.2003, dans JCP E 2004, 1770, n°1

²⁹⁰² Voir ci-dessus, p. 679.

²⁹⁰³ Voir ci-dessus, p. 680.

²⁹⁰⁴ Voir ci-dessus, chap. « L'administration de la preuve au regard de l'originalité », pp. 719 ss, et chap. « L'administration de la preuve au regard de la forme », pp. 751 ss.

saisie particulièrement opportune d'un moment où le modèle semble se livrer davantage ?

Les photographies documentaires devraient dans ce cas se voir appliquer une protection en raison du *travail* effectué par le photographe (déplacement, repérages, organisation des prises de vue en studio, savoir-faire technique) qui supposerait qu'on ne puisse pas utiliser commercialement une photographie sans l'accord de son auteur, tout en déniaut au photographe le droit d'invoquer un quelconque droit à l'intégrité de l'œuvre. Tel devrait assurément être le cas des photographies de tableaux, dont Michel Vivant parle comme « d'œuvres étranges »²⁹⁰⁵ : on peine à envisager en quoi ces « œuvres informationnelles » pourraient traduire la personnalité du photographe. Ce dernier ne se fixe-t-il pas pour but de reproduire le plus fidèlement possible, « au plus près du modèle » dit Michel Vivant, l'œuvre d'un tiers ?²⁹⁰⁶ Ce qui a été dit – à tort – par les juges à propos des parfums (un simple savoir-faire technique) devrait l'être à propos de telles photographies : elles ne mettent en œuvre qu'un savoir-faire où la personnalité s'y mêle si peu que l'on ne saurait même pas affirmer sans tordre les mots qu'il s'agit d'une *interprétation* du tableau. Même la déformation d'un tableau pris sous un angle particulier, si celui-ci constitue le motif principal de la prise de vue, ne saurait constituer une marque de personnalité. Bien pauvre serait-elle sinon !

Le droit d'auteur face à l'AC

Les intervenants de l'AC, par leur recherche de la *nouveauté* formelle aux dépens de l'*authenticité*, trahissent leur dette envers l'idéologie des avant-gardes, naïve sur plus d'un point : elle suppose en effet que l'être humain est inéluctablement appelé à évoluer, et que ce progrès ne peut aller que dans un seul sens. Dans cette conquête irrésistible, la nouveauté fait figure d'avancée et le progrès technique est perçu comme un accomplissement. Le tout se complète du dogme d'un nouveau départ entamé par l'âge contemporain que rien, dans l'Histoire, ne justifie, pas même les horreurs nazies. Nous sommes bien loin de l'idée rousseauiste de perfectibilité de l'homme, ô combien plus profonde.

Dépersonnalisation et rejet de la technique

Ce choix de la nouveauté s'inscrit aussi dans la perspective dépersonnalisante poursuivie par l'AC²⁹⁰⁷. Les plasticiens de l'AC semblent imprégnés de l'idée que le geste technique est dépourvu de tout intérêt et de toute capacité d'apprentissage, parce qu'ils le conçoivent exclusivement comme un geste *mécanique*. Ils semblent refuser la « résistance » de la réalité, probablement inspirés par le kantisme, mais également par une forme de désir de toute-puissance méprisant l'homme au profit des machines, rêvées en tant que systèmes efficaces, parfaitement dociles, régulières et beaucoup plus

²⁹⁰⁵ Michel VIVANT, *Les Métamorphoses de l'œuvre* [a], op. cit., n°8.

²⁹⁰⁶ *Ibid.*, n°8.

²⁹⁰⁷ Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. xxx.

précises que l'homme. N'est-ce pas pour cela qu'ils préfèrent laisser à leurs assistants, et, mieux encore, aux machines, le soin de réaliser à leur place les œuvres qu'ils conçoivent ? Daniel Hirst, un plasticien anglais occupant depuis une vingtaine d'années une place de premier ordre dans le monde de l'AC, a conçu de nombreux tableaux comme des surfaces blanches rythmées d'un maillage de points de différentes couleurs, appelés « *Spots paintings* ». Interrogé sur sa pratique consistant à déléguer la totalité de la réalisation de ces tableaux à ses assistants, il admet : « Les points sont ennuyeux à exécuter. [...] Je veux qu'ils [mes tableaux] *semblent* avoir été faits par une personne *tendant* de peindre comme une machine. » Andy Warhol, qui a conçu de nombreuses sérigraphies dont il a délégué la réalisation à Gerard Malaga et à ses machines, va plus loin encore dans sa recherche du procédé mécanique : « la raison pour laquelle je peins de cette façon est que *je veux être une machine* »²⁹⁰⁸. Ne retrouvons-nous pas avec l'AC le mépris de l'homme affiché par les ingénieurs capitalistes ?²⁹⁰⁹

L'incapacité des tenants de l'AC à comprendre l'enjeu de la technique et du « faire », à voir le rôle de *révéléteur* tenu par la « résistance » de la matière est la pierre d'achoppement entre l'art traditionnel et l'AC. Michel Vivant y voit la cause du rejet de l'AC par le grand public :

« Le travail artistique n'est en rien étranger à la maîtrise d'un savoir-faire. Toute œuvre procède d'un savoir-faire. Et c'est même peut-être le sentiment qu'aucun savoir-faire n'est en cause qui fait rejeter par le grand public l'art conceptuel. »²⁹¹⁰

Les plasticiens ne perçoivent pas que pour les artistes traditionnels la technique peut être également perçue comme « castratrice »²⁹¹¹, dans les cas où l'artiste échoue à opérer avec une intelligence non soumise aux relations de causalité, en d'autres termes à oublier ce qu'il sait pour entrer dans ce qu'il éprouve dans la solitude et les insécurités de l'intime. Les plasticiens de l'AC, pensant la technique comme vile, refusent son épreuve, et ne voient pas qu'ils sortent de ce fait du champ de l'art et de l'expérience à laquelle il permet d'accéder. Réduisant la réalisation concrète du projet initial à un simple acte technique, ils passent à côté de cet aspect capital de la création artistique qu'est le processus créatif. Confiant le plus souvent la réalisation de leurs « concepts » à leurs assistants, ils prétendent pourtant perpétuer une tradition qu'ils font remonter aux premiers ateliers de la Renaissance italienne²⁹¹². Ils oublient toutefois que si le maître d'atelier de l'époque n'assurait pas lui-même la totalité du travail d'élaboration de l'œuvre, il le réalisait au moins en partie tout de même, et se chargeait souvent de sa part la plus hasardeuse. On sait même à présent que Léonard

²⁹⁰⁸ David GALENSON, *Painting by Proxy* [a], 20.03.2012, http://www.huffingtonpost.com/david-galenson/painting-by-proxy_b_1354368.html.

²⁹⁰⁹ Voir ci-dessus, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « Les incidences du capitalisme sur le progrès technique », pp. 180 ss.

²⁹¹⁰ Michel VIVANT, *Les Métamorphoses de l'œuvre* [a], op. cit., n°14.

²⁹¹¹ Voir ci-dessus, p. 546.

²⁹¹² Notamment Éric ANDRIEU, *Les Idées ne sont pas de libre parcours* [a], op. cit.

de Vinci ne confiait à ses élèves que la tâche d'élaborer sous ses directives les différents prototypes de l'œuvre, se réservant le soin d'exécuter l'essentiel de la version finale du projet²⁹¹³. Le maître d'atelier de la Renaissance accepte de ce fait le travail de transformation décrit plus haut, ce qui n'est pas le cas du plasticien actuel. Le partage des tâches au XV^e siècle s'explique par la nécessité de devoir apprêter ses supports et élaborer soi-même ses pigments et ses colles, travail assez fastidieux que le chef d'atelier maîtrise depuis longtemps et où la part technique prédomine ; la plupart des artistes contemporains en sont depuis longtemps déchargés par les fabricants de couleur, ce qui retire toute caution historique à cette pratique. Le plasticien se contente de faire exécuter un projet. En refusant de se confronter à la matière, il refuse les repentirs, les tâtonnements, la transformation de l'être, le dialogue avec l'œuvre. N'étant pas transformé par son œuvre, celle-ci perd tout pouvoir de transformer le public en retour. Aussi catégorique que cela puisse paraître, le plasticien n'a de ce fait rien à nous apprendre sur nous-mêmes, ayant fait le choix – que ce soit par facilité ou mépris de la matière – de ne rien apprendre de lui-même à travers sa pratique. On pense alors à la phrase d'André Malraux décochée dans *L'Espoir* : « On ne peut pas faire un art qui parle aux masses quand on n'a rien à leur dire »²⁹¹⁴.

« Résistance » de la matière contre « art par procuration »

Nous avons vu la place qu'occupe la « résistance » de la matière dans la démarche artistique. Qu'en est-il donc de l'« art conceptuel » ? Il rejette le jeu de l'artiste avec une matière d'autant plus indispensable qu'elle est seule en mesure de « résister » à son projet, lui évitant ainsi de sombrer dans un intellectualisme aussi stérile qu'auto-centré ; cette attitude est d'autant plus dommageable qu'elle pourrait bien exclure – comme il le prétend du reste lui-même – l'AC du champ de l'art : tout apprentissage du regard ou tout discours sur l'art n'est ni *art* ni constitutif d'un geste créateur, même s'il peut influencer l'histoire de l'art.

Marcel Duchamp, dans sa conférence de Huston de 1957, tentant de cerner la part inconsciente du processus créatif, remarquait que la réalisation finale de l'artiste différait toujours de son intention initiale, à la suite de multiples tâtonnements, assimilables à une « lutte » : or, pour Marcel Duchamp, c'est dans cette différence que réside précisément ce qu'il désigna par le « coefficient d'art » de l'œuvre²⁹¹⁵. Si l'auteur « donne à voir », c'est dans la mesure de ce « coefficient d'art », dans la mesure de ce que l'œuvre lui a révélé de lui. On se demande toutefois où trouver un « coefficient d'art » dans les « *ready-mades* » : un concept ou le simple fait de désigner un objet comme œuvre n'ont rien d'un « combat » et ne révèlent de l'auteur que ce qu'il sait déjà de lui. La pratique du « *ready made* », précisément parce qu'elle ne fait

²⁹¹³ Thomas SCHLESSER, *Et si c'était Léonard, le copiste ? – Quatre étapes pour mieux comprendre le processus de l'atelier de Vinci* [a], dans Beaux-Arts, hors série mars 2012, *Léonard de Vinci – Les secrets d'un génie*, pp. 44-45.

²⁹¹⁴ André MALRAUX, *L'Espoir*, Gallimard, Paris xxx [1937], p. xxx.

²⁹¹⁵ Jean-Paul JOUARY, *Préhistoire de la beauté – Et l'art créa l'homme*, op. cit., p. 198.

plus appel à un médium²⁹¹⁶ et ne passe pas par l'épreuve transformante de la matière, n'exprime *en soi* rien du mystère de l'auteur – et donc rien du spectateur – quels que puissent être par ailleurs les qualités didactiques ou ludiques de l'expérience. Le simple choix d'un objet n'est pas l'expression d'une personnalité – au mieux un simple indice –, car c'est la transformation de la matière, et elle seule, qui agit sur l'auteur comme un déclencheur et le révèle à lui-même et aux autres, permettant aux spectateurs en retour de se découvrir eux-mêmes. Marcel Duchamp, après *Fountain*, n'est pas plus changé ou mûri que son urinoir n'a changé de forme pour entrer au musée. Nadia Walravens-Mardarescu, responsable des contentieux à la SACD, reconnaît pourtant à *Fountain* le statut d'une œuvre de l'esprit au motif qu'elle représente « l'empreinte de la personnalité de l'artiste »²⁹¹⁷ ; plusieurs points méritent ici d'être relevés. La question du *ready-made* exerce en effet une influence décisive sur la justification du droit d'auteur : les jurisprudences en faveur de la protection des *ready-mades* par le droit d'auteur opèrent un nivellement du critère d'originalité qui ne peut que ruiner le principe même de cette protection, et donc, à terme, sa justification. Le désir de convaincre que les productions de l'AC répondent aux critères de protection du droit d'auteur conduit tout d'abord la juriste à contrevenir de manière frontale aux critères d'appartenance établis par Arthur Danto. Cela illustre bien les contradictions dans lesquelles s'enferme l'AC, puisque suivre Arthur Danto, c'est renoncer à revendiquer le critère juridique d'*originalité* aux productions d'AC, et donc leur refuser toute protection en vertu du droit d'auteur, dès lors que cette dernière n'est accordée qu'aux œuvres consacrant une « expression de la personnalité » de l'auteur. En outre, l'analyse de Nadia Walravens-Mardarescu semble à la fois amalgamer les notions de *regard* et d'*empreinte* – cette dernière supposant un processus de *matérialisation* du regard de l'artiste – et confondre sur le plan juridique œuvre – objet du droit d'auteur – et modèle industriel : la désignation transformerait en œuvre par une sorte de transsubstantiation moderne²⁹¹⁸ le *modèle industriel* qu'est l'urinoir fabriqué de manière industrielle. Cette confusion et cette mise à l'écart de la matière par « l'art conceptuel » se confirme lorsque la juriste française affirme qu'avec Duchamp la « réalisation physique cède la place au processus mental de création, le choix » ; pour Nadia Walravens-Mardarescu, le processus *mental* de création, acte pleinement libre, doit être clairement distingué du choix imposé par la technique, qui relève du savoir-faire, lequel n'est pas protégé²⁹¹⁹.

C'est faire là preuve d'une approche fort réductrice de l'art : l'œuvre d'art n'est pas une simple réalisation physique, sans quoi tout objet artificiel serait « art ». La

²⁹¹⁶ Luc LANG, *Délit de fiction*, op. cit., p. 44.

²⁹¹⁷ Nadia WALRAVENS-MARDARESCU, *Le Ready-made « Fountain », œuvre de l'esprit ?* [a], dans RLDI, n°27 (mai 2007), pp. 13-17, p. 15.

²⁹¹⁸ Aude de KERROS, *Pinoncelli devant les juges (II) : l'Art contemporain est-il de l'art ?* [a], 11.01.2007, <http://libertepolitique.com/public/decryptage/article-1773-Pinoncelli-devant-les-juges-II-:-l'Art-contemporain-est-t-il-de-l'art-.html>.

²⁹¹⁹ Nadia WALRAVENS-MARDARESCU, *Le Ready-made « Fountain », œuvre de l'esprit ?* [a], op. cit., p. 14, note 17.

démarche artistique consiste plutôt en la *matérialisation d'un regard sur le monde*, qui donne à voir à son tour. C'est là aussi confondre les notions de création et de liberté : le choix est l'effet d'un esprit libre, lequel n'est pas nécessairement créateur ; prétendre le contraire reviendrait à ruiner les principes de la thérapie par l'art, la notion de thérapie suggérant une entrave intérieure dont l'intervenant cherche précisément à se libérer grâce au processus créatif. Plus déplorable, les juges français sont victimes de la même confusion. Plusieurs jurisprudences françaises récentes admettent en effet assez curieusement le « choix » comme déterminant en soi l'originalité d'œuvres contemporaines²⁹²⁰, et placent ainsi l'AC entre droit d'auteur et droit à l'image²⁹²¹. Désormais, le choix serait « mental » et non esthétique ; d'aucuns se sont même senti obligés de préciser qu'il viendrait « de la matière grise » et non plus du côté « rétinien », ignorant au passage superbement les aspects physiologiques de ce qu'ils croient décrire²⁹²².

Ces considérations ouvrent en outre la voie à « l'art par procuration » et mettent en question l'exigence d'une exécution personnelle par l'artiste comme critère déterminant de la qualité d'auteur, comme le maintiennent pourtant certains juges²⁹²³. Ainsi Daniel Spoerri a-t-il vendu sous son nom une série de tableaux intitulés *Tableau piège* dont sa signature était absente mais dont il avait breveté le processus de fabrication. Il s'agissait en fait de montages fixant sur une planche divers objets simulant le plateau d'une table sur laquelle plusieurs personnes auraient pris leur petit déjeuner, que des tiers étaient appelés à réaliser selon les instructions fournies. À l'issue de leur intervention, le plasticien décidait souverainement d'authentifier ou non le résultat ainsi obtenu. Un acheteur, ayant acquis un tableau de cette série, apprit par la suite qu'il avait été fabriqué par un enfant de douze ans et attaqua « l'artiste » en justice, au chef de tromperie sur la qualité et l'origine de l'objet vendu²⁹²⁴. D'abord

²⁹²⁰ Notamment l'arrêt Sorbelli (CA Paris, 4ème ch. B., du 3 décembre 2004) et autres jurisprudences citées par Nadia WALRAVENS-MARDARESCU, *L'œuvre d'art en droit d'auteur, forme et originalité des œuvres d'art contemporaines*, Economica / IESA, Paris 2005, p. 15, note 16.

²⁹²¹ *Contra* : Edouard TREPPOZ, *L'art contemporain entre droit d'auteur et droit à l'image* [a], dans Dalloz, Cahier Droit des Affaires, n°18 (5 mai 2005), p. 1237-1240, note à propos de l'arrêt Sorbelli, CA Paris, 4ème Ch. B., du 3 décembre 2004 ; Olivier de BAECQUE, *Spoerri : Petit déjeuner de travers... Des difficultés des juridictions à déterminer l'authenticité de créations contemporaines par la simple application des règles du droit* [a], dans Le Journal des Arts, n°228 (6-19 janvier 2006), p. 26, à propos de l'arrêt Cass 1ère Civ., du 15 novembre 2005 ; Jean-Michel BRUGUIERE, *La Cour de Cassation piégée par les tableaux de Spoerri ?* [a], op. cit. ; Agnès TRICOIRE, *La Cour de Cassation au secours des « victimes » de l'art contemporain : le tableau-piège se referme sur Spoerri* [a], dans Dalloz, 2006, pp. 1116-1120 ; Nadia WALRAVENS-MARDARESCU, *Tableau-piège et délégation de l'exécution de l'œuvre : le droit piégé par l'art contemporain !* [a], dans RLDI 2006/14, n°394, pp. 6-11 ; Jean-Michel BRUGUIERE, Michel VIVANT, *Un petit déjeuner indigeste pour la première chambre civile. Ou des pièges du sens commun* [a], dans Propriété Intellectuelle, n°20 (juillet 2006), p. 356, tous cités par Nadia WALRAVENS-MARDARESCU, *Le Ready-made « Fountain », œuvre de l'esprit ?* [a], op. cit., p. 15, notes 32 et 33.

²⁹²² Bernard MARCADE, *Marcel Duchamp*, Flammarion, Paris 2007, p. 142.

²⁹²³ Olivier de BAECQUE, *Le Droit, l'auteur et la divulgation* [a], dans Gazette de l'Hôtel Drouot, n°21 (26 mai 2006), p. 26.

²⁹²⁴ Cass 1ère ch. Civ., 15.11.2005, arrêt n°1520, CA Paris (1ère ch. Sect. G), 08.10.2003, Spoerri

débouté au motif qu'il avait été averti lors de l'achat du processus de fabrication et d'authentification de l'objet, il obtint gain de cause en cassation en 2005, la Cour jugeant que Daniel Spoerri n'était pas l'auteur « effectif » de l'œuvre²⁹²⁵. Dans le domaine de l'écriture, on évoquera le « système Sulitzer » dénoncé en 1987 par la revue *Lire*, relayée par Bernard Pivot dans son émission *Apostrophes*²⁹²⁶. À travers le cas de Daniel Spoerri, c'est la traditionnelle question de la frontière entre art et artisanat qui est à nouveau posée, sur laquelle je reviendrai²⁹²⁷.

D'autres plasticiens ont pratiqué de manières diverses « l'art par procuration ». Le phénomène semble même actuellement fort répandu, à en croire David Galenson. Il vaut la peine de prendre acte des déclarations de certains d'entre eux, afin de mieux comprendre leur motivation et de la mettre en perspective. Yves Klein, dès 1960, a entamé à Paris sa série des *Anthropométries*, réalisées lors d'événements fort théâtraux, à l'occasion desquels plusieurs modèles féminins se recouvraient devant les spectateurs de peinture de couleur « Bleu Klein » avant de frotter leur nudité contre d'immenses feuilles de papier accrochées au mur ou disposées sur le plancher, pendant que le « Maître », pour mieux souligner son détachement de l'acte physique de peindre, portait souvent un smoking et des gants blancs. Il expliqua comme suit sa démarche :

« De cette manière je demeure propre. Je ne me suis pas souillé avec la couleur, pas même le bout des ongles. Le travail se termine devant moi, sous ma direction, en collaboration absolue avec le modèle. Et je peux saluer sa naissance dans le monde matériel d'une manière digne, revêtu d'un smoking »²⁹²⁸.

Ce dégoût marqué pour la couleur, perçue comme source de *souillure*, semble bien emphatique, voire questionnant. L'organisation de « l'événement » dénote en outre un mépris certain pour la femme, qui, publiquement dénudée sous le regard du « Maître » – lequel se trouve habillé *dignement* – doit répandre sur l'intégralité de son corps une « souillure » portant la « marque » du « Maître » (le nom du bleu inventé par Yves Klein, baptisé *International Klein Blue*) puis, réduite à un objet, réaliser pour lui « son » tableau : Yves Klein ne qualifiait-il pas ses modèles féminins de « pinceaux vivants » ? Quant à la « collaboration absolue » avec le modèle, les vidéos disponibles sur ce type d'événements montre qu'à moins d'être un télépathe exceptionnel, Yves Klein ne semble pas diriger grand chose.

²⁹²⁵ Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit., p. 142 ; Olivier de BAECQUE, *Spoerri : Petit déjeuner de travers...* [a], op. cit. ; Jean-Michel BRUGUIERE, *La Cour de Cassation piégée par les tableaux de Spoerri ?* [a], op. cit. ; Agnès TRICOIRE, *La Cour de Cassation au secours des « victimes » de l'art contemporain : le tableau-piège se referme sur Spoerri* [a], op. cit. ; Nadia WALRAVENS-MARDARESCU, *Tableau-piège et délégation de l'exécution de l'œuvre : le droit piégé par l'art contemporain !* [a], op. cit. ; Jean-Michel BRUGUIERE, Michel VIVANT, *Un petit déjeuner indigeste pour la première chambre civile. Ou des pièges du sens commun* [a], op. cit.

²⁹²⁶ Voir ci-dessus, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « Les "industries culturelles" », pp. 229 ss.

²⁹²⁷ Voir ci-dessous, chap. « Art et artisanat : l'art est-il une technique ? », pp. 596 ss.

²⁹²⁸ David GALENSON, *Painting by Proxy* [a], op. cit.

Jeff Koons pratique lui aussi « l'art par procuration ». Il fait exécuter ses « installations » et ses peintures par une douzaine d'assistants. Interrogé sur ce point par le critique David Sylvester, il affirma n'avoir pas de temps à consacrer à cela. « Mon langage ne se limite pas à l'exécution de ces peintures ; c'est aussi une réflexion continue sur la direction que j'entends donner à mon travail. Je préfère continuer de grandir le plus possible en tant qu'artiste plutôt que de m'épuiser à l'exécution du travail. »²⁹²⁹ C'est à la lecture de telles déclarations que l'on comprend le mieux le constat formulé par René Girard : « Le refus du réel est le dogme numéro un de notre temps. »²⁹³⁰

À l'opposé, David Hockney s'est trouvé au cœur d'une polémique pour avoir affirmé sur l'affiche publicitaire de son exposition à la Royal Academy of Arts : « toutes les œuvres ont été faites par l'artiste lui-même, personnellement ». Lorsque le journaliste de la BBC Andrew Marr demanda à David Hockney s'il fallait y voir une manière de chercher des noises à Damien Hirst, qui emploie une centaine d'artisans pour fabriquer « ses » œuvres à partir des dessins qu'il leur soumet, Hockney répondit que le message s'adressait avant tout aux écoles d'art, qui peuvent enseigner le métier, pas la poésie, alors qu'elles tentent de nos jours de faire le contraire. Damien Hirst ayant dominé la scène de l'art en Angleterre durant une vingtaine d'années, ce commentaire, somme toute véniel, a suscité un véritable scandale, au point que David Hockney fut contraint de revenir sur ses propos et que la Royal Academy dut publier une déclaration de presse en son nom niant qu'il ait émis des critiques à l'encontre des pratiques d'un autre artiste²⁹³¹.

Bien que la question de l'exécution personnelle des peintures par l'artiste n'ait jamais été tranchée de manière définitive dans le monde de l'art, et la pratique des ateliers au Moyen Âge et à la Renaissance nous confirme bien qu'elle ne date pas d'hier, Étienne Gilson a indiqué lors d'une conférence donnée en 1955 à la National Gallery of Art de Washington que pour lui la nature de ce médium exigeait que le concepteur de la peinture en soit également l'exécutant, hormis pour les tâches secondaires qui pouvaient être confiées à des assistants. À la différence des poètes, écrivains et compositeurs, qui restent des cols blancs, les peintres doivent travailler de leurs mains : « les peintres [...] restent liés à leur œuvre par sa fabrication et celle-ci engendre une affinité profonde que rien ne peut éliminer »²⁹³². Et Étienne Gilson de conclure : « un peintre est la cause unique et totale de son travail ». Bien qu'il soit très difficile de concevoir un poète n'écrivant pas lui-même ses vers, Étienne Gilson pose la question de l'importance de la résistance du médium dans le processus de la création, qui transforme l'auteur à mesure qu'il accomplit son œuvre. L'assistant peut procéder à divers travaux de préparation, indispensables à la bonne facture de l'œuvre,

²⁹²⁹ *Ibid.*

²⁹³⁰ Cité par Aude DE KERROS, *L'Art caché*, op. cit., p. 175.

²⁹³¹ David GALENSON, *Painting by Proxy* [a], op. cit.

²⁹³² *Ibid.*

mais ils ne doivent pas être déterminants quant à son aspect définitif et à son expression du regard de l'artiste sur le monde.

L'allusion qu'Étienne Gilson fait au monde de la poésie, de la littérature et de la musique ouvre une réflexion qui porte certes sur la distinction à opérer entre art et artisanat, mais qui est appelée à la dépasser pour considérer les différentes tendances qui existent au sein de l'art lui-même. La collaboration des assistants se prête davantage à une approche de la peinture se définissant avant tout par ses aspects formels, « figuratifs », et qui n'a pas encore pleinement pris conscience du regard qui sous-tend nécessairement toute figuration. La question que pose la démarche de Daniel Spoerri porte de fait autant à la démarcation séparant l'artisanat de l'art qu'à celle opérant entre la forme et le fond de toute œuvre artistique, à condition de souligner que la matière, le médium qu'est à la fois la technique utilisée et l'œuvre elle-même, relèvent autant de la forme que du fond. S'il est vrai que « l'art n'a jamais été, à aucune époque, la copie de la réalité, mais sa vision »²⁹³³, les artistes n'en ont pas tous été conscients avec la même profondeur, et n'ont pas toujours *trouvé* les moyens d'exprimer cette dimension de leur expérience par leur art ; ils n'ont pas non plus toujours *pu* le faire, conditionnés qu'ils étaient par le programme de leur commanditaire ou l'horizon d'attente du public. Néanmoins cette exigence d'expression est plus présente à certains qu'à d'autres, et lorsqu'elle existe avec intensité elle balaye tous les obstacles culturels et risque toutes les incompréhensions : Andreï Roublev, qui vivait en Russie au XV^e siècle, nous a transmis une évocation de la Trinité d'une originalité sans pareille et d'une fraîcheur inouïe²⁹³⁴ tout en respectant les très nombreux codes formels qui contraignent l'expression des iconographes. C'est en fait toute la différence qui existe entre simples exécutants et génies, entre suiveurs et précurseurs. Il ne s'agit toutefois ici aucunement de développer une attitude élitiste qui réserverait l'art aux seuls génies, mais de comprendre que le travail des génies justifie celui des simples exécutants et qu'il convient de ce fait de focaliser la protection accordée par le droit d'auteur sur ces démarches et réalisations exemplaires, quitte à l'élargir après l'avoir ainsi centrée. C'est du moins ce qu'il convient de faire si l'on tient réellement à ce que le droit contribue à « favoriser la création » et plus encore à ce qu'il ne l'entrave pas.

Qu'un « choix » présente une dimension mentale, nul n'en doute. Mais que ce choix évacue nécessairement toute dimension esthétique comme l'ont prétendu les juges français, opposant le « choix mental » de l'AC au « choix esthétique » qui prévalait auparavant, voilà qui est déjà discutable. Pour Gérard Genette, les « *ready-made* » de Marcel Duchamp ne sont ni des sculptures, ni des poèmes, ni des objets matériels, ni même des individus idéaux, mais bien des *concepts*. Toutefois, les « *ready-made* », contrairement à ce qui a trop souvent presse, ne seraient pas à l'origine de l'opposition actuelle entre esthétique et art, car si le choix opéré par « l'artiste » n'est pas guidé par

²⁹³³ Jean BAZAINE, *Le peintre et le monde d'aujourd'hui* [a], op. cit., p. 26.

²⁹³⁴ Andreï ROUBLEV, *La Trinité*, peinture à l'œuf sur bois, 1411 env., galerie Tretyakov, Moscou.

la dimension esthétique de l'objet désigné, le *geste* de proposer tel porte-bouteilles ou tel urinoir comme œuvre d'art, peut, lui, présenter une signification esthétique, comme il peut s'avérer drôle, provocant, polémique ou profond²⁹³⁵. Il y a donc déplacement de l'éventuelle dimension esthétique, plutôt que rejet pur et simple.

Que l'art se limite à des *choix*, comme le prétend l'AC lorsqu'il se positionne comme un « art conceptuel », est plus encore sujet à controverse. Le rapport entre création et liberté, il est vrai, est troublant : la liberté peut être condition de la création, tout comme la création peut être condition de la liberté ; elles s'épaulent mutuellement ; à la fois origine et expression d'un regard, la création l'accompagne, le transforme, le mûrit. André Malraux disait à propos du dessin des enfants : « L'art n'est pas rêve, mais possession du rêve »²⁹³⁶. En d'autres termes – la notion de *possession*, dans ce contexte, n'est peut-être pas la plus heureuse –, l'art permet à l'auteur de prendre conscience de son regard par une forme d'« extériorisation », et ce processus tient à la résistance de la matière au projet initial de l'artiste, dimension *fondamentale* de l'art ignorée par l'AC : « Un objet créé, tableau poème ou composition musicale, c'est de la matière travaillée pour y transmettre un indicible »²⁹³⁷.

Deux mouvements se rencontrent dans l'art : la force qui traverse l'artiste et très souvent le dépasse rencontre la disponibilité de l'artiste et son profond désir de la suivre les yeux ouverts, ainsi que Boris Lejeune le confirme : « Le créateur est traversé par une force sur laquelle il imprime une destinée. Sa volonté, c'est de donner la forme, ce qui oblige à un réveil conscient. »²⁹³⁸ On retrouve ici cette vérité qui chagrine tant les théories littéraires en mal de définition de l'auteur : c'est bien à la fois l'auteur qui fait l'œuvre et l'œuvre qui fait l'auteur, sans que cela puisse être interprété comme une dilution de chacune des deux notions dans l'autre. Au contraire, œuvre et auteur se renforcent par la *pratique*, comme musique et musicien. Ce point est si fondamental que l'artisanat s'avère davantage *art* que l'AC : un simple discours sur le beau n'est pas *art*. En art, la matière à la fois *contraint* et *donne corps*, et même la liberté peut se construire par les contraintes qui lui sont opposées :

« tu es libre dans ta maison de traverser les antichambres, d'arpenter les salles, de l'une à l'autre, de pousser les portes, de monter ou de descendre les escaliers. Et ta liberté croît du nombre des murs et des entraves et des verrous. Et tu as d'autant plus d'actes possibles, qui se proposent à toi et entre lesquels tu peux choisir, que la dureté de tes pierres ne t'a imposé d'obligations. Et dans la salle commune où tu campes dans le désordre, il n'est plus pour toi liberté mais dissolution. »²⁹³⁹

Limiter l'aspect matériel de l'art à une simple technique relève d'une confusion d'apprenti réduisant la musique à ses gammes ; seuls les tâcherons se laissent dominer

²⁹³⁵ Gérard GENETTE, *L'Œuvre d'art*, 2 vol., (vol. 1 : *Immanence et transcendance* ; vol. 2 : *La Relation esthétique*), Seuil, coll. Poétique, Paris 1994, resp. 1997.

²⁹³⁶ xxx

²⁹³⁷ Thierry DELCOURT, *Au risque de l'Art*, op. cit., p. 140.

²⁹³⁸ Cité par Thierry DELCOURT, *Au risque de l'Art*, op. cit., p. 35.

²⁹³⁹ Antoine de SAINT-EXUPÉRY, *Citadelle*, Gallimard, coll. Folio, Paris xxx chap. XLVII, p. 172.

par la technique au point qu'elle dirige tous leurs gestes. Loin d'ignorer le défi de la matière, l'artiste véritable l'accepte au contraire et, à force de pratique, parvient à en jouer ; pour permettre à l'artiste d'*exprimer* au sens le plus strict quelque chose de lui-même, pour lui permettre de *sortir* de sa sphère individuelle, encore faut-il que l'art adopte un langage qui fasse sens, qui fasse office de catalyseur. Nous connaissons tous cette expression des forces en physique : « la seule manière pour un corps d'échapper à une force est de s'y soumettre ». De même, la seule manière d'explorer les limites du sens est de passer par son crible, tout comme la seule manière pour un être humain d'accomplir sa dimension spirituelle est de prendre en charge sa condition, et en particulier la matérialité de son corps. C'est ainsi que le romancier accepte l'usage des mots pour dire l'indicible. Il peut alors connaître alors la grâce, l'aboutissement fugitif de cette quête du geste parfait porté par le regard, propre à la *Voie* des Japonais. Entre temps, l'artiste a été transformé et peut aller chercher plus loin l'inconnu du monde, ce que ne permet assurément pas la simple désignation d'un objet préfabriqué. Guy Goffette exprime en ces termes la quête artistique des frontières de la réalité connue :

« La poésie va plus loin que soi-même, elle va à l'inconnaissable, pas à l'inconscient. Le poème écrit ce que nous ne savons pas, ce qui nous meut et que nous ignorons, ce qui nous rend fragile. La poésie est la force de la fragilité. La reconnaissance de la fragilité, c'est cela qui fait l'être humain. »²⁹⁴⁰

Boris Lejeune dit de son côté sans doute la même chose en ces termes : « On ne peut pas se voir qu'au travers de soi-même, il y faut la création »²⁹⁴¹. Pour Gérard Garouste, « Les choses importantes sont de l'ordre du secret ». Le peintre cherche ainsi à traduire le paradoxe de l'art, qui est d'exprimer cet « autre en soi insaisissable et irréductible à un dire »²⁹⁴². Comme l'architecte cherchant à créer un espace par des murs, l'artiste sonde par son langage l'espace intérieur à découvrir « entre les lignes ». L'idée que l'art s'attache à exprimer l'ineffable revient très souvent. Ainsi peut-on lire sous la plume de Rainer Maria Rilke : « Presque tout ce qui arrive est inexprimable et s'accomplit dans une région que jamais parole n'a foulée. »²⁹⁴³ En comparaison, il est possible de tirer plusieurs conclusions des déclarations de plasticiens rapportées par David Galenson et relatées dans les pages qui précèdent. On peut tout d'abord affirmer que les plasticiens s'adonnent à la production de *choses* et non d'*œuvres*. Ne prennent-ils d'ailleurs pas soin d'appeler eux-mêmes leur production des « *installations* », plutôt que des *œuvres* ? L'AC consacre ainsi dans le domaine de l'art la marchandisation du monde par le capitalisme. Il s'agit là d'une démarche allant au-delà d'une simple volonté de monnayer une œuvre conçue à d'autres fins, mais d'appliquer cette objectification de l'œuvre à son processus même de fabrication.

²⁹⁴⁰ Cité par Thierry DELCOURT, *Au risque de l'Art*, op. cit., p. 34.

²⁹⁴¹ *Ibid.*, p. 144.

²⁹⁴² *Ibid.*, p. 138.

²⁹⁴³ Rainer Maria RILKE, *Lettres à un jeune poète*, 1929, op. cit., lettre du 17 février 1903, p. 316.

On peut comprendre que Carl Benz ne s'intéresse pas particulièrement au processus de fabrication en chaîne des moteurs qu'il avait mis au point. À les en croire, il en serait de même pour les plasticiens, qui se comportent comme des ingénieurs envers leur production – la connaissance technique en moins. La réalisation d'une œuvre relève dès lors pour eux d'un processus de *production*, et non d'un processus de *création*. Participe à ce dévoiement la confusion très nette des concepts de nouveauté et d'authenticité, à l'origine de l'ambiguïté fondamentale du terme d'*originalité* pourtant abondamment utilisé par les juristes pour désigner la principale condition de protection d'une œuvre par le droit d'auteur. La recherche de la nouveauté pour elle-même conduit les plasticiens à cultiver la forme pour la forme, dans une attitude fort proche de celle de « l'art pour l'art » dont ils critiquent pourtant sévèrement l'esthétisme. Intéressés avant tout à produire leurs conceptions en public, l'exécution de leurs œuvres ne leur apporte rien du fait qu'ils refusent tout véritable dialogue avec la matière ; ils s'opposent surtout à la perte de maîtrise qui s'ensuit et à l'acceptation de la *surprenance* de la vie qu'elle suppose. N'ayant pas risqué ce qu'il est à travers leur concrétisation, les *Anthropométries* d'Yves Klein lui échappent, puisqu'il n'est de paternité possible qu'à l'issue d'un processus créatif transformateur durant lequel l'artiste est appelé à se risquer, à se révéler, à « sortir du bois », ou, comme le signale Pierre Soulages, à « perdre son chemin pour le trouver enfin » ; l'harmonie qui peut s'en dégager n'est qu'une harmonie de hasard qui ne peut rien *exprimer*, et qui demeure construite de toutes pièces par le regard du spectateur. Toute *imprévisibilité* ne *révèle* en effet pas nécessairement la face cachée du monde, mais peut relever du *hasard* et de l'impersonnel, qui est tout son contraire ; l'attrait de l'AC pour les processus mécaniques le dit assez bien. Louis Bouyer constate de son côté cet épuisement formel où l'AC se fourvoie, qu'il compare à « un tas de coques chatoyantes mais vides » :

« La marque de cette dégénérescence en profondeur de la culture, c'est un art foisonnant, à la poursuite effrénée, mais de plus en plus vaine, d'une originalité, d'une créativité qui s'épuise en une production torrentielle, mais où la quantité sans cesse accrue, à un rythme toujours plus précipité, ne parvient pas à cacher la stérilité intime. »²⁹⁴⁴

La recherche de la forme, en effet, ne remplace pas le fond. Les plasticiens semblent ainsi s'être érigés en emblèmes de la société narcissique que le capitalisme veille à mettre en place pour les besoins d'une consommation reposant sur des mécanismes réflexes et poussée à ses plus extrêmes limites. Il n'est dès lors pas possible de suivre David Galenson lorsqu'il affirme que les déclarations d'Étienne Gilson auraient été démenties par les pratiques de l'art conceptuel moins de deux ans après qu'elles aient été proférées... pour la simple raison que l'AC n'est *pas* de l'art. Du reste, dans leurs moments les plus lucides, ses théoriciens n'y prétendent même pas. Enfin, lorsqu'il affirme que l'un des « apports irréversibles » de l'art conceptuel aura été de rendre irrelevante la « touche » de l'artiste pour juger de l'*authenticité* d'une peinture, David Galenson, à l'évidence, utilise le terme d'authenticité dans son acception la plus

²⁹⁴⁴ Louis BOUYER, *Cosmos*, op. cit., p. 210.

faible : celle du rattachement officiel d'une œuvre à son auteur. Il en est une autre – sans mesure plus puissante – qu'il n'évoque même pas, et dont j'ai traité à propos du concept d'« *originalité* »²⁹⁴⁵.

Trois catégories d'art ?

La sociologue Nathalie Heinich distingue trois « genres » de l'art : l'art classique, l'art moderne et l'art contemporain. Cette notion de « genre » ou de catégorie de l'art se distingue de celle de paradigme en ce qu'elle « autorise le pluralisme et une coexistence (hiérarchisée), alors que la notion de paradigme, renvoyant tout ce qui n'en relève pas à l'anormalité, est exclusive, donc intolérante »²⁹⁴⁶.

Cette notion de « genre » permet de réfuter la prétention de l'AC à être le seul « art officiel », l'unique référence après l'hypothétique « mort de l'art » ; elle suppose que plusieurs tendances peuvent coexister. Nathalie Heinich préconise de considérer l'AC non comme un moment de l'évolution artistique, mais comme un « genre » de l'art. Cela suppose que l'AC est appelé à *coexister* avec d'autres genres artistiques, et non à *supplanter* l'art traditionnel. L'art d'aujourd'hui, c'est un fait, ne se limite pas à l'AC ; les approches inclusives se révèlent par ailleurs toujours préférables à celles qui excluent, surtout dans un domaine comme l'art dont la vocation est sans doute d'élargir notre vision du monde ; voilà deux bonnes raisons de suivre Nathalie Heinich sur cette voie. Georges Brunon nous en suggère une troisième : elle tient au fait que l'art, dans son propos ultime – qui est, selon lui, de répondre à la question « Pour quoi le monde ? » en regard du « Comment le monde ? » des scientifiques –, ne peut s'entendre dans toute sa plénitude que s'il est compris dans ce qui le place *au-dessus* de son histoire²⁹⁴⁷.

Plus délicat sans doute est le choix des critères permettant de distinguer ces catégories les unes des autres. Il devrait permettre de mieux cerner la spécificité de l'AC. Pour Nathalie Heinich, l'art classique reposerait sur une figuration « respectant les règles académiques de rendu du réel » où prime « la mise en œuvre des standards de la représentation ». L'art moderne, qui a en commun avec lui le respect des matériaux traditionnels, s'en distinguerait par la mise en avant de la dimension subjective de l'œuvre. Est-ce à dire que les œuvres classiques n'exprimeraient pas elles aussi une *dimension intérieure* de l'artiste ? Avec l'art moderne – en quoi il rompt avec l'art classique –, le *style* est davantage au service de l'« expression de l'intériorité de l'artiste ». Il dévoile le « caractère personnel et subjectif de la vision » (impressionnisme, fauvisme, cubisme et même abstraction), ou encore les images intérieures, de manière fantastique (Jérôme Bosch, romantisme allemand de Caspar

²⁹⁴⁵ Voir ci-dessous, chap. « Ambiguïté de la notion d'"originalité" », pp. 649 ss.

²⁹⁴⁶ Nathalie HEINICH, *Pour en finir avec la querelle de l'art contemporain* [a], op. cit., p. 108.

²⁹⁴⁷ Georges BRUNON, *L'Art sans l'Histoire de l'art*, op. cit. ; certes, Georges Brunon semble vouloir s'affranchir de l'Histoire de l'art ; mais la question « Pour Quoi le monde ? » appelle une réponse nécessairement ancrée dans l'Histoire des hommes ; on en retiendra donc que l'Histoire de l'art est nécessairement partie de l'art, mais qu'elle ne saurait limiter l'art à son seul champ d'étude ni à sa méthode.

David Friedrich, « école anglaise » représentée par Johan Heinrich Füssli et William Blake, surréalisme). Mais art classique et art moderne se rejoignent sur une autre dimension de l'intériorité, celle qui est exprimée par la médiation de la matière en tant qu'elle la dévoile, même à l'artiste lui-même, que Nathalie Heinich désigne par son « authenticité ». Ce passage par la matière comporte toujours une exigence d'*authenticité*,

« au sens où l'œuvre doit manifester son lien avec le corps de l'artiste, depuis ses pensées et ses perceptions ou ses sensations jusqu'à ses gestes mêmes. Or c'est ce lien que l'art moderne maintient par l'utilisation des matériaux classiques, dans la mesure où le pinceau trempé dans la peinture et passé sur une toile (ou encore le crayon, le fusain, etc.), et la matière brute modelée ou martelée par le sculpteur assurent une continuité sensible entre le corps de l'artiste et l'œuvre réalisée »²⁹⁴⁸.

Quant à l'AC, sa démarche systématiquement transgressive entend rompre avec tout ce qui l'a précédé, y compris la *subjectivité de l'expression* et son *authenticité*. Avec l'AC, la valeur artistique ne repose « plus tant dans l'objet proposé que dans l'ensemble des médiations qu'il autorise entre l'artiste et le spectateur »²⁹⁴⁹. Le lien particulier et personnel permettant de voir l'œuvre comme une continuité de l'artiste tend ainsi à s'estomper jusqu'à disparaître. Ainsi, pour Nathalie Heinich, l'exigence d'intériorité en art, qui pose la subjectivité et l'« authenticité » de l'artiste comme garantes de son expression artistique, n'aurait duré qu'un siècle et demi.

Cette catégorisation pose toutefois question. Si elle permet de concevoir que l'art moderne coexiste avec l'art contemporain, autrement dit que le type antérieur continue de coexister avec le type « montant », elle complique l'explication des multiples et ponctuelles occurrences d'artistes précurseurs, bien avant que le genre ne soit accepté par le public. Or, à en croire les critères caractérisant les deux ruptures étudiées, l'âge classique semble émaillé d'artistes dont les œuvres appartiennent à l'art moderne, et ce bien avant l'Impressionnisme : ainsi de Jérôme Bosch, qui annonce les surréalistes, mais aussi Franz Hals, Diego Velázquez, Francisco Goya, pour n'en citer que quelques-uns dont la manière très libre annonce l'approche fort libre des impressionnistes. Nathalie Heinich admet elle-même que les *ready-mades* de Marcel Duchamp ou les monochromes de Malevitch relèvent de l'art contemporain bien qu'ils aient été produits dans un contexte moderne²⁹⁵⁰. À y regarder de plus près, on trouve de très nombreuses exceptions à cette typologie tout au long de l'histoire de l'art ; cela n'a rien d'étonnant dès lors que Nathalie Heinich prend soin de préciser que ces catégories peuvent coexister au cours d'une même époque, mais le nombre de précurseurs peut laisser supposer une continuité dans la démarche des artistes, qui exprimeraient toujours à travers les âges classique et moderne leur expérience du monde, mais à travers différentes formes acceptables de l'œuvre. Ainsi le respect des « règles académiques de rendu du réel » resterait-il secondaire, et ne ferait pas barrage

²⁹⁴⁸ Nathalie HEINICH, *Pour en finir avec la querelle de l'art contemporain* [a], op. cit., pp. 108-109.

²⁹⁴⁹ *Ibid.*, pp. 110-111.

²⁹⁵⁰ *Ibid.*, p. 111.

à l'expression plus voilée d'une expérience intérieure. Jan Vermeer par exemple ne se limite pas à la description formelle du réel, il l'interprète, tant par ses sujets que par son traitement de la lumière, de même que la manière dont le monde médiéval pense l'espace, inscrivant chaque objet dans sa propre perspective, ne devrait pas trop vite être interprétée comme une incapacité à rendre la réalité telle que la Renaissance la vit, mais comme une manière particulière de l'appréhender, mieux encore comme la manifestation des priorités du regard. La manière dont Léonard de Vinci traite les portraits des femmes de son époque à qui il voue un respect indéniable montre assez que la forme, à l'époque déjà, est au service du regard de l'artiste, même si celui-ci passe par elle pour exprimer ce qui l'habite.

En fin de compte, les arts classique et moderne se présentent comme deux pôles d'une lente évolution se déroulant au rythme de l'accession de l'artiste à l'individualisation. S'il est vrai que les arts dits figuratifs ont au début de leur histoire été essentiellement exercés pour leur caractère représentatif, ils ont toujours servi de support à l'expression du regard de l'auteur, et, plus que tout, à l'appropriation de la réalité ou des états intérieurs qu'ils permettent, dès lors que l'œuvre est le résultat d'une confrontation de l'artiste à la matière. Jean Bazaine nous le montre à travers son analyse de l'opposition de l'art figuratif et de l'art abstrait :

« l'art n'a jamais été, à aucune époque, la copie de la réalité, mais sa vision, c'est-à-dire l'invention d'un homme, d'un peintre, à propos de cette réalité, – invention qui a constamment évolué au cours des siècles, à mesure que se transformaient le cœur et l'esprit de l'homme. »²⁹⁵¹

Si donc l'art moderne n'a duré qu'« un siècle et demi, en comptant large », c'est que l'expression assumée de la subjectivité suppose la pleine émergence de la figure de l'auteur et du processus d'individualisation qui le porte²⁹⁵². Mais cette évolution était déjà portée par l'art classique, et il est très probable que les peintures rupestres, indépendamment de leurs supposées fonctions rituelles, reflétaient déjà ce besoin d'*appropriation* de la réalité que seul l'art permet, la technique ne permettant qu'une *maîtrise* des forces naturelles. De plus, lorsque Nathalie Heinich indique que l'AC aurait en propre d'établir la valeur artistique davantage « dans l'ensemble des médiations que l'œuvre autorise entre l'artiste et le spectateur » que dans l'œuvre en tant qu'objet²⁹⁵³, il convient de rappeler qu'Immanuel Kant et les membres du Cercle d'Iéna ont largement débattu, bien avant l'AC, de la dimension infinie de l'œuvre par la multiplicité possible de ses interprétations par le public, qu'ils opposaient à la finitude de sa matérialité²⁹⁵⁴. Cela ne les empêchait pas de concevoir l'œuvre dans la matérialité de sa facture, condition même de ses limites, et donc du paradoxe qu'elle illustre.

²⁹⁵¹ Jean BAZAINE, *Le peintre et le monde d'aujourd'hui* [a], op. cit., p. 26.

²⁹⁵² Voir ci-dessus, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), chap. « Les Conditions d'émergence de la figure de l'auteur », pp. 470 ss.

²⁹⁵³ Nathalie HEINICH, *Pour en finir avec la querelle de l'art contemporain* [a], op. cit., p. 111.

²⁹⁵⁴ Voir notamment Friedrich Wilhelm Joseph von SCHELLING, *Das älteste Systemprogramm des deutschen Idealismus* [1795/1797].

Il convient donc d'interroger plus avant la notion même d'*intérieurité*. Celle qu'évoque Nathalie Heinich se partage entre une simple subjectivité et une « authenticité » qui évoque une contrainte de type technique, au mieux une « continuité sensible entre le corps de l'artiste et l'œuvre réalisée »²⁹⁵⁵. C'est sans doute la raison pour laquelle l'AC cherche à se « libérer » du passage par la main de l'artiste. L'importance capitale de la matière comme « révélateur » de l'intériorité semble totalement occultée, au profit d'une approche somme toute fort manichéenne de la matière.

Si l'AC marque une rupture par rapport à l'art classique et à l'art moderne, c'est bien dans le sens d'une perte de l'authenticité, mais entendue cette fois-ci au sens éthique et fort du terme, l'AC reflétant la perte contemporaine d'une individualisation pourtant chèrement conquise au cours des siècles passés et qui restait à explorer de manière toujours plus lucide, surtout après Auschwitz. Alors que Theodor Adorno est revenu sur son idée exposée dans sa *Théorie esthétique* selon laquelle « Lorsqu'on parle de choses extrêmes de la mort atroce, on éprouve une sorte de honte à l'égard de la forme, comme si celle-ci faisait outrage à la souffrance en la réduisant impitoyablement à l'état de simple matériau »²⁹⁵⁶, l'AC continue d'asséner « qu'à partir d'Auschwitz, la pratique de la peinture est une insulte à la mémoire des victimes »²⁹⁵⁷. Cette position est d'autant plus curieuse que certains prisonniers des camps de concentration n'ont pas cessé de dessiner ce qu'ils éprouvaient sur des supports de fortune, au moyen de fusains improvisés, et nous avons à présent retrouvé nombre de ces témoignages saisissants autant qu'improbables. Qui oserait leur reprocher de s'être montrés humains jusqu'au bout, en réaction aux traitements barbares qui leur étaient infligés ? Qui aurait l'audace de leur reprocher d'avoir fait de l'art un chemin vers l'espoir d'un salut intérieur au-delà de l'horreur ? Et qui insulte qui face à cette revendication ultime d'humanité ? Il est vrai que l'AC pense naïvement que ce sont les « théories idéalistes, mystiques, romantiques de l'art européen qui ont enfanté le nazisme et autres manifestations du mal »²⁹⁵⁸, alors que le nazisme doit au contraire son organisation *méthodique* et *efficace*, donc son pouvoir destructeur inégalé, aux théoriciens du capitalisme²⁹⁵⁹ ; récupérant et détournant l'art à son profit, dans le but de le subvertir²⁹⁶⁰, l'AC semble de surcroît incapable de comprendre que les dignitaires nazis aient pu en faire autant et se soient servi de la culture pour tenter de donner du crédit et du lustre à leurs thèses.

²⁹⁵⁵ Nathalie HEINICH, *Pour en finir avec la querelle de l'art contemporain* [a], op. cit., pp. 108-109.

²⁹⁵⁶ Theodor Wiesengrund ADORNO, *Théorie esthétique*, Klincksiek, Paris 1995, p. 365, cité par Aude DE KERROS, *L'Art caché*, op. cit., p. 77.

²⁹⁵⁷ Aude DE KERROS, *L'Art caché*, op. cit., p. 77.

²⁹⁵⁸ *Ibid.*, p. 71.

²⁹⁵⁹ Voir ci-dessus, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « Une rationalité plurielle », pp. 367 ss., citant notamment Jacques NEIRYNCK, *La grande illusion de la technique*, op. cit., pp. 267-270.

²⁹⁶⁰ Aude DE KERROS, *L'Art caché*, op. cit., pp. 27 ss.

Pour Aude de Kerros, la différence d'approche entre l'art et l'AC tient à l'espérance qui anime l'un et a déserté l'autre :

« Une divergence absolue s'établit désormais entre le "grand art" et l'AC. Le premier ose représenter le mal : le corps supplicié du crucifié, la douleur de la mère, l'acharnement de ses tortionnaires. La beauté de l'œuvre rend supportable l'insupportable et permet à chacun d'affronter la peur qu'inspirent la souffrance et la mort. Le second présente l'horreur *sans transposition*, dans sa brutalité, et prétend ainsi la dénoncer. Le dogme de l'AC dit qu'[...] il n'y a pas de comparaison possible entre le mal qui se manifeste sur le Golgotha et celui qui déferle sur Auschwitz. Le premier était représentable parce qu'il s'ouvrait sur l'espoir d'une rédemption. L'autre est un mal absolu, sans remède, irrémissible, donc irréprésentable. C'est là qu'on touche du doigt la cause métaphysique du schisme qui rejette la peinture. »²⁹⁶¹

Tout se passe comme si le XX^e siècle n'osait plus croire en l'homme alors qu'il lui était justement demandé d'avoir le courage de convoquer son ombre, invité qu'il y est par sa propre histoire. Pour revenir à la catégorisation de l'art proposée par Nathalie Heinich, l'intériorité dont il est question chez elle se partage entre une simple subjectivité et une « authenticité » qui évoque une contrainte de type technique, au mieux une « continuité sensible entre le corps de l'artiste et l'œuvre réalisée »²⁹⁶². C'est sans doute la raison pour laquelle l'AC cherche à se « libérer » du passage par la main de l'artiste. L'importance pourtant capitale de la matière comme « révélateur » de l'intériorité semble totalement ignorée, au profit d'une approche somme toute fort manichéenne. Je montrerai par la suite²⁹⁶³ en quoi la « résistance » opposée par la matière au projet de l'artiste participe à sa découverte de l'inconnu, et en quoi l'intériorité révélée par l'art classique et l'art moderne n'est pas circonscrite à la seule subjectivité de l'auteur ni même à une question de technique.

Ce refus affirmé de l'AC concernant la dimension que j'ai qualifiée d'*authentique* des œuvres littéraires et artistiques semble également relever de notre obsession actuelle de l'*immédiateté* – qu'il s'agisse du « temps réel » des machines, ou, de manière plus littérale, de l'absence de médium ; elle conduit à récuser le rôle pourtant essentiel de la matière dans le processus créatif – la « matière » devant ici être entendue dans le sens de « ce qui résiste » au projet initial de l'auteur et que l'on retrouve même en musique. Ce refus de la matière est porté par le projet illusoire de « représenter [le réel] tel quel, sans le transformer »²⁹⁶⁴, alors que toute *représentation* suppose, par définition, *transformation* : « transformer est l'apanage de l'art »²⁹⁶⁵. En pensant ainsi se défaire de « ce qui résiste », les installations de l'AC perdent, dans leur prétention naïve à l'*immédiateté*, toute la dimension symbolique propre à la fiction, qui seule justifie

²⁹⁶¹ Ibid., p. 77 ; c'est moi qui souligne.

²⁹⁶² Nathalie HEINICH, *Pour en finir avec la querelle de l'art contemporain* [a], op. cit., pp. 108-109.

²⁹⁶³ Voir ci-dessous chap. « Résistance de la matière contre art par procuration », pp. 785 ss.

²⁹⁶⁴ Aude DE KERROS, *L'Art caché*, op. cit., p. 14.

²⁹⁶⁵ Susan SONTAG, *Devant la douleur des autres*, Christian Bourgois, Paris 2003 [2002], p. 84.

pourtant une liberté de création plus ample que la liberté d'expression, telle qu'Agnès Tricoire l'appelle de ses vœux²⁹⁶⁶.

Mais pour mieux saisir la portée de la différence séparant dans leurs approches respectives l'AC des formes d'art qui le précèdent, il convient d'évoquer les *ready-mades* de Marcel Duchamp.

Révolution du processus créatif ?

Lorsqu'il expose en 1917 dans le Salon des indépendants un urinoir renversé après lui avoir donné le titre ironiquement poétique de *Fountain*, Marcel Duchamp entend révolutionner la nature de l'œuvre et de la démarche créatrice. Le processus artistique ne tiendrait plus à une démarche expressive s'inscrivant dans un objet, mais résiderait tout entier dans le choix de l'artiste sur un objet « donné » – entendre par là : fabriqué avant d'être désigné. Influencé par la théorie kantienne de la connaissance, Marcel Duchamp entendait démontrer le « pouvoir du regard » sur ce que nous considérons comme œuvre. Nadia Walravens-Mardarescu enfonce le clou : « désormais, l'œuvre d'art ne résulte plus du *faire* de l'artiste, mais du *choix*. »²⁹⁶⁷ Une telle approche ignore superbement combien les œuvres d'un Rembrandt relèvent bien davantage d'une série de choix et d'intuitions que d'un simple *faire*²⁹⁶⁸. Elle est aussi révélatrice d'une époque marquée par l'industrialisation toujours plus poussée des processus productifs et par l'avènement d'une culture marchande et de masse.

La principale rupture opérée par Marcel Duchamp est le fruit d'une remise en question fondamentale à la fois de la figure de l'artiste comme singulier, universel et source d'autorité – en une forme anticipée de la « mort de l'auteur »²⁹⁶⁹ – et de l'œuvre perçue comme *originale*, dans le sens de *manufacturée* et *unique* – précédant ainsi les interrogations de Walter Benjamin face aux capacités industrielles de sa reproduction²⁹⁷⁰. Marcel Duchamp a été l'un des premiers à s'apercevoir que les mutations traversées par son époque ne toucheraient pas seulement le concept d'œuvre mais aussi la figure de l'artiste²⁹⁷¹.

Marcel Duchamp critiquera tout d'abord la figure traditionnelle et misogyne de l'artiste fécondant une toile vierge pour représenter un nu féminin de circonstance, reléguant à deux niveaux la femme dans un rôle passif : avec la symbolique de la toile, figure d'une œuvre réduite à l'état de marchandise ; avec la représentation de son corps soumis au regard du spectateur, pur objet de l'art et « *autre* du processus créateur » ; c'est ainsi, du moins, que Giovanna Zapperi lit les travestissements de Marcel

²⁹⁶⁶ voir Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit.

²⁹⁶⁷ Nadia WALRAVENS-MARDARESCU, *Consécration de la protection de Paradis, œuvre d'Art conceptuel, par la Cour de cassation* [a], dans RLDI, n°47 (mars 2009), pp. 13-18, p. 14 ; c'est l'auteur qui souligne.

²⁹⁶⁸ Voir ci-dessus, chap. « Art et artisanat : l'art est-il une technique? », pp. 596 ss.

²⁹⁶⁹ Roland BARTHES, *La Mort de l'auteur* [a], op. cit.

²⁹⁷⁰ Walter BENJAMIN, *L'Œuvre d'art à l'heure de sa reproductibilité technique* [a], op. cit.

²⁹⁷¹ Giovanna ZAPPERI, *L'Artiste est une femme. La modernité de Marcel Duchamp*, op. cit.

Duchamp et son usage de pseudonymes féminins lorsqu'il présente ses œuvres. On sait en effet que parmi les quelques identités qu'il emprunta se démarque dès 1920 celui de Rose Selavy (« Eros, c'est la vie »), sorte d'*alter ego* féminin, à qui il prête les traits d'une jeune femme émancipée à la fois française, américaine et juive – toutes qualités chargées de symboles identitaires forts à une époque où les femmes américaines viennent d'obtenir le droit de vote. Avec Marcel Duchamp, l'artiste se met en scène, devient image, objet des regards : l'artiste prend la place de la femme, là où l'art devient culture, puis spectacle²⁹⁷².

La critique de la notion traditionnelle de l'œuvre viendra avec les *ready-mades*. Puisque l'industrie se fait forte de dupliquer les originaux en autant de copies identiques qu'elle désire, opérant un renversement des rapports où ce n'est plus le public qui va à l'unique original mais ses copies qui sont rendues disponibles aux spectateurs, diluant d'autant son *aura*²⁹⁷³, l'artiste ne s'inquiète plus de sa production, qu'il perçoit comme purement mécanique. Son intérêt se porte désormais en aval et s'attache au seul projet de l'œuvre. Sophie Stévançe parle de la « quête d'une esthétique sèche pour ne s'en remettre qu'aux idées »²⁹⁷⁴. Le choix du ready-made doit se porter sur des objets *a priori* insignifiants, afin de se libérer des conditionnements esthétiques et mettre ainsi l'accent sur le choix pris comme tel, non sur l'objet désigné. L'artiste acquiert de la sorte le pouvoir de transformer l'objet le plus insignifiant en art : « Il faut parvenir à quelque chose d'une indifférence telle que vous n'avez pas d'émotion esthétique. »²⁹⁷⁵ Et Marcel Duchamp d'ajouter, à l'occasion d'autres entretiens :

« Le choix de ces ready-mades ne me fut jamais dicté par quelque délectation esthétique. Ce choix était fondé sur une réaction d'indifférence visuelle, assortie au même moment à une absence totale de bon ou mauvais goût... en fait une anesthésie complète. »²⁹⁷⁶

La démarche de Marcel Duchamp, toute explicable qu'elle soit, n'en est pas pour autant exempte de critique. On peut tout d'abord regretter que son analyse de l'œuvre traditionnelle s'appuie sur une symbolique somme toute bancale de la toile, reposant sur une figure sexuelle qui exclut la femme de tout rôle créateur et transformant. La vision de la toile comme figure du Moi-peau chez Didier Anzieu est beaucoup plus puissante²⁹⁷⁷ en ce qu'elle interroge le lieu même de notre humanité ; ne rend-elle pas mieux compte de cette activité si profondément propre à la nature humaine, qui figure à la fois son action dans le monde et son rapport à l'altérité ? L'approche de Didier Anzieu présente également le mérite de réintroduire la matière dans le processus créatif, et, avec la résistance qu'elle oppose au projet initial de l'artiste, l'*incertitude*

²⁹⁷² Ibid.

²⁹⁷³ Walter BENJAMIN, *L'Œuvre d'art à l'heure de sa reproductibilité technique* [a], op. cit.

²⁹⁷⁴ Sophie STEVANÇE, *Duchamp, compositeur*, L'Harmattan, Paris 2009, p. 102.

²⁹⁷⁵ Pierre CABANE, *Entretiens avec Marcel Duchamp*, Somogy, Paris 1995 [1967], p. 84.

²⁹⁷⁶ Marcel DUCHAMP, *Duchamp du signe*, Flammarion, Paris 1994 [1975], p. 191.

²⁹⁷⁷ Alexia JACQUES, Alex LEFEBVRE, *La Création artistique... Un en-deçà du désir* [a], op. cit.

propre à notre condition humaine. La critique de la toile opérée par Marcel Duchamp tombe ainsi non seulement à faux, mais, dans la mesure où elle peut être lue comme un refus d'une dimension de notre condition humaine, ne se condamne-t-elle pas à terme, à l'instar de toutes les chimères ? En outre, Marcel Duchamp a pris le parti de prendre acte des mutations engagées par la modernité et d'en tirer les conséquences, sans toutefois en interroger le bien-fondé, choisissant d'y voir un processus inéluctable. Dans la mesure où, comme nous l'avons vu, le progrès est dirigé²⁹⁷⁸, une critique de l'art partant d'un tel *a priori* ne pouvait que décevoir.

On peut aussi se demander si le travestissement identitaire et la reproductibilité des œuvres, et donc le ready-made ne viennent pas questionner nos limites ; partant, ne cachent-ils pas eux aussi une négation de notre humaine condition ?

Relecture de l'originalité et de l'autonomie de l'art

Après Marcel Duchamp et ses *ready-mades*, Le « choix » et le « geste » de l'artiste seraient les deux fondements possibles de l'originalité d'une œuvre, condition de sa protection par le droit d'auteur. L'AC a le mérite de remettre en question de manière fondamentale la notion d'« art », d'« œuvre » et d'« esthétique ». Il pose la question de l'originalité en cas de création d'une « œuvre par délégation », ou encore en cas d'œuvre composée par ordinateur. En poussant la tradition dans ses derniers retranchements, il nous prépare à confronter les principes du passé aux nouvelles technologies et aux nouvelles tendances de la démarche artistique contemporaine.

Mais la prétention à rendre « unique » un objet industriel par sa seule désignation ou par son exposition dans un lieu symbolique ne résiste pas à l'épreuve de la réalité : Marcel Duchamp définira par la suite les critères plastiques que les urinoirs devaient remplir pour pouvoir prendre le nom de *Fountain* et se recommander de lui, enlevant par ces règles *a priori* – et à orientation commerciale marquée – tout sérieux à la théorie du *choix individualisé* qu'il avait développée pour justifier la portée artistique de sa démarche. De plus, en se commettant à la surveillance méticuleuse de la fabrication d'urinoirs visant à répliquer *Fountain*, Marcel Duchamp se prend à son propre jeu : un objet spécifiquement fabriqué pour constituer un *ready-made* relève de la contradiction la plus totale !²⁹⁷⁹ Il montre en outre que sa démarche théorique – faire prendre conscience du pouvoir du regard sur un objet sans qualité esthétique particulière – se transforme à son insu en éducation du regard.

²⁹⁷⁸ Voir ci-dessus, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « Les incidences du capitalisme sur le progrès technique », pp. 180 ss.

²⁹⁷⁹ xxx

À présent que n'importe quel objet – ou peu s'en faut – peut devenir œuvre d'art, il s'agit de trouver ce qui distingue l'urinoir de *Fountain* de ceux présentés dans la vitrine des entreprises de matériel sanitaire, autrement dit ce qui justifie de se rendre au musée plutôt qu'aux toilettes. Pour Maurice Weitz, puis pour Arthur Danto à sa suite, c'est la théorie qui fait l'art, et non l'objet qu'est l'œuvre :

« Ce qui fait la différence entre une boîte Brillo et une œuvre d'art qui consiste en une boîte Brillo, est une certaine théorie de l'art. C'est la théorie qui la fait entrer dans le monde de l'art et l'empêche de se réduire à n'être que l'objet réel qu'elle est »²⁹⁸⁰.

Deux autres conditions ont été posées initialement par Arthur Danto en 1964 pour qu'une œuvre soit reconnue comme relevant de l'AC : être subversive et être reconnue comme étant de l'art aux yeux du milieu de l'art contemporain : « est de l'art ce que le milieu de l'art reconnaît être de l'art. »²⁹⁸¹

En voulant prendre la place du *deus ex machina*, du *faiseur d'art* par une désignation encore plus conceptuelle et arbitraire que la désignation opérée par Marcel Duchamp, par cette référence obligée à la théorie ou à une reconnaissance émanant du milieu de l'art, Maurice Weitz et Arthur Danto enlèvent à l'AC le seul intérêt didactique qu'il pouvait présenter : en-dehors du musée, la boîte de conserve devant laquelle se sont ébaubis les spectateurs redevient une vulgaire boîte de conserve, le carrosse redevient citrouille. Le regard de ces derniers n'a même pas été formé à découvrir de l'étrange – pour ne pas dire du *beau* – dans tout ce qui nous entoure, comme tel est pourtant le cas pour l'artiste. Il n'est que l'illustration de la décision du concepteur, que les spectateurs sont appelés à constater. L'alchimie, pour qu'elle puisse rester dans la maîtrise du théoricien démiurge, ne peut s'opérer qu'en lieu clos : l'AC se révèle dès lors n'être qu'une histoire égotique parmi tant d'autres.

Mais revenons à l'autonomie de l'art. C'est au XX^e siècle que ce principe, poussé à l'extrême, va nier ses buts originels. Pour Thierry de Duve, le *ready-made* s'inscrit en effet dans la ligne de ce projet moderniste, qu'il définit par la réduction progressive de l'art à ses conditions nécessaires et suffisantes. On peut déjà s'étonner qu'une approche initialement destinée à libérer l'art de la science adopte paradoxalement une méthode propre aux sciences qui trouve son origine chez Guillaume d'Ockham et son célèbre « rasoir ». À en croire Clement Greenberg, cette condition nécessaire et suffisante de la peinture serait la planéité²⁹⁸². Dans cette optique, il reste toutefois à débarrasser l'œuvre d'une dernière « convention » : celle qui laisse croire que l'art a une finalité et qu'il peut par conséquent être *interprété*. C'est ce programme radical, qui jette bas tout l'idéalisme allemand, auquel souscrit le *ready-made*. Or en faisant du *choix* l'exclusif objet de l'art, Marcel Duchamp attire l'attention du public sur le doigt

²⁹⁸⁰ Arthur DANTO, *Art World* [a], op. cit., cité par Aude DE KERROS, *L'Art caché*, op. cit., p. 69.

²⁹⁸¹ Définition de Arthur Danto de 1964, (Arthur DANTO, *Art World* [a], op. cit., cité par Aude DE KERROS, *L'Art caché*, op. cit., p. 69).

²⁹⁸² GREENBERG, xxx, p. xxx, cité par Thierry DE DUVE, *Au Nom de l'art (pour une archéologie de la modernité)*, Minuit, Paris 1989, p. 124.

pointant la lune et non sur ce qu'il montre : au lieu de fonder une quelconque liberté de l'artiste, une telle démarche enterre toute quête du sens. La gratuité et l'inutilité pratique de l'art initialement revendiquées deviennent culte de l'absurde. Et si le *ready-made* résiste si bien à toute interprétation, c'est peut-être tout simplement parce qu'il n'a *pas de sens*. Ainsi Andy Warhol disait-il de ses peintures : « Ne cherchez rien derrière mes tableaux, il n'y a rien. »²⁹⁸³ Est-ce là la seule manière cohérente de libérer l'art de la censure, de la marchandisation et de la rationalité scientifique ? On peut en douter. Ici comme ailleurs, c'est une vision univoque de la rationalité qui préside à cet amalgame douteux. Si l'art n'est pas science, et si, à suivre Agnès Tricoire, il n'est même pas discours²⁹⁸⁴, il délivre malgré tout une intelligence du monde, même si celle-ci est non discursive et non verbale, interrogeant le monde « de l'intérieur », à un niveau de réalité plus fondamental.

L'art affranchi du sens l'est aussi de la matière. La principale rupture opérée par Marcel Duchamp tient, nous venons de le voir, à la réduction de l'acte créateur à un simple *choix*, lui ôtant toute portée matérielle directe. Cette volonté d'affranchir l'art de la matière ne date pas d'aujourd'hui. C'est Platon, opposant le monde immuable et parfait des Idées au monde matériel et corruptible des choses, qui serait à l'origine de l'opposition entre la norme – l'obéissance à des lois immuables – et la vie – grouillante, en constante mutation, et promise à la corruption. Or, paradoxalement, l'AC prétend s'identifier à la vie par une quête de l'immédiateté dont rendent particulièrement compte les « *happenings* » ; mais la matière n'est-elle pas le support de la vie ? N'est-elle pas comme elle sujette à la corruption ?

Ainsi l'absurde semble la conséquence logique de cette quête – somme toute infantile – d'une toute-puissance de l'artiste, qui passe par un rejet profond de la matière et de l'apprentissage qu'elle permet par la résistance qu'elle oppose au projet initial de l'auteur. Cette toute-puissance – autre paradoxe – marche sur les traces du mythe romantique de l'artiste solitaire ne devant rien à personne que Marcel Duchamp se proposait pourtant de combattre. La position de Marcel Duchamp s'est du reste vite avérée intenable : avec l'absurde, l'artiste ne peut que perdre tout pouvoir sur son geste. Si pour Marcel Duchamp l'artiste est celui qui *désigne* ce qui est art et ce qui n'en est pas, très vite il devra se contenter du rôle bien moins glorieux que lui réserve l'économie de l'AC :

« Le travail de l'artiste n'est pas de dire : "ceci est de l'art", mais de le faire dire par les spécialistes »²⁹⁸⁵.

Car la désignation, bien qu'elle prétende libérer l'œuvre de toute attache, ne suffit pas. Elle suppose la mise à l'écart de l'objet pour le destiner à son nouvel environnement, l'espace d'exposition. C'est là qu'intervient le « milieu de l'art » dont l'artiste est

²⁹⁸³ Georges BRUNON, *L'Art sans l'Histoire de l'art*, op. cit., p. 83.

²⁹⁸⁴ Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. xxx.

²⁹⁸⁵ Nathalie HEINICH, *Le Triple jeu de l'art contemporain, sociologie des arts plastiques*, Minuit, Paris 1998, cité par Georges BRUNON, *L'Art sans l'Histoire de l'art*, op. cit., p. 9.

tributaire. Pour sauver les théories de Marcel Duchamp, après ses « mises en série », on élaborait la thèse selon laquelle l'œuvre ne serait pas l'urinoir spécifique présenté en 1917 au Salon des indépendants (depuis lors disparue), mais « l'ensemble des objets, des discours, des actes et des images que continue de susciter l'initiative de Duchamp »²⁹⁸⁶. Une telle dématérialisation conduit l'œuvre, qu'on le veuille ou non, à devenir pur produit de l'industrie de la « communication », et cette mutation n'est pas sans rappeler l'entreprise manipulatrice d'un Edward Bernays.

Transgression de l'art et censure

Si tout discours sur l'art ou toute désignation n'est pas *art*, on peut en dire autant de toute transgression et, de manière plus générale, de toute « expression personnelle » prise au sens large. Il n'est pas possible d'envisager que l'« événement » (« *happening* ») ayant eu lieu dans les années 1990 et durant lequel Annie Sprinkle, à la Kitchen de New-York, se masturbe sur scène et propose au public d'examiner son vagin à la lumière d'une lampe de poche²⁹⁸⁷ puisse constituer, de près ou de loin, quoi que ce soit d'artistique, indépendamment de tout jugement moralisant. De même, *Fountain* n'est pas une œuvre d'art, mais le produit d'une démarche subversive par rapport à l'art, ce qui est fort différent. L'assimilation de toute transgression à une démarche artistique a quelque chose d'inepte : si la mise en place des camps d'extermination nazis constitue, avec le lancement de la bombe nucléaire sur Hiroshima, la pire des transgressions humaines, qui songerait à prétendre qu'elles étaient « artistiques » ?

On remarquera à titre liminaire que le goût immodéré de l'AC pour la transgression cache déjà, sur le plan psychologique, une forme de refus du « donné » fort peu critique, pris au sens strict du terme. La critique pour la critique a toujours été vaine et relève de l'étape de développement vers l'âge adulte que l'on nomme généralement l'adolescence ; sans minimiser les mérites d'une telle étape, elle est par essence appelée à mûrir. En faisant de la subversion une condition d'existence de l'AC, Arthur Danto le condamne d'entrée de cause à n'être qu'un mouvement provisoire, l'étai passager de mouvements plus aboutis, pour ne pas dire plus adultes. Ce glissement déviant partant de l'affirmation – déjà douteuse – que tout art ne peut être que transgression, en une profession de foi plus douteuse encore selon laquelle toute transgression est en soi artistique n'est toutefois pas fortuit. Le premier élément qui l'explique est la profonde immaturité des populations civiles qu'engendre la culture du désir pulsionnel élaborée par la consommation capitaliste et fort bien dénoncée par Bernard Stiegler. Mais il n'est pas le seul.

Il y a bien une forme de transgression dans l'art, mais celle-ci ne semble jamais recherchée pour elle-même et s'opère dans le cadre d'une nécessaire transposition du

²⁹⁸⁶ Nathalie HEINICH, *Pour en finir avec la querelle de l'art contemporain* [a], op. cit., p. 111.

²⁹⁸⁷ Aude DE KERROS, *L'Art caché*, op. cit., p. 45.

réel. La liberté accordée autrefois à l'artiste de transgresser les normes se faisait dans le cadre de la « transposition formelle » de la réalité par son art :

« Cette liberté [de l'art] s'appliquait à la création d'œuvres où l'artiste opérait une transposition formelle de la réalité, comme, par exemple, peindre un tableau, écrire un roman. On ne pouvait lui reprocher la moralité du sujet ou des personnages car la fiction opérait une distanciation qui permettait de *voir*. L'art était justement ce travail de transposition, cette alchimie de la mise en forme qui faisait que l'on pouvait donner à voir, comme dans un miroir, la réalité en face sans mourir. »²⁹⁸⁸

Nous retrouvons ici l'analogie de l'art comme bouclier nous protégeant du regard de Méduse²⁹⁸⁹. Les transgressions, en art, sont intérieures et s'inscrivent dans le processus créateur lui-même, faute de quoi, au contraire de nous libérer de la pétrification de nous-mêmes, le processus engagé nous identifie davantage à notre propre image en renforçant le poids du regard de l'autre sur nous, édifiant ainsi ce qui nous oppose à lui. Celui qui transgresse devant tous les règles sociales s'identifie à un rôle, et s'éloigne d'autant de la liberté intime qui l'habite. C'est en fin de compte au nom même de « l'espace-jeu »²⁹⁹⁰ auquel il permet d'accéder que l'art a acquis sa liberté. Cette dernière est donc inhérente à la distanciation propre à toute transposition, qui seule respecte la liberté du spectateur et lui permet de retirer de l'œuvre ce qu'il veut ou peut en tirer, ce que la simple exposition de la réalité ne permet pas toujours, surtout lorsqu'elle s'opère par des images. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'on entend *dénoncer* certains aspects du réel, leur exposition étant par principe fort agressive. En peignant *Guernica*, le propos de Pablo Picasso est clair : exprimer son horreur face aux exactions commises par la légion Condor dans ce petit village espagnol érigé en symbole. Le tableau expose la violence sans complaisance, montre sa difformité sans toutefois être visuellement choquante ; s'il parle à ceux qui n'ont jamais été d'une manière ou d'une autre au contact de la violence, c'est « de l'intérieur », en leur faisant pressentir la déformation qu'elle inflige à la vie quotidienne. Il serait vain, du reste, de faire partager à qui que ce soit une *expérience* par la seule description de ses circonstances objectives, notamment en matière de douleur. L'œuvre *suggère* l'horreur davantage qu'elle n'*expose*, et le travail du spectateur face à ce témoignage se fait en fonction du lieu où il est rendu sur son chemin personnel, à l'instar de l'inconscient qui dévoile peu à peu au sujet ses expériences refoulées en fonction de sa capacité à y faire face. L'art joue, à travers le travail intérieur qu'il déclenche – en positif ou en négatif – dans l'intime du spectateur, la fonction de *catharsis*.

Il en va autrement avec l'AC, puisque ce dernier prétend dénoncer le réel sans le détour de la transposition que pratique l'art, et « "présenter" la réalité telle quelle »²⁹⁹¹.

²⁹⁸⁸ *Ibid.*, pp. 116-117 ; c'est moi qui souligne.

²⁹⁸⁹ Voir ci-dessus, pp. 565 s.

²⁹⁹⁰ Donald Woods WINNICOTT, *Jeu et Réalité – L'espace potentiel*, op. cit.

²⁹⁹¹ Aude DE KERROS, *L'Art caché*, op. cit., p. 117.

Outre que ce but est naïf et rappelle l'illusion d'« informer » propre aux journalistes débutants, il place l'AC dans une position éminemment ambiguë, juridiquement indéfendable, où la dénonciation se confond avec ce qu'elle prétend dénoncer, et commet les mêmes atteintes, assimilables à un viol de la personne. Comme le rappelle très justement Aude de Kerros :

« Quelle différence peut-il y avoir entre l'artiste qui montre une photo ou une vidéo où se trouvent des enfants dans des situations équivoques, et un fabricant de produits de ce genre à vocation commerciale et poursuivis par la loi ? La différence n'est pas dans la forme et l'apparence de l'"œuvre", mais dans le fait que quelqu'un ayant le statut d'artiste l'a produite et qu'elle a été reconnue et exposée par les institutions. »²⁹⁹²

L'exposition « Présumés innocents – L'art contemporain et l'enfance » qui eut lieu au CAPC, musée d'art contemporain de Bordeaux de juin à octobre 2000, l'illustre fort bien. Elle rassemble 200 œuvres de 80 artistes de diverses nationalités. Plus de 1'500 enfants, de la maternelle à la terminale, ont visité l'exposition dans le cadre scolaire. Et qu'y voit-on ? Entre autres documents, une vidéo d'Elke Krystufek où cette dernière se masturbe à l'aide d'un concombre avant de se couvrir le sexe, ou encore une photographie de Garry Gross prise en 1975 et montrant une petite fille nue dans son bain et grimée comme une femme. Une plainte pénale est déposée le 24 octobre 2000 par une association de lutte contre la pédophilie, La Mouette. Après six ans d'enquêtes, le parquet de Bordeaux met en examen Henri-Claude Cousseau, alors directeur du CAPC, actuellement directeur de l'École des beaux-arts de Paris, les deux commissaires de l'exposition, Marie-Laure Bernadac et Stéphanie Moisdon-Tremblay, ainsi que vingt artistes sur les chefs de « diffusion de l'image ou de la représentation d'un mineur présentant un caractère pornographique » et présentation d'œuvres à « caractère pornographique et violent ». Le 23 juin 2009, les vingt-trois prévenus sont renvoyés par le juge bordelais Jean-Louis Croizier devant le tribunal correctionnel afin d'y être jugés. Renaud Donnedieu de Vabres, alors ministre, déclare dans le cadre de cette affaire :

« Il est important de laisser à l'artiste ce degré de liberté supplémentaire, par rapport au commun des mortels, qui lui permet de représenter et dénoncer les maux de la société. »²⁹⁹³

Il n'est pas jusqu'au Conseil pour la création artistique mis en place par Nicolas Sarkozy qui ne soutienne les trois organisateurs de l'exposition et ne « s'alarme d'une décision qui menace gravement les libertés de pensée, de création et d'expression des artistes »²⁹⁹⁴.

Les trois organisateurs de l'exposition, décrits comme « très affectés par cette procédure kafkaïenne » avertissent de leur côté :

« La tentative de "criminalisation" qui touche aujourd'hui les artistes, les acteurs et les lieux culturels qui les diffusent, doit appeler à la plus grande vigilance à l'égard d'une censure toujours

²⁹⁹² Ibid., p. 117.

²⁹⁹³ Libération, 20.11.2006, cité par Aude DE KERROS, *L'Art caché*, op. cit., p. 116.

²⁹⁹⁴ Édouard LAUNET, « Présumés » non coupables [a], dans Libération, 26.06.2009.

prompte à instrumentaliser les causes les plus nobles, comme la protection de l'enfance, à des fins autoritaires et liberticides. »²⁹⁹⁵

En mars 2010, coup de théâtre : la Cour d'appel de Bordeaux infirme le renvoi du juge Croizier et prononce un non-lieu, confirmé le 2 mars 2011 par la Cour de cassation devant laquelle l'association La Mouette avait porté l'affaire. Cette décision de non-lieu est stupéfiante à plus d'un titre, et montre qu'une fois de plus personne n'ose voir que le roi est nu. Quelle différence y a-t-il pour une petite fille à être grimée en femme et photographiée nue dans une baignoire par un « artiste » ou un maffieux ? Quelle différence entre ces deux clichés pour un enfant de la maternelle appelé à les voir dans le cadre de sa scolarité ? Comment expliquer à l'enfant qu'il ne s'agit pas d'un cas patent d'objectification du corps humain dont on voit les effets tous les jours davantage dans les cours d'école²⁹⁹⁶ ? En quoi l'enfant à qui l'on montre un adulte se masturber avec un concombre peut-il être assez sot ou conditionné pour penser qu'il s'agit là « d'art » et du coup de ne pas s'en trouver perturbé ? Sur le plan éthique, les organisateurs de cette exposition portent une très lourde responsabilité personnelle pour ne pas avoir voulu le voir. Contrairement à ce que prétend Agnès Tricoire²⁹⁹⁷, l'interdiction pénale de la pornographie ne relève pas nécessairement des interdits moraux, et l'impératif d'une représentation respectueuse du corps a aussi des fondements éthiques, liés au respect de la personne humaine, au refus d'objectifier l'autre à travers son corps, et au respect de son temps de maturation : un enfant de la maternelle à qui l'on impose un tel spectacle ne peut pas s'en trouver indemne. Il n'est tout simplement pas sérieux de prétendre le contraire. C'est à la fois d'une part la question de la distanciation et de la mise en perspective symbolique par l'art, d'autre part la nature comme les limites de la liberté d'expression, qui sont ici en cause. Car l'AC, de par sa nature conceptuel et le mode « documentaire » de certaines de ses réalisations, se place de lui-même dans la sphère de la liberté d'expression, et non de la liberté de création.

Lorsque l'AC crie à la censure et entend endosser – une fois n'est pas coutume – la cause des artistes classiques face à la censure des pouvoirs temporels en place, il montre son incapacité à tirer les conclusions de ses propres théories.

La censure ne constitue pas nécessairement une limite à la liberté d'expression mais peut contribuer au respect d'un référentiel nécessaire à la vie en commun et à la canalisation de certaines déviances. La liberté d'expression n'a jamais consisté dans les pays de droit civil à pouvoir tout dire ou tout faire, et la censure peut faire office de cadre salubre. Ainsi la liberté d'expression ne rend-elle pas inopérantes l'ensemble des normes pénales, tout au plus limite-t-elle l'application de deux ou trois d'entre elles. Assassiner quelqu'un dans un musée, même si l'événement est travesti en « *happening* », ne sera jamais qu'un crime, au mieux commis par un psychopathe.

²⁹⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁹⁶ Maria-Grazia VILONA VERNIORY, Jean-François MALHERBE, *Transmuter la violence en milieu scolaire*, op. cit.

²⁹⁹⁷ Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 54.

Pourquoi en serait-il de même en matière de pédophilie ? Certes, pour prendre l'exemple du droit suisse, l'article 135 alinéa 1 du Code pénal (représentation de la violence) stipule qu'est punissable

« Celui qui aura fabriqué, importé ou pris en dépôt, mis en circulation, promu, exposé, offert, montré, rendu accessibles ou mis à disposition des enregistrements sonores ou visuels, des images, d'autres objets ou des représentations qui illustrent avec insistance des actes de cruauté envers des êtres humains ou des animaux portant gravement atteinte à la dignité humaine, sans présenter aucune valeur d'ordre culturel ou scientifique »²⁹⁹⁸.

En matière de pornographie, l'article 197 (pornographie), en son alinéa 5, ménage lui aussi une exception en faveur des objets présentant « une valeur culturelle ou scientifique digne de protection », qui dans ce cas ne seront tout simplement pas considérés comme « pornographique ». L'alinéa 5 protège même

« Celui qui aura fabriqué, importé, pris en dépôt, mis en circulation, promu, exposé, offert, montré, rendu accessibles ou mis à la disposition des [écrits, enregistrements sonores ou visuels, images ou autres objets pornographiques ou des représentations pornographiques], ayant comme contenu des actes d'ordre sexuel commis avec des enfants, des animaux, des excréments humains ou comprenant des actes de violence »²⁹⁹⁹.

À première vue, tout repose, on le voit, sur l'interprétation de la notion de « valeur d'ordre culturel ». Ceci dit, on peut d'emblée trouver étrange, au vu de la description déjà très restrictive des représentations interdites en matière de violence, qu'une image « illustrant avec insistance des actes de cruauté envers des êtres humains ou des animaux et portant gravement atteinte à la dignité humaine » puisse présenter la moindre valeur d'ordre culturel. On pense certes de manière classique aux écrits du Marquis de Sade, qui peuvent aller assez loin dans l'abjection et dénotent à n'en pas douter la pathologie de leur auteur, tout en étant reconnus unanimement comme d'intérêt culturel. Mais peut-il en être de même des images et vidéos ici incriminés ? Ici encore, on peut se demander si le législateur a suffisamment pris en compte, depuis l'avènement de la photographie, la notion de distanciation propre à l'art et que récuse fermement l'AC. L'interprétation du code pénal repose ainsi de manière plus fructueuse si l'on s'interroge sur la notion de « représentation » que sur celle de « valeur d'ordre culturel », cette dernière étant trop extensive à l'ère du « tout culturel », alors que la notion de « représentation » peut intégrer celle de « médium » ou de « distanciation », moins spécifiques que l'exigence passée d'un caractère esthétique. Quoi qu'il en soit, en application du droit positif actuel – malheureusement lacunaire, comme il vient d'être dit – il eût peut-être fallu acquitter les prévenus, mais dans le cas d'espèce le prononcé d'un non-lieu ne manque pas d'intriguer.

Ce fut du reste autour de cette prétention de l'AC à représenter la réalité *telle qu'elle est*, et dans le fait que l'œuvre d'AC n'*interprète* pas le réel mais se contente de l'*exposer* que Maître Emmanuel Pierrat, l'avocat d'Henry-Claude Cousseau, le principal organisateur de l'exposition « Présumé innocents », construisit le nerf de sa

²⁹⁹⁸ Art. 135 al. 1 Code pénal suisse (RS 331.0), état au 1^{er} janvier 2012.

²⁹⁹⁹ Art. 197 al. 3 et al. 1 (par renvoi entre crochets) Code pénal suisse (RS 331.0), état au 1^{er} janvier 2012.

plaidoirie en 2006 : l'AC prétendant montrer la réalité telle quelle est, il n'est pas responsable de la réalité et se trouverait donc innocent de ce qu'il montre ; s'il donne à voir des images pédophiles, c'est qu'il existe des pédophiles, et, pour le surplus, s'il y a perversion, il faut la chercher dans le regard du spectateur, mais non dans l'œuvre exposée, nécessairement objective, donc neutre³⁰⁰⁰. Il est assez étonnant que des juges se laissent prendre à une telle rhétorique. Celui qui prend et diffuse les images d'un viol commet un acte pénalement répréhensible, bien qu'il n'ait pas commis lui-même ce crime, car le seul fait de montrer un document à des tiers entraîne la responsabilité de celui qui le diffuse en conscience. Montrer ce qui existe, c'est se comporter en voyeur soi-même, et c'est devenir complice de ce que l'on montre avec – soyons honnêtes – une indubitable complaisance. C'est au contraire précisément *parce qu'il interprète* la réalité, parce qu'il la place dans un « tiers lieu », entre intériorité et réalité extérieure, que l'on considère traditionnellement que l'art est innocent de ce qu'il montre et doit être affranchi de la censure moralisante.

La prétention de l'AC à critiquer la société contemporaine, indéniablement hypocrite chez certains « artistes » – on ne voit guère en quoi se masturber avec un concombre ressemble de près ou de loin à une critique de la société –, peut d'autant moins prétendre être couronnée de succès qu'elle passe par la représentation photographique. Susan Sontag a déjà dénoncé dans son essai *Devant la douleur des autres* l'incapacité des « images-choc » à faire cesser l'horreur. Elles semblent, tout au contraire, inciter le spectateur au repli et à la saturation, voire – ce qui est pire – à la résignation, à l'apathie, bien plus qu'à faire naître en lui l'envie d'abolir la cause des carnages qu'on lui jette au visage³⁰⁰¹. Il y a surtout que l'immédiateté de la photographie ne permet pas la réflexion, mais hante le spectateur :

« Les photographies poignantes ne perdent pas fatalement leur pouvoir de choquer. Mais elles ne sont pas d'un grand secours si la tâche est de comprendre. Les photographies font autre chose : elles nous hantent. »³⁰⁰²

Or ce n'est pas tant la quantité d' « images-choc » qui nous sont infligées qui suscitent notre apathie pour Susan Sontag, que le sentiment d'impuissance et de rage qu'elles provoquent :

« Les gens ne sont pas endurcis par les images qu'on leur montre – à supposer qu'on puisse décrire les choses ainsi –, à cause de la *quantité* d'images dont on les abreuve. C'est la passivité qui émousse le sentiment. Les états que l'on dit d'apathie, d'anesthésie de l'esprit ou du sentiment, sont en fait pleins d'émotions ; ces émotions sont la rage et la frustration. »³⁰⁰³

La « critique » de l'AC se révèle stérile dès lors qu'elle ne nous permet pas un travail personnel d'intégration, par le biais de la distanciation et de la réflexion que cette dernière permet. Pire, l'artificielle proximité que l'image véhicule nous empêche toute

³⁰⁰⁰ Aude DE KERROS, *L'Art caché*, op. cit., p. 119.

³⁰⁰¹ Susan SONTAG, *Devant la douleur des autres*, op. cit., p. 109.

³⁰⁰² *Ibid.*, p. 98.

³⁰⁰³ *Ibid.*, p. 110.

critique véritable – la nôtre, celle de notre implication possible dans l'horreur de l'autre :

« La proximité imaginaire qu'introduisent les images décrivant la douleur des autres instaure, entre les victimes lointaines – que l'écran de télévision nous montre en gros plan – et le spectateur privilégié, un lien faux, qui n'est jamais qu'une mystification supplémentaire de ce que sont nos véritables rapports au pouvoir. Dès lors que nous éprouvons de la compassion, nous ne pouvons être complices de ce qui a provoqué cette souffrance. Dans cette mesure, elle peut devenir (malgré toutes nos bonnes intentions) une réaction impertinente – sinon inappropriée. »³⁰⁰⁴

L'AC nous rend ainsi éminemment passifs face à ce qu'il prétend « dénoncer » ; jouant de nos émotions par le battage médiatique qu'il organise autour de ses événements et sa quête pathétique du « nouveau » recherché pour lui-même, il semble adopter une « stratégie du choc » qui n'est pas sans rappeler les faits exposés par Naomi Klein³⁰⁰⁵. Cette manœuvre décrédibilise toute prétention « critique » acceptable de l'AC, et justifie pleinement la censure opposée à cette manipulation du public.

Enfin, contrairement à ce qu'affirme l'AC, ce n'est pas sa « critique » de la société qui justifie sa censure. Il semble en effet exister plusieurs types de censures, en particulier la censure morale et la censure politique. L'artiste, en matière de censure, a été parfois comparé au bouffon :

« Le bouffon intouchable qui pouvait parler "à livre ouvert" avait le privilège temporel, parfois imprévisiblement remis en cause au péril de sa vie, de bénéficier d'une tolérance à tout dire ou presque. Comme lui, l'artiste peut faire profession d'ouvrir sur l'inconnaissable de son être et de développer cette capacité d'ouverture en limitant les effets de censure mais avec des restrictions sociales multiples, qu'elles viennent d'un pouvoir totalitaire, d'une emprise des lobbies ou d'une bienséance culturellement correcte. »³⁰⁰⁶

La référence à l'ouverture sur « l'inconnaissable de l'être » est ici capitale. Le bouffon, faut-il le rappeler, devait sa liberté d'expression à ses grimaces et à sa constante simulation de la folie, comme pour affirmer à quel point il faut être fou pour dire la vérité à un homme de pouvoir. De même, c'est en raison de sa fonction cathartique, et plus généralement de la distanciation qu'il opère, que l'art est affranchi des jugements de la morale. Son caractère fictionnel ne l'innocente toutefois pas aux yeux du politique, bien au contraire. Luc Lang a bien montré que le caractère fictif de l'art ne le rend pas moins « vrai » pour autant, mais à un autre titre que le témoignage journalistique³⁰⁰⁷. C'est essentiellement en ce sens qu'il reste objet de censure. L'art reste aux yeux du tyran bien plus dangereux que la simple dénonciation d'un scandale. Pour reprendre la thèse de Bernard Edelman³⁰⁰⁸, il tient à ce que l'art échappe au pouvoir économico-politique, car l'œuvre peut naître d'un rien, du plus profond de chacun, sans crier gare, sans grands moyens, et dire, en tant qu'expression de la sujété,

³⁰⁰⁴ Ibid., p. 110.

³⁰⁰⁵ Naomi KLEIN, *La stratégie du choc*, op. cit.

³⁰⁰⁶ Thierry DELCOURT, *Au risque de l'Art*, op. cit., pp. 139-140.

³⁰⁰⁷ Luc LANG, *Délit de fiction*, op. cit.

³⁰⁰⁸ Bernard EDELMAN, *Le Sacre de l'auteur*, op. cit.

l'irrépressible fragilité de toute personne libre. La sujétité fait peur aux tyrans, tous épris de contrôle, car elle est en tous points imprévisible : quant au temps de sa venue, à ses hérauts, et surtout quant à son propos sur nous-mêmes, révélatrice qu'elle est de l'infini qui nous habite. L'art dit notre caractère essentiellement irréductible, au-delà de tous les pièges que nous tendent nos peurs :

« Les poètes ne se laissent pas redresser, du moins pas ceux de la trempe d'Antonin Arthaud, d'Ossip Mandelstam, de Federico Garcia Lorca, parfois au risque de leur vie. »³⁰⁰⁹

L'absence de médium ne permettant pas à l'AC de prétendre à l'expression de la sujétité, mais tout au plus à celle de l'ego, il ne peut prétendre faire l'objet de censure pour les mêmes raisons que l'art traditionnel. Certes, Gustave Courbet et les Impressionnistes ont choqué leurs contemporains, et pour des raisons relevant davantage de la morale que du contrôle politique ; Gustave Flaubert n'a-t-il pas fait en 1857 l'objet d'un procès pour immoralité, plus précisément pour « outrage à la morale publique et religieuse et aux bonnes mœurs », à propos de *Madame Bovary* ?³⁰¹⁰ Toutefois, ces artistes s'exprimaient encore par le biais d'un langage propre, passant par un médium, qui permettait au spectateur de percevoir le caractère à la fois subjectif et universel de leur propos. C'est du reste autour de ce point que pouvait se construire la défense de Flaubert : ce n'était pas lui qui s'exclamait, enfiévrée : « J'ai un amant », mais Emma Bovary ; les phrases que Flaubert met dans sa bouche peuvent fort bien être suivies, à travers toute la trame du roman, d'une forme de réprobation de l'adultère. Le roman, qui plus est, n'est jamais que les vues d'un auteur sur le monde, nous invitant à adopter ce qui nous semble bon. Dans un autre ordre d'idées, c'est toute la différence qu'il y a entre le jugement « tu es stupide » et « je pense que tu as commis un acte stupide », même si l'un et l'autre ne sont guère faciles à entendre. Le médium impose un travail à l'artiste ; il s'agit de bien autre chose que d'une simple nécessité technique : un investissement de sa personne l'obligeant à une forme d'authenticité, laquelle mérite respect et peut aussi nous permettre d'entrer à notre tour dans une forme de travail. Tel n'est pas le cas de l'AC, qui à travers certaines de ses œuvres, conditionne le spectateur à n'être qu'un voyeur et lui fait ainsi violence de la pathologie étalée de « l'artiste », à l'instar de ce que produisent les « images-choc » du photo journalisme :

« On peut être bouleversé par la vision d'une horreur inventée (je trouve, quant à moi, difficile de regarder le somptueux *Supplice de Marsyas* de Titien, ou d'ailleurs n'importe quelle représentation de ce thème). Mais la honte, autant que le choc, accompagne le regard que l'on porte sur une horreur réelle saisie de près. Les seules personnes à qui revient le droit de regarder des images de douleur aussi extrêmes sont peut-être celles qui disposent du pouvoir de l'atténuer – les chirurgiens de l'hôpital militaire où la photographie a été prise, par exemple – ou celles qui pourraient apprendre quelque chose de cette douleur. Mais les autres sont des voyeurs, qu'on le veuille ou non. »³⁰¹¹

³⁰⁰⁹ Thierry DELCOURT, *Au risque de l'Art*, op. cit., p. 34.

³⁰¹⁰ Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit., p. 150.

³⁰¹¹ Susan SONTAG, *Devant la douleur des autres*, op. cit., p. 50.

À une époque où Jack Lang, alors nouveau ministre français de la culture, affirme que « tout est culture »³⁰¹², y incluant les canettes de bière, il est indispensable d'intégrer dans la compréhension « d'objet présentant une valeur culturelle » la notion de *médium*, qui seule justifie l'exception concédée, et ce malgré toutes les difficultés que cela présente. Cette notion de médium permettrait de prendre le relais du critère esthétique, désormais trop restreint, après qu'il a été tronqué par les Romantiques de la Bonté et de la Vérité auxquelles les Grecs rattachaient indissolublement la Beauté.

Mais l'incohérence des prétentions critiques de l'AC envers la société s'éclairent beaucoup mieux si nous l'analysons à travers le réseau mercantile qui le porte et, en définitive, le justifie.

Un art capitaliste ?

À en croire sa stratégie de rupture systématique, jointe aux discours et aux mythologies développées par certains plasticiens tels que Joseph Beuys, l'AC s'inscrirait comme une critique du système mercantile ambiant. Ainsi Joseph Beuys a-t-il souvent affirmé dès le début des années 1960 son rejet de « l'aliénation » opérée par la société industrielle³⁰¹³ et sa volonté de transformer le corps social en appelant chacun à développer ses capacités « monstrueusement inexploitées », s'appropriant au passage une thèse maîtresse de l'esthétique de Friedrich Schleiermacher (1768-1834), celle de l'universalité de la disposition artistique, résumée chez le plasticien par le slogan « tous les hommes sont des artistes »³⁰¹⁴. Une analyse moins complaisante montre pourtant à quel point l'AC emprunte sa dynamique au système capitaliste. Adopter les fondamentaux du système qui entend contraindre l'ensemble des échanges de la société civile et de juger leur utilité à l'aune de ses visées réductrices, voilà une bien curieuse manière, au XX^e siècle, de se montrer critique et surtout révolutionnaire : on peut y voir une contradiction – ou une manipulation – de plus de la part du milieu de l'AC.

L'AC établissant la valeur de l'œuvre « plus tant dans l'objet proposé que dans l'ensemble des médiations qu'il autorise entre l'artiste et le spectateur »³⁰¹⁵, les expositions d'AC tendent à se confondre avec des opérations de « communication ». Il n'est pas jusqu'au mot d'ordre de l'AC d'instaurer une rupture radicale d'avec le passé qui ne l'ait livré à la « logique événementielle » et à l'immédiateté propre à la société de consommation³⁰¹⁶. Andy Warhol, l'un des principaux représentants du Pop'Art,

³⁰¹² ASSEMBLEE NATIONALE, *Un ministère de la culture, pour quoi faire ?*, discours de Jack Lang à l'Assemblée Nationale, 17.11.1981, <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/lang.asp>.

³⁰¹³ Jean-Philippe DOMEQ, *Misère de l'art*, op. cit., p. 99.

³⁰¹⁴ Friedrich Daniel Ernst SCHLEIERMACHER, *Esthétique*, op. cit., Introduction de Christian Bernet et Denis Thuard, p. 12.

³⁰¹⁵ Nathalie HEINICH, *Pour en finir avec la querelle de l'art contemporain* [a], op. cit., p. 111.

³⁰¹⁶ Jean-Philippe DOMEQ, *Misère de l'art*, op. cit., pp. 198-199.

n'a-t-il pas affirmé que, dans le monde moderne, c'est au marché qu'il revenait de désigner la valeur objective des œuvres d'art³⁰¹⁷ ?

Ces opérations de « communication » se doublent de véritables opérations de « marketing », les marchands de luxe commandant à des plasticiens des pièces reproduisant leurs propres produits. Dans une exposition « Icônes » organisée en 2006 par le groupe de produits de luxe français Louis Vuitton Moët Hennessy (LVMH) de Bernard Arnault, qui considère complaisamment les créateurs de luxe comme des artistes, les sacs Vuitton se sont métamorphosés en « icônes ». Le lieu de l'exposition se situe dans le musée Louis-Vuitton, une forme de galerie d'art contemporain sise au dernier étage du magasin des Champs-Élysées appartenant au groupe. Comme l'exprime fort bien Aude de Kerros, « Vous êtes convié à voir les sacs "cultes", "historiques" de la maison, vendus aux étages inférieurs mais "réifiés" au dernier étage par des "créateurs" pour en faire des "icônes" »³⁰¹⁸. On retrouve sans surprise parmi les plasticiens dont les œuvres se présentent comme « des dispositifs mettant en valeur les modèles de sacs », une participante de l'exposition *Présumés innocents*, Sylvie Fleury. Elle y expose un sac en bronze reprenant les caractéristiques d'un des modèles de la marque, *Keepall*, dont il est difficile de faire la part entre l'« œuvre d'art » et l'objet publicitaire. L'AC prétend-il encore faire ici œuvre *critique* ? Le groupe LVMH, à travers son PDG Bernard Arnault, semble, lui, avoir réussi deux subversions : détourner l'AC lui-même au profit de ses activités lucratives, et être parvenu, par l'association du musée et du magasin, à obtenir l'ouverture des deux surfaces le dimanche, ce à quoi s'était pourtant farouchement opposé le personnel de vente³⁰¹⁹. Un autre exemple est fourni par l'exposition de Plamen Dejanov et Svetlana Heger, qui a permis à ces deux jeunes plasticiens d'Europe de l'Est de louer leur espace d'exposition au centre Georges-Pompidou à des sociétés d'ameublement et de décoration, permettant à ces dernières d'utiliser ce lieu culturel comme vitrine publicitaire, sous le prétexte assez fallacieux « d'interroger les rapports de l'art et de l'argent »³⁰²⁰.

Il existe ainsi de très nombreux mariages entre l'AC et le monde des affaires, prenant l'apparence du mécénat mais visant en réalité à faire la publicité des produits du « mécène ». Cette tendance était déjà bien implantée aux États-Unis avant de se répandre en France. La Fondation Cartier, fondée dans les années 1980, fut l'une des premières à inaugurer ce type particulier de mariage entre les arts et les affaires, suivi par la Fondation LVMH. De nombreux groupes de l'industrie automobile ont adhéré à l'AC à des fins mercantiles : citons notamment Mercedes-Benz en 2004 avec Pierre Maraval, à qui la marque commande une « installation video-numérique monumentale produite en direct et *online* »³⁰²¹, ou encore Renault, avec son événement

³⁰¹⁷ Georges BRUNON, *L'Art sans l'Histoire de l'art*, op. cit., p. 9.

³⁰¹⁸ Aude DE KERROS, *L'Art caché*, op. cit., p. 135.

³⁰¹⁹ *Ibid.*, p. 117 ; p. 136.

³⁰²⁰ Jean-Philippe DOMEQ, *Misère de l'art*, op. cit., p. 167.

³⁰²¹ Aude DE KERROS, *L'Art caché*, op. cit., p. 132.

« *Scenic'Art* » en septembre 2006 organisé à la gloire de son modèle *Scenic*³⁰²². L'artiste, après s'être battu depuis la Renaissance pour échapper au mécénat privé et d'État et acquérir reconnaissance et autonomie financière, est ainsi devenu le promoteur des marques internationales, dont il reçoit ses commandes, pour ne pas dire ses programmes. Les maigres acquis obtenus par les auteurs par le biais du statut social sont ainsi plus que menacés.

Faut-il s'étonner de l'incongruité apparente de cette union des stratégies du marketing et des fins subversives de l'AC ? Si l'on résume les théories d'Arthur Danto, tout devient art à condition d'avoir une théorie, un public et un marché³⁰²³. La notion de marché est donc essentielle à la définition de l'AC, et le marchand dicte la valeur des œuvres en lieu et place des anciens critères esthétiques. La production de l'AC se prête donc très naturellement à sa propre marchandisation, si bien que la valeur des objets est créée d'entente entre le théoricien, les marchands et leurs clients, organisant les cotes de toutes pièces. Les rôles se répartissent comme suit : le théoricien, en le révélant et en l'habilitant à se réclamer de l'AC, « fait » littéralement le plasticien ; il aura soin de choisir une personnalité docile aux revendications du marché et influencera si nécessaire la production par une « réorientation » de la théorie ; le client acquiert des œuvres dans un but spéculatif et adhère dès lors aux stratégies du marché qui permettent à ces œuvres de gagner en valeur ; le marchand offre le réseau d'importance mondiale qui règle le marché, et garantit à ses clients par sa propre notoriété la valeur de l'œuvre qu'ils ont acquise auprès de lui, contribuant activement à la stabilité nécessaire à tout placement. Parmi ces marchands, les fondations américaines privées ainsi que les maisons de vente Sotheby's et Christie's, qui jouent pour l'AC le rôle imparti ailleurs aux galeries d'art, exercent l'influence la plus grande³⁰²⁴. Enfin, l'offre nourrit le marché par une production abondante, toujours renouvelée au nom de la « révolution permanente », dont les auteurs sont étroitement contrôlés : rien de plus facile que d'orienter la production d'un artiste encore en vie et dont on a fabriqué de toutes pièces la réputation³⁰²⁵. On retrouve derrière ce contrôle étroit de l'offre par l'estampille théorique des productions appelées à se réclamer de l'AC et la concentration forte des intermédiaires au niveau mondial agissant par le biais de ventes aux enchères, un procédé qui facilite la gestion des cotes, la volonté d'assurer l'aspect contraignant d'un marché appelé par sa nature à demeurer ouvert. Nous sommes bien en plein capitalisme.

Le phénomène mercantile de l'AC vient des États-Unis. C'est là que l'on a, pour la première fois, étendu – d'aucuns diraient : déprécié – la notion d'art pour l'appliquer à la production des stylistes et des *designers* dont le travail s'appuie essentiellement sur les techniques numériques. C'est un mouvement complémentaire de celui qui pousse le

³⁰²² *Ibid.*, pp. 133-134.

³⁰²³ *Ibid.*, p. 69.

³⁰²⁴ *Ibid.*, p. 55.

³⁰²⁵ *Ibid.*, p. 55.

législateur à abaisser les critères d'originalité en matière de droit d'auteur pour pouvoir intégrer la production des nouvelles industries :

« Aujourd'hui, l'idée directrice de la "diversité culturelle" aux États-Unis permet d'envisager une production infiniment variée de produits culturels fondés sur la créativité à exporter dans le monde entier. La promotion de la création sous toutes ses formes est la clef de la reconversion économique de l'Amérique, qui doit abandonner ses industries lourdes ou de biens de consommation peu rentables. La formule est : on crée en Amérique, on fabrique ailleurs. »³⁰²⁶

Il n'est dès lors pas surprenant que l'AC se montre si compréhensif envers les intérêts capitalistes des groupes industriels auxquels il s'associe pour organiser des « événements ». Là encore, l'AC se décrédibilise en tant qu'art et en tant que mouvement critique. L'AC est d'autant moins crédible dans ces domaines qu'il adhère, par sa volonté affichée de transgression, de subversion et de déstabilisation, au principal projet capitaliste de déstructuration de la société civile dénoncé de manière implacable et fortement documentée par Naomi Klein dans son dernier livre intitulé *La Stratégie du Choc – La montée d'un capitalisme du désastre*³⁰²⁷. En s'en prenant aux valeurs symboliques parmi les plus profondes de l'humanité et du monde occidental en particulier, il y concourt même très efficacement :

« En attaquant toutes les valeurs, toutes les formes, il débarrasse la société de tout ce qui dure afin de permettre aux produits nouveaux de s'imposer. Il ouvre l'ère de la rotation permanente des produits, substitut de la révolution permanente. [...] L'osmose est aujourd'hui complète entre art, finance, commerce et communication. Le chaos qu'il produit aliène la personne en l'isolant, en gommant son identité, sa raison, ses valeurs, pour la soumettre à la consommation compulsive. »³⁰²⁸

C'est qu'à l'opposé de l'art traditionnel, par son recours à une théorie absconse et verbeuse, l'AC rend le public impuissant à se déterminer en référence à sa propre expérience et à ses attentes intimes pour pouvoir juger de sa valeur. L'AC opère sous ce couvert une destruction symbolique de la société civile, dont le peintre Georges Mathieu donne une idée de l'ampleur :

« Si l'artiste lui-même démissionne, c'en est fait de cette ultime barrière qui a retenu jusqu'alors la dissolution totale de l'être, c'est-à-dire que c'en est fait aussi de l'ensemble des formes que constitue la civilisation. »³⁰²⁹

L'AC s'avère en effet héritier des fondamentaux du capitalisme lorsqu'il tend à supprimer la figure de l'auteur, dont il affirme le caractère interchangeable : il ne s'agit plus ici de clamer au nom de la postmodernité, à travers le caractère *impersonnel* de l'œuvre, la disparition de l'auteur en tant que figure comme l'avaient fait Gustave Flaubert, Stéphane Mallarmé et Piet Mondrian, mais bien celle de l'auteur en tant que

³⁰²⁶ *Ibid.*, p. 49.

³⁰²⁷ Naomi KLEIN, *La stratégie du choc*, op. cit.

³⁰²⁸ Aude DE KERROS, *L'Art caché*, op. cit., p. 127.

³⁰²⁹ Georges Mathieu, cité par Aude DE KERROS, *L'Art caché*, op. cit., p. 272.

créateur de l'œuvre³⁰³⁰ : avec l'AC, c'est le commissaire d'exposition et la théorie qui décident ce qui « fait œuvre », et non le plasticien :

« Les descriptions, les théories, aussi poussées soient-elles, n'iront jamais aussi loin que l'œuvre elle-même. Ce sont là les limites auxquelles se heurtent le critique, le théoricien, l'historien. Les grandes œuvres sont supérieures à leurs textes. Ce n'est cependant pas ce qui se produit dans l'art contemporain. Les commissaires y sont omnipotents et s'approprient l'œuvre, car elle est créée par leurs textes. [...] L'expert] fait en sorte que l'œuvre fonctionne dans l'espace selon ce qu'il a décidé, car, hors de l'exposition, celle-ci n'a pas de valeur démontrable : ce sont des déchets ou des objets ordinaires, mais la transsubstantiation qui commence par le choix de la chose est un miracle consacré par le commissaire. [...] L'invention du *ready-made* a fait émerger les "créateurs" *ready-made*. La figure même de l'artiste en est détruite. Tant qu'existait le génie, le créateur était indispensable et son travail irremplaçable. En ces temps de surpopulation artistique, nul n'est indispensable et les œuvres sont interchangeables puisqu'elles manquent d'originalité. »³⁰³¹

Il n'est du reste rien d'étonnant à ce que l'auteur avec l'AC devienne *interchangeable*, puisque, *conceptuel* par principe, il ne fait plus cas du processus créatif en tant que plongée dans l'indifférencié et découverte par l'auteur de sa part inconnue.

L'AC est-il protégeable ?

Exclure l'AC du champ de l'art n'implique toutefois pas qu'il ne soit pas protégeable par le droit d'auteur, puisque le périmètre de ce dernier déborde celui de l'art. En application des principes personnalistes qui justifient la protection offerte, l'œuvre artistique n'est-elle toutefois pas celle qui, par excellence, exprime le mieux la personnalité de l'auteur, autrement dit s'avère la plus *authentique* ?

Ceci une fois posé, répondre à la question de savoir si l'AC est protégeable par le droit d'auteur revient à se demander si les installations de l'AC remplissent les conditions de forme et d'originalité implicitement posées par la loi³⁰³². Nadia Walravens-Mardarescu les estime remplies, et commente l'arrêt « Paradis » qui lui donne raison³⁰³³.

Formulées en fonction du débat, les deux conditions classiques de la forme et de l'originalité reviennent à se demander, à propos de la première, si l'exigence de concrétisation de l'œuvre dans une forme est remplie en l'espèce, et si, concernant la seconde, l'originalité du concept est bien concrétisée dans l'œuvre, autrement dit si le choix d'éléments préexistants est compatible avec cette condition. Nous avons vu non seulement que tel ne pouvait pas être le cas, mais j'ai montré les difficultés concrètes à assurer une telle protection.

³⁰³⁰ *Contra* : Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit., p. 146.

³⁰³¹ Avelina LESPER, *Six dogmes pour un non-art* [a], dans Books, septembre 2013, pp. 32-37, pp. 36-37.

³⁰³² En droit français : art. L 111-1 CPI ; en droit suisse : art. 2 al. 1 LDA.

³⁰³³ Nadia WALRAVENS-MARDARESCU, *De l'Art conceptuel comme création et sa protection par le droit d'auteur* [a], dans RIDA, n°220 (avril 2009), pp. 4-79.

Dans la ligne de la théorie voulant que les « *ready made* » ne se limitent pas à l'objet désigné mais intègrent leur environnement et les discours qu'ils suscitent³⁰³⁴, Robert Morris, « artiste conceptuel », précise à propos de l'œuvre conceptuelle :

« non seulement l'achèvement du travail d'une décision arbitraire, mais les gestes qu'il aura requis, les choix qu'il aura fallu opérer, les décisions que l'artiste aura dû prendre au cours de son élaboration, bref, son histoire, en forment le contenu même. »³⁰³⁵

Ainsi l'œuvre conceptuelle, en ne se limitant pas au résultat matériel des interventions de l'artiste, porterait en elle l'histoire qui l'a vu naître et intégrerait de ce fait l'intention de son concepteur ; elle la matérialiserait. Une analyse plus pointue permet d'en douter. Qu'un objet « porte en lui » les gestes qui l'ont élaboré, qui le nierait ? Mais en quoi cela distingue-t-il une « œuvre d'art », voire une œuvre de l'esprit, de n'importe quel objet manufacturé ? Si l'on prend l'exemple d'un objet artisanal, une armoire n'intègre-t-elle pas elle aussi d'une certaine manière les gestes et les choix de l'artisan qui la façonnée ? Il est piquant de voir à quel point, en croyant découvrir le monde, les théoriciens de l'AC alignent les truismes en les enrobant d'une phraséologie grandiloquente.

Le droit d'auteur face aux images virtuelles

On entend d'ordinaire par images virtuelles des images ou des séquences d'images en deux ou trois dimensions générées à l'aide d'un logiciel spécialisé, à travers une série d'instructions portant sur l'insertion de formes et d'enveloppes dans une grille de référence : il peut notamment s'agir d'images modélisées, d'effets spéciaux, de séquences vidéo.

Le droit d'auteur face à l'Internet et aux œuvres collectives

L'Internet et la constitution collective d'œuvres qu'il permet annoncent-ils une nouvelle « mort de l'auteur » ou rendent-ils possible une nouvelle forme de collaboration qui n'abolit pas le sens profond et personnel de la création prise au sens large du terme ? La réponse dépend en fait du type d'œuvre considéré. La plupart des œuvres collectives rendues possibles par l'Internet poursuivent le but d'une mise en commun des savoirs et se destinent à devenir des œuvres de référence. À l'instar des logiciels libres et de l'encyclopédie Wikipedia, elles se constituent par apports successifs non concertés et visent, par la mise en œuvre de règles de rédaction assez strictes, à abolir toute forme personnelle.

³⁰³⁴ Voir ci-dessus, p. 804, Nathalie HEINICH, *Pour en finir avec la querelle de l'art contemporain* [a], op. cit., p. 111, note n°2986.

³⁰³⁵ Joseph KOSUTH, *L'Art conceptuel, une perspective*, MAM, Paris 1989, p. 19, cité par Nadia WALRAVENS-MARDARESCU, *De l'Art conceptuel comme création et sa protection par le droit d'auteur* [a], op. cit., p. 15.

Partie 7

Recherche de nouveaux équilibres juridiques

Les principes

Il est temps à présent de retirer des principes établis une série de propositions juridiques concrètes, en sus des solutions proposées au cours du chapitre précédent dans le domaine de l'administration de la preuve, concernant l'originalité et l'exigence de la forme.

Le but classique du droit d'auteur est de faire la part des choses entre la préservation des intérêts de l'auteur à qui est reconnu un droit originel de propriété sur ses œuvres, et les intérêts de la collectivité – que ce soit en tenant compte du mode de création par assimilation, ou, comme aux États-Unis, par souci utilitariste. Il semble dès lors capital de définir les critères devant entrer dans la définition du juste équilibre, autrement dit dans la pesée des intérêts entre les intérêts privatifs de l'auteur et ceux du corps social. La durée de protection du droit d'auteur, jointe à une politique restrictive du périmètre de protection – ne fût-ce que dans le souci de son harmonisation avec d'autres droits constitutionnels – semblent essentiels dans la recherche de ce point d'équilibre ; le renforcement du statut de la « copie privée » et le caractère non commercial de l'utilisation devraient également être reconsidérés pour déterminer le périmètre des droits accordés à l'auteur.

L'encouragement à la création a, de son côté, trop souvent été interprété dans un sens de maximisation des profits pour pouvoir servir de principe éthique à notre réflexion. Cela ne signifie toutefois pas qu'il faille ignorer les aspects économiques de la production de l'œuvre ; mais, en-dehors des valeurs capitalistes et de sa maximisation du profit, cela revient à assurer à l'auteur la capacité de financer l'œuvre en cours, ainsi que les moyens d'une vie décente pour lui et les siens durant sa gestation. Les productions élaborées dans le seul but de générer du profit n'ont pas leur place en droit d'auteur, sous peine d'entraîner d'importantes déviations du fondement de ce droit, les fondamentaux capitalistes poursuivant des buts diamétralement opposés à la dynamique du processus créatif, même entendu au sens large. Les propositions qui suivent prennent donc en compte ces principes. Elles ne prétendent ni à l'exhaustivité, ni à un statut de vérité absolue, mais s'entendent comme des pistes de réflexion. Elles tentent toutefois d'intégrer les exigences du droit, qui sont de proposer aux justiciables un cadre d'analyse prédictible et exempt d'arbitraire. On gardera à ce propos à l'esprit tout au long de ce chapitre que les récents développements de la jurisprudence montrent que les lois actuelles ne remplissent de loin pas ces exigences minimales de sécurité : le *statu quo* ne semble donc pas une option acceptable. De plus, à tout inclure dans le périmètre du droit d'auteur, on se condamne à le voir toujours plus critiqué par la société civile. L'exclusion de certaines productions actuellement protégées apparaît donc non seulement comme un impératif de cohérence intellectuelle, mais aussi comme une condition de pérennité de ce droit.

Protéger l'auteur revient sans doute à renforcer sa position face aux intermédiaires et au public, mais une série de mesures limitatives des droits devrait venir équilibrer cette nouvelle répartition des cartes et l'éloigner résolument de la logique de rente qui est actuellement la sienne. C'est ainsi qu'un certain équilibre entre les auteurs, les intermédiaires et le grand public pourra être restauré, avant toute considération concernant la gestion concrète des droits concédés à l'auteur.

Renforcement de la position de l'auteur

Incessibilité de l'ensemble des droits

Cession ou concession ?

Paul Grünebaum-Ballin, dans son étude publiée dans plusieurs numéros du journal français *Le Temps* d'octobre 1929 et intitulée *Les Serfs mal affranchis*,³⁰³⁶ constatait que la condition de l'auteur était avant tout fragilisée par la pratique contractuelle des éditeurs consistant à l'obliger à leur céder irrévocablement tous ses droits patrimoniaux pour pouvoir accéder à la publication. Cette lecture est confirmée par la rétrospective historique des droits d'auteur. S'il semble juste que le bénéficiaire effectif du droit d'auteur soit l'auteur et non l'investisseur ou le gestionnaire des droits, l'Histoire nous montre que l'auteur a presque toujours été spolié de ses droits par ces intermédiaires lorsque la cession de ses droits était possible, sa position d'indépendant n'en faisant pas la partie la plus forte. Ayant constaté ce fait, Paul Grünebaum-Ballin préconisait de substituer la cession des droits par une simple concession. Les thèses de Paul Grünebaum-Ballin, reprises par le projet de loi de 1936 présenté par Jean Zay, furent critiquées par les éditeurs, désireux de préserver leurs privilèges, mais également par divers juristes en raison des thèses communistes inspirant d'autres innovations du projet, telles que le statut de salarié de l'auteur et l'origine collectiviste de la source de leur rente.

Il convient tout d'abord de préciser ce que l'on désigne par le terme de « concession ». En France, ce terme recouvre le sens de « cession de type fiduciaire » ou de transmission d'un droit privé n'emportant pas renonciation à ce droit, comme dans le cas des licences d'utilisation de logiciels. Du reste, dans le débat opposant les juristes à propos de l'interprétation de la licence libre Gnu-GPL, l'interprétation de la volonté du Contributeur initial tourne autour de ces deux notions. Alors que la *cession* est « comparable aux contrats translatifs de droits réels », dans la *concession*, le concessionnaire n'est investi que d'un « droit personnel analogue à celui d'une location ou d'un preneur »³⁰³⁷. Cette distinction doctrinale ne semble toutefois pas fondée sur le Code français de la propriété intellectuelle (CPI)³⁰³⁸. Le droit suisse, lui,

³⁰³⁶ Paul GRÜNEBAUM-BALLIN, *Les Serfs mal affranchis*, op. cit.

³⁰³⁷ Henri DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, op. cit., n°426.

³⁰³⁸ Benjamin MAY, *Contrats informatiques : gare au charivari des licences de logiciel* [a], op. cit.

ne parle dans ce cadre pas de *concession* mais plutôt d'*autorisation*³⁰³⁹, la concession supposant l'existence d'une activité régalienne concédée par l'État à une entreprise privée³⁰⁴⁰. À cette différence terminologique près, les deux modes de transfert de droits que sont la *cession* et l'*autorisation d'utilisation* sont clairement distincts en droit suisse : « Lorsqu'on s'est borné à accorder des autorisations d'utilisation et que l'auteur conserve son droit d'auteur, il y a licence. Il y a en revanche cession lorsqu'on a transféré un ou plusieurs droits exclusifs que l'acquéreur peut opposer à tous, y compris à l'auteur »³⁰⁴¹. Cette distinction se retrouve dans la loi : le champ des *autorisations* qui peuvent être octroyées par l'auteur d'un logiciel est ainsi précisé à l'article 17 de l'Ordonnance sur le droit d'auteur et les droits voisins³⁰⁴² (ODAu – RS 231.11), alors que la question de la *cession* des droits d'auteur est traitée essentiellement à l'article 16 LDA.

Mais la concession elle-même, lorsqu'elle s'assimile à un rapport de fiducie (comme c'est le cas pour les auteurs affiliés à des sociétés de gestion collective comme la Sacem ou la Suisa), s'avère sans doute encore trop contraignante pour l'auteur et le fragilise par rapport à ses interlocuteurs commerciaux. En outre, on ne voit guère en quoi le travail de l'éditeur est assimilable à une activité sujette à concession, alors qu'il porte sur l'utilisation de l'œuvre. Il semble donc nécessaire d'instaurer une inaccessibilité absolue des droits patrimoniaux de l'auteur, lui ouvrant la possibilité de céder *l'usage* de son œuvre et de mandater des tiers en vue de l'exploiter. Cela semble d'autant plus adéquat que la cessibilité que nous connaissons actuellement semble reposer sur un héritage historique critiquable.

Des origines historiques malencontreuses

J'ai déjà eu l'occasion de montrer en quoi le principe de la cessibilité des droits patrimoniaux tenait à des raisons d'héritage historique plutôt qu'en considération de leur nature. L'Assemblée Nationale révolutionnaire a ainsi omis de percevoir et distinguer les deux dimensions de la notion de création – processus personnel et résultat commercialisable – et, surtout, ne sembla pas avoir vu en quoi *la propriété originelle de l'auteur sur son œuvre – autrement dit pas seulement les droits moraux mais aussi les droits patrimoniaux* – sont justifiés par la nature particulière du processus créatif. La dimension patrimoniale du droit reconnu à l'auteur est elle aussi intrinsèquement liée à la relation personnelle que l'auteur entretient avec son œuvre : si l'auteur est déclaré propriétaire originel de l'œuvre et peut à ce titre en céder la propriété à un exploitant, c'est bien en raison de son statut d'auteur. Pourquoi dès lors n'avoir pas tiré les conséquences de la dimension personnaliste des droits

³⁰³⁹ Dans l'expression « utilisation autorisée », Denis BARRELET, Willi EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur*, op. cit., p. 79, n°13 ad art. 12 LDA ; p. 97, n°10 ad art. 16 LDA.

³⁰⁴⁰ *Ibid.*, p. 205, n°4 ad art. 41 LDA.

³⁰⁴¹ *Ibid.*, p. 94, n°2 ad art. 16 LDA ; p. 54, n°6 ad art. 10 LDA.

³⁰⁴² L'art. 17 ODAu (RS 231.11) est une adaptation aux logiciels des cas généraux d'utilisation décrits aux art. 10 et 11 LDA (« Utilisation de l'œuvre » et « Intégrité de l'œuvre »).

patrimoniaux et ne pas les avoir eux aussi déclarés incessibles ? La cession – surtout dans la mesure où il s'agit d'un droit *sui generis* fondé sur la notion même de création – ne se justifie absolument pas.

On opposera à ces remarques que l'incessibilité des droits patrimoniaux empêcherait l'auteur de négocier ses droits auprès des tiers, et donc de vivre de sa création. Or l'incessibilité n'empêche absolument pas la vie contractuelle d'une œuvre, voire l'octroi d'une exclusivité au bénéfice d'un tiers. Prétendre le contraire reviendrait à permettre aux architectes d'imposer à leurs clients qu'ils leur cèdent (ne fût-ce qu'à titre fiduciaire) la propriété de leur terrain pour accepter de construire leur maison. La cessibilité des droits patrimoniaux est au contraire la cause juridique principale du déséquilibre fondamental qui existe entre les auteurs et les investisseurs ou encore les gestionnaires de droits. En cédant leurs droits, les auteurs perdent toute maîtrise sur leur œuvre. Ils sont clairement défavorisés – en particulier sur le plan économique, donc juridique – lorsqu'ils doivent actionner en justice ces gestionnaires en cas de violation des contrats qui les lient.

En cas de cessibilité des droits patrimoniaux, les intermédiaires imposent uniment la cession de ces droits aux auteurs, qui n'ont dès lors pas d'autre choix que de s'exécuter s'ils veulent contracter avec eux. Les intermédiaires, réputés incontournables pour assurer la distribution, la publicité et les ventes, imposent alors leurs conditions, fort désavantageuses pour les auteurs. Ils récoltent souvent la plus grande part des bénéfices sur les traductions, via des contrats passés entre éditeurs ou entre réseaux de distribution. En cas de violation du contrat d'édition, souvent déjà fort déséquilibré à la base, notamment lorsque les (rares) promesses en cas de réédition, de distribution ou de publicité ne sont pas tenues, l'auteur se retrouve contraint d'ouvrir action en justice au moment où, du fait des violations contractuelles, il se retrouve sans entrées financières suffisantes. C'est le combat du pot de terre contre le pot de fer, qui du reste donne rarement lieu à une action en justice, par autocensure de l'auteur, malgré le profond sentiment d'injustice éprouvé. L'auteur courageux, ou téméraire, qui ouvre action devra attendre son issue, souvent plusieurs années plus tard, pour recouvrer ses droits d'auteur et pouvoir contracter avec un autre éditeur. Nombreux sont les jeunes auteurs, qui ont le plus besoin d'être confirmés dans leur voie, qui pâtissent de ce système. L'incessibilité des droits patrimoniaux entraînerait en effet des conséquences très différentes pour les auteurs par rapport à la situation actuelle en cas de violation par le tiers de ses engagements contractuels. Prenons l'exemple d'un auteur ayant cédé ses droits à un éditeur qui en vient à ne plus respecter ses engagements contractuels – mettons le versement de sa part au profit : actuellement, l'auteur est dans l'obligation d'entreprendre à ses propres risques un procès contre le premier éditeur, même lorsqu'il ne lui verse pas les sommes qu'il lui doit, afin de récupérer la titularité de ses droits et de pouvoir contracter valablement avec un nouvel éditeur, ce qui confère à l'éditeur un pouvoir exorbitant. Si l'on considère à présent la situation de l'auteur lorsque ses droits, incessibles de par la loi, ne peuvent être valablement transférés à l'éditeur. L'auteur est alors fondé à passer valablement un contrat – même d'exclusivité – avec un autre éditeur. Le premier éditeur peut toujours lui réclamer de

ce fait judiciairement des dommages-intérêts, mais l'auteur se trouve alors dans une position extrêmement forte, puisqu'il peut demander au nouvel éditeur de couvrir ses éventuels frais de procès, et perçoit au pire des droits de ce nouvel éditeur, lui permettant de financer son procès contre l'ancien. Concrètement, cela change tout. C'est pourquoi les droits patrimoniaux devraient être incessibles, sauf pour cause de mort.

L'obligation faite à l'éditeur de s'engager sur certains points contractuels, tels, en matière d'édition, sur le nombre d'exemplaires minimum qu'il s'engage à imprimer et sur les conditions de réimpression, ainsi que sur sa politique de promotion renforceront encore la position de l'auteur, en lui facilitant la preuve de l'éventuel manquement de l'éditeur. Il n'y a toutefois rien à craindre concernant un recul de l'édition, car celle-ci continuera de générer des profits, même s'ils ne devaient plus permettre d'espérer des rendements de l'ordre de 15% comme le conceivaient les grands groupes : tout au plus les grands groupes retireront en partie leur engagement dans ce secteur, mais cela ne pourra que profiter à de plus petits éditeurs, infiniment plus honnêtes dans leur engagement envers la culture, et donc à la variété de l'offre. De plus, l'auteur, moins souvent contraint de signer des contrats léonins, serait moins incité à recourir aux droits moraux de manière systématique pour faire valoir des exigences en réalité de nature économique ; il devrait en cas contraire être possible de lui opposer plus facilement l'abus de droit.

Ceci dit, l'étude des mécanismes historiques de désappropriation de l'auteur nous alerte sur la nécessité de veiller tout aussi scrupuleusement à ce que les pratiques contractuelles ne puissent faire échec au principe d'incessibilité par des clauses d'exclusivité assorties de pénalités lourdes au point de décourager l'auteur de changer de représentant lorsque celui-ci ne respecte pas ses engagements contractuels ou lorsque les conditions générales pratiquées par toute une profession permettent à ces intermédiaires de limiter au strict nécessaire leurs engagements envers l'auteur. L'incessibilité devrait donc être posée comme une norme strictement impérative, et entraîner la nullité des clauses contractuelles qui tenteraient de la contourner en rendant tout changement d'intermédiaire illusoire.

Recherche de l'équilibre

Restriction de l'objet du droit d'auteur

Le champ du droit d'auteur doit être limité aux seules œuvres dont il peut être démontré qu'elles sont *authentiques* et qu'elles remplissent la condition de *forme*, sans qu'il soit nécessaire de se jouer de mots. L'exigence d'une forme doit être fermement maintenue en raison de sa capacité à proposer aux juges une assise claire à la protection ; il est toutefois capital de retenir qu'elle s'étend également et de manière inévitable à un certain type d'idées, extension du champ de protection qui donne à la forme un tour moins rigide qu'il ne semble. La condition d'*authenticité* suppose quant à elle une certaine liberté d'exécution, et s'attache à des œuvres dont le processus

d'élaboration est de nature à changer l'auteur, à le révéler à lui-même à travers une perte temporaire de ses repères personnels. Devraient donc être exclues de ce champ les productions dont le processus d'élaboration est organisé pour obtenir un résultat prévisible. Tel est le cas des productions qui poursuivent un but de nature essentiellement économique, qui sont guidées par le souci d'une production industrielle (la forme de l'objet doit par exemple être compatible avec les techniques de production en série adoptées et permettre une fabrication la moins onéreuse possible), ou qui s'appliquent à un objet utilitaire dont il importe avant tout d'assurer la fonction. En d'autres termes, il s'agit d'éliminer les productions qui se justifient par leur capacité à remplir un cahier des charges arrêté d'avance et dont il serait exclu de s'écarter. Dans la pratique, on peut admettre que le respect de la fonctionnalité d'un objet ne s'oppose pas à lui seul au respect de la dynamique créatrice et de ses aléas. Ainsi est-il possible de reconnaître que les productions des arts décoratifs ou des arts appliqués à l'artisanat correspondent encore à des œuvres, pour autant que ces dernières se révèlent concrètement authentiques. Toutefois, la plupart des productions actuelles sont conditionnées par deux de ces facteurs, voire par les trois. Ainsi les productions des arts appliqués à l'industrie sont-elles avant tout, comme nous l'avons vu à propos du travail des « *designers* », dessinées en regard des fonctionnalités pratiques qu'elles doivent souvent remplir, des exigences techniques imposées par leur mode de production industrielle, ainsi que par des impératifs commerciaux de rentabilité, le tout chapeauté par la volonté du commanditaire de rendre l'objet *désirable* pour l'acheteur potentiel. C'est à ce titre que la poursuite d'un résultat esthétique ne semble pas pertinent en soi, sauf s'il est recherché pour lui-même. C'est parce qu'elles ne peuvent prétendre de ce fait à une liberté d'exécution suffisante au stade de la conception qu'elles devraient raisonnablement être exclues de la protection accordées par le droit d'auteur³⁰⁴³. On aura soin d'exclure également les productions descriptives où il entre bien davantage de savoir-faire que de savoir-être, tels que les modes d'emploi, contrats et documents purement techniques. Il devrait en être de même pour les photographies de tableaux, dans la mesure où elles se fixent pour but d'être le plus fidèles possibles à leur original, ce qui ne permet pas d'y voir une expression de la personnalité de leur auteur. Quant aux productions cinématographiques, le caractère nécessairement collectif et structuré de leur réalisation, entraînant son lot de contraintes et englobant les éléments créatifs au point de les faire apparaître comme un simple facteur parmi d'autres, peut faire douter de la marge de manœuvre du metteur en scène, voire du scénariste, pour admettre une liberté d'exécution suffisante. Celle-ci disparaît assurément aux États-Unis, en raison du privilège accordé au producteur sur le réalisateur en matière de montage, connu sous le nom de *final cut*³⁰⁴⁴. En Europe, bien que la liberté du réalisateur soit déjà bien rognée

³⁰⁴³ Voir ci-dessus, chap. « Le droit d'auteur face aux arts appliqués », pp. 765 ss.

³⁰⁴⁴ Voir ci-dessus, chap. « Recherche du profit optimal – Incitation de l'investisseur », pp. 325 ss ; JURISPEDIA, *Copyright et droit d'auteur* [a], op. cit.

sous cet aspect en faveur du producteur³⁰⁴⁵, cela ne permet sans doute pas d'exclure ce type d'œuvres du champ de protection, mais plaide en faveur d'une protection limitée, au moins dans la durée, surtout si l'on tient compte des caractéristiques du marché telles que la brièveté de l'exploitation effective de la plupart des films³⁰⁴⁶.

De telles productions ne resteraient pas pour autant sans protection, puisqu'elles peuvent être déposées en tant que dessins et modèles. Le droit de la concurrence, à travers ses dispositions visant à interdire la concurrence déloyale et le parasitisme, pourrait également être invoqué dans les cas les plus graves où le concurrent cherche à tirer bénéfice du travail consenti pour réaliser ou promouvoir ces productions dans le but même de leur commercialisation. Ainsi, Brad Spitz, lorsqu'il évoque le changement de nature du droit d'auteur sous les coups de butoir du droit de la concurrence, appelle implicitement à recentrer la protection accordée à l'auteur et, en matière de *travail*, à rendre à la concurrence ce qui en relève : « le droit de la concurrence intervient afin de "gommer les aspérités" du droit d'auteur et de "veiller à ce qu'il soit exercé conformément à ses finalités", notamment lorsque les œuvres ont un caractère fortement informationnel »³⁰⁴⁷. Il s'agit toutefois de revoir la doctrine de l'unité de l'art, qui ne semble pas avoir fait la preuve de la nécessité du critère relatif à la destination autrement que par la volonté du législateur de complaire à l'industrie et de souscrire à ses doléances quant à la nécessité du dépôt de modèle³⁰⁴⁸. Les œuvres des arts appliqués à l'artisanat, si elles peuvent être conditionnées par leur fonctionnalité, le sont beaucoup moins par les considérations économiques de rentabilité, et, par définition, pas du tout par les impératifs de la production

³⁰⁴⁵ En France, c'est la loi du 3 juillet 1985 (dite « loi Lang ») qui a cédé à la pression des producteurs (voir ci-dessus, p. 684).

³⁰⁴⁶ Dans le cadre de l'affaire « Mulholland Drive », l'application du « test en trois étapes », plus exactement celle de la seconde condition (« ne pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ») requise par la Cour de cassation dans son arrêt du 28 février 2006 (Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 28.02.2006, Stéphane Perquin et UFC Que Choisir c/ Universal Pictures vidéo France SA, Syndicat de l'édition Vidéo (SEV), Films Alain Sarde SA et Studio Canal SA), a permis aux juges de préciser les phases de rentabilisation des œuvres cinématographiques : la durée d'exploitation en salle, qui dure en moyenne de 6 à 12 mois, est suivie de diffusions télévisuelles (durant 12 mois pour les chaînes cryptées, de 18 mois à 2 ans, voire 3 ans pour les chaînes en clair), puis d'une exploitation sous forme de DVD (location, puis vente), soit un cycle de rentabilisation d'une durée totale d'à peu près 5 ans (Nicolas SAMARCQ, *L'exception de copie privée ne passe pas le « test » en Cassation* [a], dans Les Échos Judiciaires Girondins, n°5242 du 04.04.2006). Il semble dès lors infondé de protéger de telles œuvres au-delà de ce cycle, surtout dans une perspective de rentabilisation et non de maximisation du profit, quitte à l'assortir d'une marge pour tenir compte du financement de certaines œuvres réputées difficiles.

³⁰⁴⁷ Brad SPITZ, *Le droit d'auteur en France: un monopole menacé ?* [a], 13.05.2013, contribution au colloque « Le droit de la concurrence et l'analyse économique », dans Le Concurrentialiste, chroniques de droit économique, <http://leconcurrentialiste.com/2013/05/17/le-droit-dauteur-en-france-un-monopole-menace-me-spitz>, n°5, citant Christophe CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 3^e éd., Amsterdam 2013 [2006], n°15.

³⁰⁴⁸ On appréciera au passage l'inégalité de traitement imposée par le législateur, qui ne trouve rien à redire à l'obligation faite aux cultivateurs de devoir – à grands frais et au moyen d'une procédure aussi lourde qu'inadéquate – déposer leur demande d'inscription au registre officiel des plantes participant traditionnellement de la composition de produits phytosanitaires (Blanche MAGARINOS-REY, *Retour sur un procès perdu* [a], op. cit.).

industrielle, si bien qu'elles semblent bien remplir les critères de protection. Quant aux logiciels, non seulement ils sont conditionnés davantage quant à la forme par les impératifs logiques et fonctionnels que les productions de l'artisanat appliqué à l'industrie, mais on se demande vainement en quoi le législateur a pu prétendre y voir « l'expression de la personnalité » de leur auteur. Il convient donc de les bannir résolument de la protection accordée par le droit d'auteur.

Il semble impératif de s'opposer à ce que de simples acteurs économiques profitent de la propriété ou du monopole accordé par le droit d'auteur pour asseoir leur avantage concurrentiel, tout en refusant d'endosser les risques inhérents au processus créatif et à son « efficacité », en raison de la « surprenance » sur laquelle il ouvre. Situés aux antipodes du risque ontologique accepté par le créateur, les risques économiques sont de nature « collatérale » par rapport à la réalisation même de l'objet à produire, et c'est pour cela que les acteurs qui les assument cherchent naturellement à les minimiser sans que l'on trouve à y redire. De plus, l'auteur – fût-il employé – doit bénéficier d'une importante liberté d'exécution dans la réalisation de l'œuvre pour que celle-ci puisse être protégée à l'aune du droit d'auteur, eu égard du critère de la liberté, lié à la condition d'authenticité. Enfin, c'est une personne physique qui peut seule devenir auteur, à l'exclusion de toute personne morale, exempte de toute « personnalité ». Dès lors, la production effectuée dans un cadre professionnel peut bénéficier de la protection du droit d'auteur, à condition qu'elle soit de nature à permettre « l'expression d'une personnalité », et pour autant que l'auteur ait bénéficié d'une importante marge de décision. Faute de cela, ladite production devra, le cas échéant, se contenter d'une protection par le biais de la loi sur les dessins et modèles. Accorder *a contrario* sans recul la protection du droit d'auteur à l'industrie, c'est s'engager dans la voie d'une société excluante appelée tôt ou tard à nier toute dimension communautaire.

Typologie des œuvres et pluralité des régimes de protection

Malgré ce premier tri, les œuvres protégeables ne répondent pas toutes de la même manière aux deux principales conditions de protection que sont l'authenticité et la mise en forme. L'art, encore une fois, ne circonscrit pas le champ des œuvres protégeables, mais il en constitue indéniablement le noyau ; et s'il semble possible de protéger certaines œuvres utiles, il serait dangereux de ne pas parvenir à reconnaître qu'un roman mérite une protection plus forte qu'un article scientifique ou une photographie. Cette pluralité des régimes de protection semble la seule solution offerte pour accepter un périmètre suffisamment étendu sans perdre de vue le noyau du droit d'auteur, autrement dit pour parvenir à tenir compte des différences entre certaines catégories d'œuvres, en particulier sous l'angle de l'authenticité. Il convient donc de poser le principe d'une typologie d'œuvres, fondant à son tour plusieurs régimes ou degrés de protection, afin d'éviter le glissement constaté ces dernières années s'opérant par le jeu d'une liste d'œuvres qu'il faut impérativement faire entrer dans la compréhension, toujours plus extensive, des conditions de protection relatives à l'ensemble des œuvres. Cela ne contredit en rien l'interdiction faite aux juges de statuer sur une œuvre en fonction de son mérite ou de son genre, bien que la typologie se fonde apparemment

sur la notion de *genre*, pour des raisons de sécurité juridique si l'on veut éviter un jugement de l'œuvre en fonction de son *mérite*. Quoi qu'il en soit, la notion de *genre* ne sert pas ici à exclure une œuvre de la protection, mais à déterminer le régime qui s'y applique. Il s'agit de reconnaître que les œuvres les plus courantes impliquent un engagement moindre de l'auteur, au point parfois que leur conception, comme leur exécution, s'appuie davantage sur des recettes apprises et des modèles éprouvés que sur l'expérience de la confrontation à l'inconnu. Ces productions, qui ne s'éloignent guère au cours de leur élaboration du projet initial de leur auteur, répondent davantage à la notion d'*œuvres de l'esprit* – appellation qui trahit leur caractère essentiellement *mental* – qu'à celle d'œuvres d'art.

Richard Stallman a proposé une typologie fondée sur les critères d'intérêt public et d'originalité donnant lieu à trois régimes de protection distincts, par ordre de protection croissante³⁰⁴⁹ :

- le régime propre aux « travaux fonctionnels et de référence », à savoir les recettes, programmes d'ordinateurs, manuels et supports de cours, ainsi que les œuvres de référence telles que les dictionnaires et les encyclopédies, qui s'apparenterait au régime de la licence GPL, avec droit de publier des versions modifiées ;
- le régime propre aux œuvres visant à « communiquer ce qu'une personne pense, a vu, ou croit », à savoir les mémoires, les essais d'opinion, les articles scientifiques et historiques, les catalogues, les transcriptions ou compte-rendus d'entretiens, les petites annonces, selon un régime plus strict, interdisant l'édition de versions modifiées, mais autorisant la copie *verbatim*, gratuitement si la diffusion se fait sans but lucratif, soumise au *copyright* et donc payante si la copie se fait dans un but commercial ;
- le régime propre aux « œuvres artistiques (esthétiques) ou de loisirs », où « le plus important est la sensation ressentie en regardant l'œuvre » ; pour ces œuvres, où les emprunts à des travaux précédents sont « parfois fort utiles », la publication de versions modifiées se révèle très délicate : appliquer le *copyright* aux œuvres de Shakespeare les aurait rendues illégales. Il faudrait donc subdiviser cette troisième catégorie, en traitant les scénarios de jeux vidéo de manière plus libérale, avec possibilité de publier des versions modifiées, les publications commerciales devant faire l'objet d'un accord avec l'auteur.

Cette typologie, certes intéressante à plus d'un titre, n'est toutefois pas exempte de critiques sous l'angle du droit d'auteur. Elle accepte tout d'abord de protéger les logiciels et les « petites annonces », alors que ces productions n'expriment en rien la personnalité de leur auteur ou même, pour reprendre l'expression de Richard Stallman, « ce qu'une personne pense ». Elles faillissent de ce fait à remplir la condition

³⁰⁴⁹ Richard STALLMAN, *Copyright et mondialisation à l'âge des réseaux informatiques* [a] (ci après : *Copyright et mondialisation*), <http://sawwww.epfl.ch/SIC/SA/publications/FI01/fi-sp-1/sp-1-pages63.html>, p. 7.

d'authenticité. En outre, les catalogues devraient se retrouver parmi les travaux de référence, soit dans la première catégorie et non dans la seconde, à moins qu'il s'agisse de catalogues raisonnés. De manière plus radicale, la première catégorie proposée ne se distingue vraiment de la seconde que par son caractère presque nécessairement collectif, à l'instar des logiciels libres. Concernant la troisième catégorie, ainsi que nous venons de le voir, le caractère esthétique d'une œuvre n'est pas le plus adapté pour circonscrire les œuvres littéraires et artistiques ; il permet de surcroît de protéger sous la même enseigne les œuvres fictionnelles et les objets utilitaires à caractère esthétique produits par les *designers*. De manière plus fondamentale encore, cette typologie, comme on peut s'y attendre vu le contexte de *copyright* qui est le sien, ne semble pas distinguer de manière stricte l'œuvre d'un simple *travail*.

Il convient donc de reprendre cette typologie et de tenter de la mener plus loin. Elle devra définir les régimes spécifiques selon les critères de distinction qui ont été évoqués au fil des pages de ce travail, en partant d'une liste s'inspirant de celle de l'article L. 112-2 CPI :

- le *degré d'authenticité*, complété par le critère plus technique du *degré de transposition formelle* de la réalité (ou degré de fiction) requis par le type d'œuvre considéré ;
- la *liberté d'exécution* de l'œuvre (l'absence de consignes durant la phase d'exécution), à laquelle est associée la *destination* de cette dernière ou son utilité (expression de la sujéité, diffusion des idées, reconnaissance des pairs, retombées financières) ; plus l'œuvre vise un but utilitaire ou financier dans sa conception même, moindre devra être la protection accordée ;
- le caractère collectif ou non de l'œuvre ;
- l'intérêt convergent de l'auteur et du public (un musicien a intérêt à voir son œuvre écoutée, et donc à consentir à une certaine gratuité dans sa politique de diffusion) ;
- l'importance des investissements nécessaires et de l'organisation logistique pour concevoir et pour produire l'œuvre (films c/ livres) ; cette organisation peut influencer sur la liberté d'exécution ;
- l'importance des efforts de conception par rapport à celui requis pour la production des exemplaires de l'œuvre ;
- le type de public cible et le cycle de commercialisation (durée du cycle, manière dont la diffusion se fait dans le public) ;
- le nombre d'exemplaires de l'œuvre (caractère unique ou duplicable ; tel n'est par exemple pas le cas des peintures, des sculptures, même si celles-ci peuvent dans les faits être dupliquées).

On notera que le caractère commercial ou non commercial n'est pas pris en compte ici car il concerne davantage la nature des échanges d'œuvres entre utilisateurs finaux, et pourrait supprimer le droit de l'auteur d'exiger une rémunération sur ces échanges.

Ces critères permettent de dégager la proposition de typologie suivante, par ordre dégressif de protection :

- les œuvres d'art, littéraires (écrits de fiction) et musicales, ainsi que les œuvres des arts décoratifs exemptes de fonctionnalité autre qu'esthétique (par exemple tapisseries), dont l'élaboration coïncide avec une transformation de l'auteur à travers une forme plus ou moins forte de « plongée dans l'indifférencié » ;
- les communications scientifiques et d'opinion, y compris les articles philosophiques et les documentaires, dont l'inspiration s'inscrit dans un cadre rationnel bien que la production de l'œuvre entraîne elle aussi – mais dans une moindre mesure – la transformation de l'auteur ;
- les œuvres dont une part du processus d'élaboration est conditionné par leur fonctionnalité (les œuvres des arts appliqués à l'artisanat, les œuvres des arts décoratifs comme les bijoux, les œuvres d'architecture, ainsi que les jeux vidéo, mais aussi les montages photographiques et les films, vu la complexité possible de leur structure et, pour les seconds, le caractère littéraire de leur scénario) ;
- les œuvres dont le processus de formalisation est mécanique au point d'assimiler le choix de l'auteur à la simple mise en scène ou à l'interprétation (et non la représentation) d'une réalité donnée (les photographies, y compris retouchées) ; en tant qu'interprétations du réel, elles illustrent le caractère intentionnel des sensations, mais le caractère mécanique de leur mise en forme les laissent étrangères à toute plongée dans l'indifférencié, et donc à toute appropriation (intérieurisation) formelle du motif ;
- les manuels et ouvrages de référence, les œuvres collectives (exemple : les articles de l'encyclopédie Wikipedia, les articles de certaines publications dont la politique éditoriale s'étend au style) ou les œuvres effectuées dans le cadre professionnel, y compris les œuvres traditionnellement de commande (tel que les textes des livres de cuisine).

Plusieurs remarques s'imposent. Les communications scientifiques et d'opinion, bien que leur inspiration doive beaucoup à une activité de réflexion, entraînent néanmoins, à l'instar des œuvres littéraires, musicales et artistiques, quoique dans une moindre mesure, la transformation de leur auteur au cours de leur élaboration ; elles se caractérisent également par leur rapide obsolescence, et ont pour vocation d'être aisément accessibles en vue de pouvoir être citées et reprises par les auteurs postérieurs, dans le cadre d'un débat collectif. Ces caractéristiques appellent une durée de protection moindre que celle accordée aux œuvres littéraires, musicales et artistiques de la première catégorie. Mais si l'on considère qu'elles incluent des ouvrages fondamentaux de la pensée humaine, tels que les ouvrages des philosophes, on se demande ce qui justifie une protection de moindre durée. En fait, les arguments initialement avancés n'opèrent vraiment que pour les articles scientifiques et pour les commentaires. Dans la mesure où il pourrait s'avérer délicat de faire la part des choses entre les ouvrages de réflexion fondateurs (ouvrages de référence) et les simples

commentaires (littérature secondaire), les ouvrages phare se référant souvent dans leurs prolégomènes à l'état de la pensée dans le domaine abordé, sans doute serait-il préférable de s'en tenir à une notion objective de la *longueur du texte* pour départager les œuvres qui relèveraient encore de la première catégorie de celles qui entreraient dans le type des articles scientifiques voués à une rapide obsolescence. La longueur d'un texte augmente la complexité de sa structure, et la plongée dans l'incertitude que son élaboration entraîne. Un article court est par ailleurs appelé à suivre d'autres canaux de diffusion que les livres. Il permet de susciter le débat avec ses pairs avant de fixer de manière plus durable ses positions, et se limite bien souvent à défendre une idée spécifique plutôt qu'une vision ; enfin, l'auteur d'un simple article, objet par définition de débat, ne poursuit que très rarement un but immédiatement financier par son entreprise ; il a au contraire intérêt à une diffusion de son travail la plus rapide possible, sans pour autant renoncer à sa publication dans une revue prestigieuse, dont le comité de sélection cautionnera la valeur. Il s'agit en fait de circonscrire le champ de cette catégorie d'œuvres à celle définie par l'*Initiative de Budapest*, à savoir « la littérature des revues à comité de lecture »³⁰⁵⁰. Ainsi pourrait-il être proposé que seuls les articles de moins de 60 pages soient admis dans cette seconde catégorie, les ouvrages plus conséquents rejoignant ceux de la première classe d'œuvres, qui bénéficie du régime de protection le plus fort. Les œuvres scientifiques de type graphique (illustrations...) relèveraient, elles, systématiquement de la seconde catégorie d'œuvres, les données brutes, elles, échappant au champ de protection du droit d'auteur.

Il est patent que les œuvres d'architecture remplissent une fonction utilitaire et pas seulement esthétique. De là à dire qu'elles ne « véhiculent pas de concepts », comme l'affirme Ivan Cherpillod³⁰⁵¹, il y a un pas que je ne franchirai certes pas, mais il faut reconnaître que l'œuvre architecturale est fortement conditionnée par des contraintes techniques d'ingénieur : ce que l'on demande avant tout à l'architecte, c'est un bâtiment qui ne s'effondre pas, et qui, dans le cas d'une habitation, soit conçu comme un espace où il est commode de vivre. La gageure de l'architecte ne tient-elle pas avant tout dans le projet de réunir à la fois fonctionnalité – voire commodité – et sens de l'espace, en particulier sens de la circulation intérieure, de la temporalité et de la symbolique des déplacements qu'elle autorise, ainsi que du rapport entre intérieur et extérieur ?³⁰⁵² Si certains doctrinaires proposent d'écarter de la protection toute forme remplissant une fonction utilitaire, le Tribunal fédéral n'entend pas opérer une telle dichotomie³⁰⁵³ : il paraît en effet raisonnable de protéger toute forme architecturale,

³⁰⁵⁰ *Initiative de Budapest pour l'Accès Ouvert à l'information scientifique et technique*, du 14 février 2002 (en anglais « BOAI », <http://www.budapestopenaccessinitiative.org/translations/french-translation> ; à propos de l'Initiative de Budapest et de la Déclaration de Berlin, très similaires dans leur propos, voir ci-dessus, note n°2664.

³⁰⁵¹ Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., n°256, p. 160.

³⁰⁵² Christian NORBERG-SCHULZ, *La Signification dans l'architecture occidentale*, Mardaga, Bruxelles 1977.

³⁰⁵³ ATF 100 II 167 = JT 1975 I 534 (rés.), cité par Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., note 82, p. 160.

indépendamment de (et non pour) ses aspects utilitaires, sous peine d'entraver fâcheusement la création postérieure³⁰⁵⁴. Le caractère utilitaire ou l'idée conceptuelle derrière la forme adoptée ne sont pas protégés, mais cela n'empêche pas d'appréhender l'œuvre dans son ensemble.

La photographie, traditionnellement divisée en photographie documentaire et photographie d'art, s'ouvre largement, avec le « tout numérique », aux montages photographiques en tous genres³⁰⁵⁵. Ceux-ci peuvent s'apparenter aux collages surréalistes, qui doivent indéniablement être élevés au rang d'œuvres. Ces montages doivent toutefois se distinguer des simples retouches, qui visent à rester « invisibles » tout en sublimant ou corrigeant les formes enregistrées ; à ce titre, les photographies retouchées appellent le même type de protection que les photographies non retouchées, car la retouche s'apparente davantage à un *travail* qu'à une intervention de l'imaginaire. Quant à la distinction entre « photographie documentaire » et « photographie d'art », elle ne semble guère opérante pour notre propos : la distinction est parfois difficile à établir, alors que, nous l'avons vu avec les productions des dessinateurs industriels, toute démarche esthétique n'est pas en soi relevante. En ce qui concerne les jeux vidéos, œuvres « multimédia », ils peuvent être protégés par le droit d'auteur pour leur scénario, leur bande sonore et leurs aspects graphiques (environnements, personnages), mais ni pour leur code (lequel les apparente aux logiciels), ni pour leur interface graphique (qui s'assimile à de la mise en page, ainsi qu'au fruit d'une réflexion en ergonomie) ou même pour leurs règles.

Les œuvres collectives (cinquième catégorie d'œuvres) ne se caractérisent pas seulement par le fait qu'elles sont écrites par plusieurs auteurs, mais par la mouvance et le caractère aléatoire de leur forme³⁰⁵⁶, dès lors que ces auteurs, comme pour les œuvres distribuées sous licence libre, ne se connaissent pas nécessairement et ne se sont pas réparti la réalisation d'un projet prédéfini – on parle alors de contributions *successives* et *non concertées*. Cela nécessite que l'on simplifie la définition classique de l'œuvre collective dans certains pays, comme en France³⁰⁵⁷. De telles œuvres doivent obtenir un statut similaire à celui que Mélanie Clément-Fontaine propose pour les œuvres libres³⁰⁵⁸. Ce régime de protection pourrait en outre, comme à présent, s'appliquer aux œuvres d'un autre type pour lesquelles l'auteur a expressément marqué sa volonté de les libérer. La reconnaissance par la loi des œuvres libres offrirait aux auteurs concernés un ensemble de dispositions supplétives renforçant la sécurité juridique entourant le régime de protection applicable.

³⁰⁵⁴ Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., n°256, pp. 160-161.

³⁰⁵⁵ COLLECTIF, *Où s'arrête la photographie ?*, dans Réponses Photo, hors série n°16 (été 2013), Mondadori Magazines France, pp. 96-101.

³⁰⁵⁶ Mélanie CLEMENT-FONTAINE, *L'Œuvre libre et les libertés fondamentales* [a], dans COLLECTIF, *La Propriété intellectuelle emportée par le numérique ?*, Terminal, n°102 (Automne-Hiver 2008-2009), L'Harmattan, Paris 2008, pp. 129-139.

³⁰⁵⁷ Voir ci-dessus, chap. « Une œuvre collective ? », pp. 505 ss.

³⁰⁵⁸ Mélanie CLEMENT-FONTAINE, *L'Œuvre libre*, op. cit.

Les juristes ont de la peine à envisager dans ce domaine un partage en raison de la matière. Cette classification doit ainsi rester sobre, se limiter à cinq classes distinctes tout au plus, et s'appuyer sur des éléments clairs et repérables, afin d'éviter toute interprétation arbitraire de la part des juges. Dans ce sens, le partage des œuvres se gardera absolument de toute distinction en raison de leur mérite, si bien que l'on ne s'étonnera pas de retrouver, en fonction des critères de distinction adoptés, un *haiku* figurer aux côtés de *La Guerre et la Paix* de Léon Tolstoï, ou encore une symphonie de Ludwig van Beethoven aux côtés d'une musique de supermarché dans la même catégorie d'œuvres.

À chacune de ces cinq classes d'œuvres correspond un régime de protection différent. Ce régime est justifié par la nature de l'œuvre et s'applique à l'ensemble des œuvres correspondant à la définition du type, indépendamment de leur mérite. Le régime de protection détermine l'intensité de la protection (autrement dit les droits accordés à l'auteur), ainsi que sa durée.

La durée de protection

Quelques rappels sur la durée

Si nous reprenons à présent le débat ouvert auparavant sur la question de la durée de protection³⁰⁵⁹, nous en retiendrons tout d'abord qu'il semble impératif de garder le principe d'une protection patrimoniale limitée dans le temps, car cette limite constitue l'axe essentiel de l'équilibre entre les intérêts de l'auteur et ceux de la société civile. La durée de protection n'a pourtant pas cessé d'augmenter depuis sa promulgation révolutionnaire, passant de dix ans d'exploitation³⁰⁶⁰ à soixante-dix ans après la mort de l'auteur.

Il reste à déterminer cette durée. Reprenons pour cela les données essentielles retenues au cours du débat susmentionné sur la durée de protection. Lorsqu'aux États-Unis les auteurs pouvaient, par le biais du renouvellement, évaluer eux-mêmes la pertinence de la durée de protection de leurs œuvres, plus de 85% des œuvres de l'esprit entraient dans le domaine public en moyenne au bout de 32 ans³⁰⁶¹ ; Ejan Mackaay constate de son côté qu'au Canada, la durée de protection était de 14 ans pour la plupart des œuvres³⁰⁶², là où Rufus Pollock estime la durée optimale du droit d'auteur à 15 ans, mais au plus à 52 ans³⁰⁶³.

³⁰⁵⁹ Voir ci-dessus, chap. « Autour de la durée », pp. 328 ss.

³⁰⁶⁰ Projet de loi du 20 janvier 1790, présenté par Sieyès ; en Angleterre, quatorze années de protection accordées par le *Statute of Ann* de 1709.

³⁰⁶¹ Lawrence LESSIG, *Culture libre*, op. cit., p. 117.

³⁰⁶² Ejan MACKAAY, *Analyse économique de la vie*, op. cit.

³⁰⁶³ Rufus POLLOCK, *Forever minus a Day ? Some Theory and Empirics of Optimal Copyright* [a], 07.08.2007, op. cit., p. 52, cité par Ejan MACKAAY, *Analyse économique de la vie*, op. cit., p. 8, note 20.

Jugeant que la durée moyenne de l'obsolescence d'un savoir est de 7 ans, David Ettighoffer propose une durée maximale de protection de 21 ans, très proche de celle des brevets, renouvelable par tranche de 7 ans³⁰⁶⁴. Lawrence Lessig, lui, plaide pour un retour à une durée de 32 ans, et se demande avec humour ce qu'il y aurait de « radical » à réclamer une protection plus longue qu'elle ne l'était sous Richard Nixon³⁰⁶⁵. Ejan Mackaay, face à la prolongation indéfinie et irrationnelle de la protection, suggère de son côté de revenir au système de l'enregistrement, afin d'éviter que les œuvres à succès de type Mickey Mouse n'incitent des « gros joueurs » à imposer pour toutes les œuvres le blocage culturel que nous subissons³⁰⁶⁶. Cette proposition a le mérite du pragmatisme. Il ne faudrait toutefois pas que les « gros joueurs » puissent bloquer indéfiniment certaines de leurs créations qui, par définition, sont devenues des références culturelles et leur ont déjà rapporté des sommes colossales.

Le début de la protection

Mais avant de s'interroger sur la durée de protection, il est important de fixer son point de départ. La période de protection peut être fonction de la date du décès de l'auteur ou de la première divulgation de l'œuvre. Cette seconde solution, longtemps délaissée par le droit d'auteur en raison de la complexité administrative générée, a pourtant été adoptée de longue date par les pays anglo-saxons, qui soumettaient (avant leur ratification de la Convention de Berne) la protection de l'œuvre à son enregistrement formel. À l'époque de l'Internet, une telle pratique peut fort bien être remise au goût du jour sans alourdir à l'excès les formalités de protection, non à titre de condition de la protection – fondement personnaliste oblige –, mais à titre de facilitation de la preuve ; en d'autres termes, l'enregistrement de l'œuvre ne serait pas constitutif de droit, mais déclaratif de droit.

Ejan Mackaay propose une solution très similaire :

« On pourrait accorder le droit d'auteur de façon automatique du fait de la création pour une durée limitée, pourvu que soit apposée une marque indiquant l'année de création et le nom du créateur. L'absence de pareille marque devrait pouvoir être interprétée comme l'indice du désir de verser l'œuvre dans le domaine public. Sur la foi des indices relevés dans ce qui précède, le droit pourrait être accordé pour une période initiale [...]. À l'expiration de ce délai, le droit serait sujet à renouvellement [...] sur inscription de l'œuvre dans des registres tenus par un organisme national ou international et sur versement des frais de renouvellement à celui-ci. [...] S'il est vrai qu'une telle approche réintroduirait des formalités dans le droit d'auteur, les avances techniques intervenues depuis leur abolition rendent l'accomplissement de ces formalités moins onéreux que dans le temps. »³⁰⁶⁷

Compte tenu du caractère aléatoire de la durée de vie d'un auteur et de sa carrière, la computation du délai de protection à partir de la première divulgation de l'œuvre

³⁰⁶⁴ Denis ETTIGHOFFER, *Libérez, libérez le copyright !* [a], 13.04.2010, op. cit.

³⁰⁶⁵ Lawrence LESSIG, *Culture libre*, op. cit., p. 117.

³⁰⁶⁶ Ejan MACKAAY, *Analyse économique de la vie*, op. cit., pp. 11-12.

³⁰⁶⁷ *Ibid.*, pp. 13-14

permettrait de rendre cette durée de protection plus cohérente par rapport à « l'actualité » du domaine public, autrement dit à son rôle moteur dans la dynamique créatrice, qui s'effectue essentiellement par réappropriation (ou « filiation »). Une œuvre ne s'inscrit en effet pas seulement dans la biographie d'un auteur, mais se rattache aussi à la période qui l'a vu naître : son existence sociale dépend avant tout de la date de sa première publication.

La carrière d'une œuvre et sa diffusion dépendent en outre certes de son genre, mais aussi de la date de sa première divulgation, ce qui justifie d'autant plus de partir de ce repère : certaines œuvres, fondamentales, ont un écho social qui croît avec le temps, sous l'impulsion du bouche à oreille ; cette diffusion de long terme n'est toutefois guère permise par le système économique actuel, qui limite la disponibilité de la plupart des titres. Lawrence Lessig relève par exemple que « La plupart des créations n'a qu'une vie commerciale de quelques années. La plupart des livres sont épuisés en moins d'un an »³⁰⁶⁸. La carrière des titres littéraires et musicaux actuels est donc brève, vu le nombre de nouveautés qui les recouvre.

Conformité de la durée avec la nature de la protection

Une remarque juridique peut éclairer la question de la durée de protection : une durée excessive peut, par son importance même, changer radicalement la nature de la protection reconnue. Pour ne prendre qu'un exemple, le bail emphytéotique – un bail courant sur une durée de plus de 99 ans – est considéré comme une vente ; sa qualification change donc du seul fait de la durée de ses effets. Une durée excessive du droit d'auteur peut de même entraîner un changement de nature de la protection accordée. Or le droit d'auteur n'est accordé, on l'a vu, qu'à la condition expresse et nécessaire d'être compensé à son échéance par un apport en faveur de la société civile, en quoi il se rapproche du monopole. Si l'intérêt que la société civile peut tirer de l'enregistrement des brevets semble clair et permet d'avoir connaissance d'inventions qui, sans cela, resteraient jalousement gardées, son intérêt en matière de droit d'auteur est déjà moins évident, puisqu'il n'est pas possible à l'auteur qui désire commercialiser son œuvre de lui celer le contenu de ce qu'il désire protéger, hormis dans le cas d'un programme informatique rédigé dans un langage compilé. Il est donc d'autant plus nécessaire pour la société civile d'obtenir une contrepartie réelle à cette protection temporaire.

La contrepartie réelle ne peut n'ait plus guère d'importance que pour les historiens, autrement dit avant que celle-ci consiste qu'en une intégration de l'œuvre dans le *corpus* du domaine public avant que cette dernière perde tout intérêt sociétal.

³⁰⁶⁸ Barbara A. RINGER, *Study N°31: Renewal of Copyright* [a], juin 1960, Government Printing Office, Washington D.C. 1961, pp. 105-224, ch. 9, n°2, cité par Lawrence LESSIG, *Culture libre*, op. cit., chap. « Loi : durée », p. 96, note 11.

Pluralité des régimes et durée de protection

Tenant compte de la typologie des œuvres et la pluralité des régimes exposés qui en découle, je propose plusieurs durées de protection en fonction des œuvres considérées, partant toutes de la date de première divulgation, mais pouvant s'étendre au-delà de la mort de l'auteur.

La plus longue d'entre elles, celle accordée aux œuvres littéraires, artistiques et musicales, devrait être limitée à 25 ans, le droit passant aux proches de l'auteur si celui-ci vient à décéder avant la fin de la protection. La durée de 25 ans correspond à la période séparant deux générations, les œuvres présentant un intérêt immédiat au-delà de la génération qui les a vu naître restant rares. La durée de protection des articles scientifiques, compte tenu de leur vocation à la transmission et au partage, devrait être la plus courte, de l'ordre de 3 ans au plus, si l'on s'en tient à la durée estimée de l'obsolescence des savoirs avancée par David Ettighoffer ; il est en effet important pour la vitalité du débat que ces œuvres entrent dans le domaine public avant la durée de 7 ans. Cette durée de 3 ans confèrerait encore un avantage concurrentiel indéniable aux revues qui se consacrent à leur publication. Quant à la durée relative aux autres classes d'œuvres, elle pourrait être de 15 ans.

L'exploitation de l'œuvre ne doit profiter aux proches de l'auteur que pour les œuvres de maturité, produites peu avant la mort de l'auteur ; il faut tabler sur le fait que les œuvres de jeunesse auront déjà rapporté à l'auteur de quoi assurer son propre entretien et celui des siens ; la rencontre de l'œuvre avec son public étant relativement rapide à présent au vu des moyens de diffusion dont nous disposons – voire très éphémère si l'on tient compte des pratiques contraignantes du marché –, l'auteur aura dans ce cas la possibilité d'économiser une partie de ses revenus afin de pouvoir en faire profiter ses héritiers comme le font tous les autres membres de la société civile, par voie de succession. Le cercle des proches de l'auteur, plus restreint que celui des héritiers, devrait correspondre à son conjoint survivant, à ses descendants et ascendants, voire à ses frères et sœurs. L'idée est d'assurer à l'auteur et à ses proches les moyens d'exister grâce à la vente de ses œuvres, sans que cela s'apparente à une rente.

Limitations du périmètre de la protection

Les « limites » du droit d'auteur

□ *Limites et non pas exceptions*

Comme nous l'a enseigné la rétrospective historique du droit d'auteur, celui-ci « reste une exception au principe de libre circulation des idées »³⁰⁶⁹. Le fait que le droit d'auteur ne soit lui-même qu'une *exception* consentie par la société civile tient aux caractéristiques mêmes des créations de l'esprit, en particulier à leur *continuité* et à

³⁰⁶⁹ Isabelle de LAMBERTERIE, *De l'incitation à la création au droit à la culture*, op. cit., p. 81 ; voir ci-dessus, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), chap. « Conclusion intermédiaire », 5^{ème} leçon, pp. 511 ss.

leur *non-rivalité* : la *continuité* rend l'auteur essentiellement tributaire de l'appui de la collectivité pour défendre les droits qui lui sont reconnus, une œuvre échappant à son auteur dès qu'elle est divulguée – Isaac Le Chapelier et Thomas Jefferson ont eu sur cette question des mots remarquables³⁰⁷⁰ ; la *non-rivalité* explique que cette même collectivité puisse trouver un avantage immédiat à rendre libres et publiques les œuvres de l'esprit dès leur première divulgation, celles-ci pouvant profiter à tous sans desservir qui que ce soit hormis l'auteur. Il s'agirait toutefois d'un calcul à court terme, bien que les retours financiers ne soient pas le moteur principal de nombreux auteurs. Jean-Daniel Reynaud, dans sa préface du livre de Thomas Paris, *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, admet à sa façon le même principe :

« L'œuvre, quelle que soit sa définition, a certaines caractéristiques d'un bien public : parce que l'accès en est mal défendu, mais aussi parce qu'elle est en grande partie un bien immatériel (et, particulièrement aujourd'hui, parce que le coût de reproduction est très faible par rapport au coût de production), la rémunération de celui qui la crée ne peut guère être assurée par les lois traditionnelles du marché. »³⁰⁷¹

Le droit d'auteur reste ainsi une exception – certes consentie avec raison par la collectivité à l'auteur – au principe de la libre circulation des idées comme au droit d'accès à la culture et au droit de la concurrence³⁰⁷². Dès lors, ses propres « exceptions » doivent être lues comme des *enclaves du régime ordinaire* en terre de monopole, autrement dit comme des *droits*. Valérie-Laure Benabou et Philippe Gaudrat opposent ainsi le statut de *limite* – similaire à un *droit* encadrant le droit d'auteur – à celui d'*exception*³⁰⁷³. Du reste, seule la qualification de *limite* leur permet de rendre le droit d'auteur pleinement compatible avec le droit de la liberté de création et d'expression, ce qui, dans le cas contraire et vu le principe personnaliste qui l'anime, serait un comble³⁰⁷⁴ ; c'est ce que Brad Spitz suggère lorsqu'il parle de la fonction régulatrice des droits de l'homme sur le droit d'auteur. Elles devraient de ce fait être interprétées *extensivement* et non pas restrictivement comme le sont les exceptions ordinaires, ce qui contrevient bien sûr aux règles posées par le test dit des « trois étapes » tel que présenté par la Directive européenne 2001/29/CE³⁰⁷⁵. Hélas, le législateur a la mémoire courte et sa logique cède trop vite le pas devant les apparences : une fois le droit d'auteur reconnu dans une forme nécessairement

³⁰⁷⁰ Isaac-René-Guy LE CHAPELIER, *Rapport du 17 janvier 1791 à l'Assemblée nationale*, op. cit., p. 16, cité ci-dessus, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), p. 430 ; Thomas JEFFERSON, *The Writings of Thomas Jefferson*, op. cit., lettre à Isaac McPherson du 13 août 1813, vol. 6, pp. 333-334, cité ci-dessus, partie 04 (« Perspectives socio-économiques »), p. 234.

³⁰⁷¹ Thomas PARIS, *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, op. cit., préface, p. 8.

³⁰⁷² *Ibid.*, p. 186

³⁰⁷³ Valérie-Laure BENABOU, *Copie privée : la Cour de Justice prend en main la notion de "compensation équitable" ou rien ne change mais tout change* [a], op. cit. ; Philippe GAUDRAT, *Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la « société de l'information »* [a], op. cit.

³⁰⁷⁴ Brad SPITZ, *Le droit d'auteur en France: un monopole menacé ?* [a], op. cit., n°4.

³⁰⁷⁵ Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001, op. cit.

positive, son caractère fondamental d'exception s'estompe peu à peu ; l'appétit financier des intermédiaires et l'individualisme ambiant ont fait le reste.

Ce n'est pourtant pas un hasard si, dès le départ, les droits reconnus à l'auteur se sont vus encadrés par une série de *limites*, dont une apparaît essentielle au point qu'elle devrait être appréhendée comme *première* par rapport au droit d'auteur en tant qu'expression privilégiée du droit à la libre circulation des idées au sein même du système du droit d'auteur : l'exercice de la copie privée. À la réflexion, les autres « exceptions » paraissent toutes le reflet d'un droit général. Ainsi, le libre exercice de la parodie apparaît-il comme la traduction du droit à la libre circulation des idées et de la liberté d'expression. Il est ainsi possible, par des limites judicieuses et fortes au droit d'auteur, de revendiquer un partage partiel de l'œuvre au bénéfice de la collectivité pendant même la période de protection, en garantissant par exemple la gratuité du prêt en bibliothèque, l'élargissement du droit de citation et de parodie à des formes plus élargies de citation (notion de référence ou d'hommage à une œuvre), afin de tenir compte de la dimension d'appropriation (ou de réappropriation) nécessaire à toute création : si l'œuvre reste protégée contre ses adaptations (appelées *œuvres dérivées*), elle ne doit clairement plus l'être contre les œuvres qui se contentent de s'en inspirer. Il s'agit aussi de permettre l'*exécution* gratuite de l'œuvre pour les représentations faites sans but lucratif.

Isabelle de Lamberterie se demande si le droit d'auteur, confronté qu'il est aux nouvelles technologies de l'information, n'est pas appelé à protéger non seulement l'investissement direct – de nature essentiellement économique – mais aussi « des formes d'investissement indirect découlant des exceptions aux droits exclusifs »³⁰⁷⁶, par lesquelles il semble qu'on puisse aussi entendre tout apport ultérieur à l'œuvre originale, tout effort d'appropriation culturelle de l'œuvre – en somme l'œuvre vue comme « à transmettre », voire comme « à faire » ou « à parfaire », à travers l'œuvre « reçue ». On peut se demander si cette invitation à protéger les investissements indirects ne revient pas à considérer les « exceptions » comme des « droits-limite » par rapport à « l'exception de principe » que serait le droit d'auteur.

□ *Un droit à la copie privée*

Proposer un nouveau statut pour la copie privée, et la faire passer du statut d'exception au statut de droit (enclave du régime ordinaire fondé par le principe de la libre circulation des idées et le droit d'accès à la culture, par rapport auxquels le droit d'auteur est lui-même une exception).

L'exécution d'une copie privée consistant à l'heure actuelle en une exception au droit d'auteur plus qu'en un droit, son exercice concret se trouve menacé par les systèmes technique de protection de type DRM. Elle est de plus interprétée restrictivement. Lorsqu'elle fut érigée en exception par la Convention de Berne, il n'existait pas de possibilité d'en empêcher matériellement l'exécution (hormis peut-être l'impression de

³⁰⁷⁶ Isabelle de LAMBERTERIE, *De l'incitation à la création au droit à la culture*, op. cit., p. 89.

textes sur fond rouge afin d'en empêcher la photocopie). De ce fait, le statut d'exception suffisait à en garantir l'exercice. De plus, le législateur avait perdu de vue que le droit d'auteur est lui-même une exception à la libre disposition des œuvres rendues volontairement publiques (cf. l'argumentation d'Isaac Le Chapelier).

On prétend que le droit à la copie privée n'a été accordé que parce que son exercice était limité. C'est contredire l'Histoire, puisque le droit d'auteur et les exceptions qui lui étaient assorties sont apparus comme droits positifs sous la poussée de l'imprimerie, qui à la fois facilitait prodigieusement la duplication des textes et *créait un nouveau marché*³⁰⁷⁷. De fait, on entend bien que le numérique – avec la facilité non pas de la *copie* mais de la *diffusion* de celles-ci offerte par l'Internet – dérange les titulaires de droits. Elle ne doit pas pour autant leur offrir l'occasion de remettre en question un principe de base. Il convient de réaffirmer avec force ce principe rappelé par Isabelle de Lamberterie : « le droit d'auteur reste une exception au principe de libre circulation des idées »³⁰⁷⁸. Cela permet d'interpréter extensivement et non pas restrictivement comme on le fait trop souvent les soit-disant « exceptions » au droit d'auteur, qui doivent être lues comme des *enclaves du régime ordinaire*, autrement dit comme de véritables droits, contrairement à ce que la loi et la jurisprudence actuelles prétendent. Ainsi *le droit à la copie privée s'avère l'expression, au sein même du système du droit d'auteur, du principe de la libre circulation des idées*.

Il serait donc cohérent de consacrer désormais un *droit* à la copie privée, reconnu comme extérieur au champ de protection du droit d'auteur³⁰⁷⁹, surtout si les systèmes techniques de protection anti-copie sont eux-mêmes protégés par le droit, et d'interdire que ces derniers puissent faire échec à la possibilité de réaliser au moins une ou deux copies (de travail, dite de confort, d'archivage ou encore de sauvegarde, voire pour assurer l'interopérabilité de l'œuvre d'un lecteur à un autre).

L'« usage premier » de l'œuvre

Il convient par ailleurs de limiter le périmètre de la protection accordée, par une limitation de la portée de la notion d'œuvre dérivée. Cette dernière constitue une adaptation d'une œuvre préexistante³⁰⁸⁰. ses adaptations. Protéger l'auteur ne revient certes pas à le protéger de toutes les utilisations possibles de son œuvre, dès le moment où il l'a divulguée au public. Ainsi la protection devrait-elle limitée à « l'usage premier de l'œuvre ». Pour autant qu'il soit souhaitable de protéger les plans d'architecte par le droit d'auteur plutôt que par la concurrence déloyale, il n'est pas acceptable qu'un architecte puisse interdire en vertu du droit d'auteur les photographies de ses œuvres. La protection accordée à l'architecte doit se limiter au domaine de l'architecture, là où

³⁰⁷⁷ Voir ci-dessus, partie 05 (« Histoire et évolutions du droit d'auteur »), chap. « Origine techniciste du droit d'auteur mise à mal », pp. 514 ss.

³⁰⁷⁸ Isabelle de LAMBERTERIE, *De l'incitation à la création au droit à la culture*, op. cit., p. 81.

³⁰⁷⁹ Voir ci-dessus, chap. « Nature des exceptions », pp. 386 ss.

³⁰⁸⁰ En droit suisse: art. 11 al. 1 let. b LDA (RS 231.1).

il peut subir un dommage affectant son activité future. Hors de ce domaine de « l'usage premier de l'œuvre », les droits de l'auteur doivent se limiter à des prétentions relevant du droit moral – mais un droit moral sérieusement revisité afin de ne pas en faire un simple moyen de chantage financier.

Concernant la relation entre romans et cinéma, plusieurs remarques s'imposent. Il semble peu digne de foi qu'un romancier puisse se voir détourné de l'écriture parce que, ses écrits se vendant bien, ils inspirent un film, ou que, inspirant un film, ce dernier encourage leur lecture. Si les liens entre le monde littéraire et le monde du cinéma sont évidents sur le plan commercial, il semble nécessaire de trouver une limite de leurs « territoires » respectifs par d'autres considérations complémentaires en matière de création : tant que la concurrence des autres écrivains est réglementée, l'écrivain, s'il rencontre son public, est assuré de pouvoir vivre de son art. La seconde remarque touche à l'application du droit moral. Le metteur en scène qui s'inspire d'une œuvre doit être contraint de la mentionner en exergue de son film, point qui n'est toujours pas admis par le *copyright* : Walt Disney a ainsi pu omettre de préciser que son dessin animé *Notre Dame de Paris* avait largement puisé son inspiration du roman éponyme de Victor Hugo, s'attribuant un peu facilement les mérites de l'histoire auprès des populations ignorantes de la chose... Au-delà de cet aspect, il est essentiel qu'un auteur puisse s'opposer à une œuvre dérivée qui dévoie sa propre œuvre, point qui n'est pas, lui non plus, reconnu par le *copyright*, alors qu'un film, indépendamment de la nécessaire transposition d'un genre à l'autre, peut déformer l'œuvre initiale et nier l'approche de l'auteur, en en modifiant la fin par exemple. Il faudra toutefois que l'auteur, aux frais du commanditaire de l'œuvre dérivée, prouve en quoi son œuvre est dévoyée s'il veut pouvoir s'opposer valablement à la diffusion de cette œuvre dérivée. Il est toutefois peu acceptable qu'il puisse encore le faire après avoir passé un accord financier avec les studios : charge à lui de s'entourer contractuellement des assurances nécessaires au respect de l'esprit de son œuvre dans ce cadre³⁰⁸¹.

Un troisième point ici mérite d'être soulevé : alors qu'il semblerait que la notion « d'usage premier » nie tout lien entre une œuvre littéraire et l'usage cinématographique qui peut en être fait – après tout, un livre est avant tout fait pour être lu plutôt que pour servir d'inspiration à des metteurs en scène – tel n'est pas le cas à y regarder de plus près. La notion de « l'usage premier » de l'œuvre permet de considérer qu'un film s'inspirant d'un écrit doit impérativement passer par un autre écrit intermédiaire qu'est le scénario, alors que, dans un autre domaine, photographier une œuvre architecturale ne nécessite pas d'en revoir les plans. Le scénario constitue la preuve des accointances très étroites qu'un film peut avoir avec un roman, même s'il s'agit à l'évidence de deux œuvres s'exprimant dans des langages fort différents, justifiant pleinement la qualification d'œuvre dérivée. Ainsi l'écrivain pourra-t-il, dans le cas spécifique des adaptations cinématographiques de ses œuvres, garder la maîtrise

³⁰⁸¹ Cass, Gilbert Montagné c/ chaîne de restaurants Flunch, 5 décembre 2006, à propos de la chanson « On va s'aimer », plagée à fins publicitaires en « On va fluncher ».

de leur adaptation, même sur le plan patrimonial. On voit ainsi que cette notion d'usage premier de l'œuvre s'avère plus souple qu'il n'y paraît.

Un autre cas où « l'usage premier » permettrait de limiter utilement la notion d'œuvre dérivée est celui concernant la protection des divers éléments visuels composant un film. Un arrêt de la Cour suprême britannique rendu le 27 juillet 2011 à propos des casques portés par les troupes impériales (« *stormtroopers* ») dans la saga de la Guerre des étoiles nous permet de nourrir notre réflexion. Andrew Ainsworth, qui était le concepteur du fameux casque blanc, en faisait commerce depuis 1977 auprès des amateurs de la saga, jusqu'à ce que l'entreprise de George Lucas, Lucasfilm Ltd, s'avise de l'attaquer devant la justice anglaise pour violation de *copyright* et lui réclame la somme de 20 millions de dollars à ce titre. La Cour a débouté Lucasfilm pour des raisons propres au *copyright* anglais. Pour la loi anglaise, un objet en trois dimensions doit pouvoir être qualifié de « sculpture » ou « d'œuvre d'artisanat d'art » pour être protégé par le *copyright*, faute de quoi il relève de la loi sur la concurrence. Indiquant qu'à ses yeux il ne s'agissait pas d'une sculpture, autrement dit d'une œuvre originale et autonome, mais d'un objet utilitaire (ou « œuvre fonctionnelle ») ayant servi à faire un film, si bien que leur protection ne s'étendait que sur 15 années depuis leur fabrication, délai depuis longtemps échu. Cette « œuvre de l'esprit » ne consisterait donc pas en une œuvre d'art, puisque son caractère fonctionnel (participer au décor et à l'ambiance d'un film) l'emporte sur ses aspects artistiques³⁰⁸². Nous rejoignons les considérations d'Immanuel Kant sur l'*inutilité* de l'art, ainsi que les propositions de Richard Stallman concernant une pluralité de régimes de protection. Le casque s'avère conditionné par sa fonction dans le film : habiller des personnages de fiction capables de faire effet dans un film. Ainsi, par ce raisonnement certes étranger au droit d'auteur, peut-on en déduire une forme de critère de distinction entre un film et ses *produits dérivés*, pour trancher en faveur d'une protection de ces derniers par le droit de la concurrence, voire par le droit des dessins et modèles, mais non par le droit d'auteur. Cela conditionne les produits de la mode à se retrouver exclus pour la plupart d'entre eux de la protection du droit d'auteur, à l'exception des pièces dont le motif prend une place prépondérante et n'est pas tributaire de l'usage de l'objet. Je pense ici par exemple aux pulls de Kaffe Fassett³⁰⁸³.

Quant à la protection des personnages en tant que tels, la création d'un personnage comme Tintin entraîne une profonde implication de son auteur, si bien que le changement de scénario ou de contexte par un tiers ne suffit pas à exclure la qualification d'œuvre dérivée. La décision de la Cour d'appel de Paris du 8 septembre 2004 à propos de la reprise non autorisée du personnage Leelo du film de Luc Besson

³⁰⁸² Lionel MAUREL, *Le copyright des casques de Stormtrooper!* [a], mars 2009, <http://scienceextra.wordpress.com/2011/09/10/le-copyright-des-casques-de-stormtrooper> ; Jill LAWLESS, *Lucas Loses UK Battle Over Stormtrooper Helmets* [a], 27.07.20011, dans Huffington Post; http://www.huffingtonpost.com/2011/07/27/lucas-loses-uk-battle-ove_n_910987.html.

³⁰⁸³ Voir ci-dessus, chap. « Une notion banalisée », pp. 640 ss ; chap. « Les productions appliquées à l'artisanat – Les autres domaines », pp. 771 ss.

Le Cinquième élément illustre bien la frontière à placer sous cet angle entre parasitisme et contrefaçon³⁰⁸⁴. Il importe toutefois de permettre au public de s'approprier un personnage populaire, ce que le droit actuel peine à rendre possible lorsqu'on sait qu'un personnage comme Mickey Mouse est toujours protégé. Dans ce cas toutefois, la solution ne semble pas devoir être cherchée dans une réduction du périmètre mais dans la limitation de la durée de protection des œuvres. Cette mesure semble offrir à elle seule une solution adéquate à la question, différente de celle posée par la protection des produits dérivés évoquée par les casques d'Andrew Ainsworth.

Pour reprendre la terminologie adoptée par Émilie Bouchet – Le Mappian³⁰⁸⁵, le principe du « premier usage » limiterait la portée de la protection et la notion de reproduction à toute nouvelle *incarnation* de l'œuvre (construction d'un immeuble similaire à un immeuble protégé), et non à ses *évocations* (photographie d'une architecture par exemple).

L'épuisement des droits

La première vente devrait épuiser les droits courant sur les œuvres numériques, comme c'est le cas à présent pour les livres papier : l'acheteur d'un livre sur support papier, s'il n'acquiert pas les droits sur le texte même, bénéficie toutefois du droit de le prêter, de le louer, de le revendre à qui il veut et pour le prix qu'il veut, ou encore d'en copier un exemplaire pour son usage personnel (travail du texte par exemple, ou lecture à l'extérieur). Tel n'est plus le cas de celui qui acquiert une œuvre numérique, et si celle-ci n'est pas initialement fixée sur un support mais téléchargée, sa situation peut être plus précaire encore³⁰⁸⁶. Dans le même ordre d'idées, le « zonage » des œuvres multimédia ne permet pas à celui qui acquiert légalement une œuvre dans une zone de la lire sur un lecteur acquis dans une autre zone. Toutes ces différences se font essentiellement au profit des intermédiaires.

De telles pratiques devraient être rigoureusement abolies. L'auteur (ou ses ayants-droit) qui accepte de céder l'usage de son œuvre ne devrait plus être concerné par les transactions postérieures, sauf sous l'angle des droits moraux, droits que précisément le capitalisme cherche à abolir au prétexte qu'ils rendraient la pratique des affaires « incertaine ». Encore une fois, le monopole actuellement accordé sur l'œuvre s'avère proprement excessif s'il ne porte que sur une simple marchandise.

L'extension de la théorie de l'épuisement des droits constitue du reste la clef de voûte des propositions élaborées par Philippe Aigrain et La Quadrature du Net pour légaliser

³⁰⁸⁴ Cour d'appel de Paris, 4ème ch., 8 septembre 2004 SFR et Publicis Conseil c/ Besson et Gaumont.

³⁰⁸⁵ Émilie BOUCHET – LE MAPPIAN, *L'arrêt « La Vague » de Camille Claudel : le reflux de la notion d'exemplaire original* [a], dans RLDI, n°85 (août-septembre 2012), pp. 11-16, p. 13.

³⁰⁸⁶ Voir ci-dessus, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « Recherche du profit optimal – L'épuisement des droits », pp. 354 ss.

le partage non-marchand et parvenir à une réforme des politiques culturelles liées au droit d'auteur³⁰⁸⁷.

« *Faire société* » : la prise en compte de l'échange et du lien

Un statut spécial devrait être accordé pour les œuvres libres, c'est-à-dire pour les œuvres destinées à un usage et à une évolution collective que l'auteur initial prend soin de placer expressément sous ce régime. Des dispositions de droit supplétif devraient pouvoir accompagner une telle démarche, ce qui aurait pour effet de la rendre plus visible et plus facile à opposer aux tiers. Des propositions étayées ont été faites par Mélanie Clément-Fontaine à ce titre³⁰⁸⁸, si bien qu'il ne semble pas nécessaire de s'étendre ici sur ce point. J'ajouterai toutefois que ce statut de l'œuvre, actuellement volontaire, pourrait aussi inspirer l'un des cinq régimes de protection qui viennent d'être proposés, celui concernant les œuvres dites collectives ou de référence. Il s'agirait alors d'en faire l'application à toutes les œuvres correspondant à cette définition.

La protection juridique des protections anti-copie devrait elle aussi être rigoureusement prohibée. Il ne s'agit pas tant d'interdire les DRM que la pénalisation de leur contournement. Quant à ces dispositifs, ils ne pénalisent que les utilisateurs les moins avertis, qui devraient être autorisés à copier, pour leur usage personnel, une œuvre d'un format de support à un autre.

Quant au lien social, une société où plus rien n'est gratuit se condamne à ressembler à la société civile conflictuelle décrite par Thomas Hobbes : une simple juxtaposition d'intérêts égoïstes et nécessairement divergents. Cela revient à constater qu'une société purement mercantile comme celle prônée par le capitalisme *produit* les conditions de l'égoïsme psychologique, que les thèses libérales viennent à leur tour conforter dans un cercle vicieux. Dès lors que les prestations que les tiers me fournissent le sont systématiquement à titre mercantile, je nourris l'illusion que je ne lui dois rien d'autre que la somme d'argent convenue. C'en est alors fini du lien social, et les conflits qu'engendre une telle situation ne manquent pas d'entraîner des conséquences inestimables. C'est ainsi qu'il semble inadéquat de suivre l'économie du droit d'auteur actuel lorsqu'elle prétend faire payer le public pour tous les usages de l'œuvre, y compris ceux relevant de l'exercice des exceptions au droit. Cet acharnement à réclamer des redevances pour tous les usages possibles, couplé à une durée de protection en constante extension, feint d'ignorer ce que l'auteur doit à la culture qu'il a reçue en héritage. Concernant la redevance exigée en « dédommagement » de la

³⁰⁸⁷ Philippe AIGRAIN, *Éléments pour la réforme du droit d'auteur et des politiques culturelles liées* [a], 2012, <https://www.laquadrature.net/fr/elements-pour-la-reforme-du-droit-dauteur-et-des-politiques-culturelles-liees#usagescollectifs>, chap. « Légaliser le partage non-marchand » ; Lionel MAUREL, *Réforme du droit d'auteur et financement de la création : il est temps de passer à l'offensive !* [a], 31.07.2012, <http://scinfolex.worldpress.com/2012/07/31/reforme-du-droit-dauteur-et-financement-de-la-creation-il-est-temps-de-passer-a-loffensive>.

³⁰⁸⁸ Mélanie CLEMENT-FONTAINE, *Faut-il consacrer un statut légal de l'œuvre libre ?* [a], op. cit. ; Mélanie CLEMENT-FONTAINE, *L'Œuvre libre*, op. cit.

copie privée, dont le principe a clairement été affirmé en Europe par la décision « Sena » de la Cour européenne³⁰⁸⁹ et confirmé par la Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001³⁰⁹⁰, les fabricants relèvent à juste titre que les supports vendus aux professionnels, vu l'usage qu'ils en font, ne devraient pas être soumis à la rémunération pour copie privée. Dans les faits, ces utilisateurs doivent néanmoins s'en acquitter car c'est les importateurs que la Directive 2001/29/CE charge de prélever la taxe, et non les revendeurs, lesquels sont pourtant les seuls à connaître la destination des supports. Le résultat est simple à prédire : les secteurs professionnels doivent entamer une procédure administrative pour récupérer des sommes qu'ils n'auraient jamais dû payer, au point que la plupart d'entre eux renoncent à déployer de tels efforts, qui dépassent souvent les montants en jeu. Le Syndicat National des Supports d'Image et d'Information (SNSII) estime en outre que le « préjudice » réel subi par les ayants-droit au chef de la copie privée est surestimé³⁰⁹¹. Ils auraient pu également évoquer le fait que la Directive 2001/29/CE ne tient pas compte dans les principes qu'elle évoque pour calculer la rémunération du nombre croissant d'œuvres libres.

Le plus critiquable dans ce domaine tient cependant au principe même de la rémunération, dans un domaine où il semble essentiel de maintenir d'une part un équilibre entre les intérêts de l'auteur et ceux de la société civile, laquelle compte les autres auteurs en son sein, d'autre part un lien entre les œuvres à travers la sauvegarde d'un domaine public vivant et riche d'œuvres faisant encore débat. On peut en effet se demander si le principe même d'une rémunération pour l'exercice de la copie privée est justifié, d'autant plus que l'acceptation de ce principe ne manque pas d'influer sur la qualification même de la copie privée, transformant nécessairement cette *limitation* du droit d'auteur, autrement dit ce droit, en une *exception*. Comme l'indique Valérie-Laure Benabou, « établir un lien de causalité juridique entre la compensation et la copie privée conduit à affiner la qualification même de la copie privée. En effet, l'exigence de ce lien présuppose que l'usage en question est, sinon fautif puisque légal, du moins préjudiciable » ; or le préjudice n'est donné que si l'exercice de la copie privée relève des attentes de l'auteur, et donc s'exerce dans le cadre du périmètre de protection³⁰⁹².

L'exercice gracieux de la copie privée ne devrait-il pas plutôt être accordé au public sans contrepartie financière, en compensation même du droit reconnu par la société civile aux auteurs, par exception au principe de libre circulation des idées ?³⁰⁹³

³⁰⁸⁹ CJCE 6 février 2003, SENA, C-245/00, qui s'appuyait alors sur l'art. 8 § 2 de la Directive 92/100/CEE.

³⁰⁹⁰ Art. 5 § 2 let. b Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001, op. cit.

³⁰⁹¹ Marc REES, *Copie privée, les pistes des professionnels du support* [a], 02.08.2013, <http://www.pcinpact.com/dossier/704-copie-privee-les-propositions-des-professionnels-du-support/1.htm>.

³⁰⁹² Valérie-Laure BENABOU, *Copie privée : la Cour de Justice prend en main la notion de "compensation équitable" ou rien ne change mais tout change* [a], op. cit., p. 7.

³⁰⁹³ Voir ci-dessus, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « Autour de la copie privée », pp. 345 ss.

L'équilibre entre les intérêts de l'auteur et ceux de la société civile semble donc commander à ce qu'il soit renoncé à voir un *préjudice* dans son exercice. Une telle renonciation s'inscrirait dans l'abandon de la notion capitaliste de propriété dans le domaine du droit d'auteur, pour la refonder sur une base tenant compte de la nature de la création et du droit général d'accès à la culture qui en est le terreau. Ces principes d'absence de rémunération devraient s'appliquer de manière générale, sur toutes les exceptions (telles que la parodie...), vu qu'elles sont toutes expression du principe de la libre circulation des idées ou de la liberté d'expression. L'âpreté au gain dont les sociétés de gestion des droits font montre en insistant, contre les intérêts collectifs, sur le droit à rémunération pour la mise en œuvre des exceptions ne manque pas d'interroger³⁰⁹⁴ et rend d'autant plus impératif un retour aux grands principes.

En outre, la notion de domaine public devrait être définie de manière positive et non par défaut, ce qui, dans un second temps, permettrait de poser les principes d'une défense effective de ce patrimoine commun³⁰⁹⁵. Ces idées ont déjà été défendues par d'autres³⁰⁹⁶, si bien qu'il ne semble pas nécessaire de s'y appesantir.

La gestion des droits

Après avoir cherché les causes et les fondements du droit d'auteur (le « pourquoi »), puis après en avoir déduit le périmètre et les critères souhaitables de protection (le « quoi »), il reste à aborder, quoique de manière très superficielle, la manière dont gérer au mieux les droits d'auteur en fonction de ces principes (le « comment »). Ces questions sont extrêmement complexes, si bien qu'il est exclu de prétendre ici à davantage que l'exposé de quelques suggestions.

□ *Remarques sur la licence globale*

On peut tout d'abord remarquer le fait que le principe d'une licence globale ou tout autre système de gestion automatique des droits d'auteur ne s'oppose pas nécessairement avec le principe personnaliste du droit d'auteur, comme ses opposants le lui reprochent souvent. Le principe de la licence globale ne contrevient en effet pas au principe d'une rétribution de l'auteur, ni à l'exercice de ses droits moraux. Certes, une fois l'œuvre divulguée, l'auteur semble perdre tout moyen d'exercer un contrôle direct sur l'usage de son œuvre ; il ne sera de plus rémunéré qu'à travers un système de redistribution complexe, et non en fonction directe de sa diffusion effective. Mais n'était-ce pas déjà le cas du fait de l'imprimerie ? Et n'est-ce pas le cas aujourd'hui à l'ère du numérique et des sociétés de gestion collective ? Dès l'instant où le

³⁰⁹⁴ Voir notamment Vincent SALVADE, *L'exception de parodie ou les limites d'une liberté* [a], op. cit. ; Vincent Salvadé est l'actuel directeur de la Suisa.

³⁰⁹⁵ Voir ci-dessus, partie 04 (« Dimensions socio-économiques du droit d'auteur »), chap. « Autour du domaine public – en quête d'un fondement positif », pp. 354 ss.

³⁰⁹⁶ Voir notamment Philippe AIGRAIN, *Éléments pour la réforme du droit d'auteur et des politiques culturelles liées* [a], op. cit, chap. « Un statut positif protégeant le domaine public et les communs volontaires » ; Elinor OSTROM, Charlotte HESS, *Understanding Knowledge as a Commons*, op. cit.

compositeur de musique s'en remet par exemple à la SACEM pour la gestion de son œuvre, il perd irrévocablement le contrôle sur sa diffusion pour une durée d'au moins dix ans. Les opposants à la licence globale ne s'en offusquent pourtant pas, pas plus que ne les choque le principe d'une taxe grevant le prix des supports de mémoire afin d'assurer la rémunération compensatoire due au titre de l'exercice de la copie privée. Par ailleurs, le droit d'auteur étant devenu un droit des intermédiaires, les autorisations que les utilisateurs doivent obtenir des titulaires de droits ne sont plus guère que des occasions pour ces derniers d'accroître leurs bénéfices ; elles sont rarement l'occasion pour l'auteur de conserver la maîtrise sur l'usage qui est fait de son œuvre. En d'autres termes, les tiers sont certains d'obtenir les autorisations requises, à condition d'être d'accord de payer les montants qui sont exigés d'eux. Le respect de l'approche personnaliste tient donc plutôt au maintien du droit de paternité et de première divulgation qu'aux modalités de gestion financière de l'œuvre. À l'âge d'Internet, il semble du reste difficile d'assurer davantage.

□ *Les Creative Commons à l'aide*

La répartition des gains issus des transactions sur Internet pose la question de la collation de faibles montants à répartir sur de très nombreux titres. La Sacem elle-même admet le caractère inadapté de son modèle à l'Internet. Elle affirme avoir dû répartir en 2009 quelques 6,495 millions d'euros issus de 409 millions d'écoutes et de téléchargements portant sur 2,6 millions de titres : on comprend qu'elle commente cette information en qualifiant de cauchemar la « Longue traîne » et les « nanorépartitions » qu'elle suppose !³⁰⁹⁷ Une solution plus adéquate en regard de la thèse personnaliste que la licence globale ou les déclarations administratives à la Sacem pourrait être trouvée en élargissant l'usage actuellement fait des licences Creative Commons accordées par l'auteur. Lawrence Lessig les développa dans l'idée de faciliter aux auteurs l'expression des usages qu'ils permettraient de leurs œuvres. Il proposa six variantes déclinées à partir des quatre régimes de base que sont : (1) paternité, (2) distribution sans modifications, (3) partage des conditions initiales à l'identique et (4) pas d'usage commercial :

³⁰⁹⁷ SACEM, *Bilan, perspectives, enjeux, Midem 2010* [p], 24.02.2010, http://www.sacem.fr/files/content/sites/fr/files/mediatheque/sacem/presse/communiqués/2010/Bilan_2009_conference_presse_midem_2010.pdf, p. 16.

Paternité			
Paternité Pas de Modification			
Paternité Pas d'Utilisation Commerciale Pas de Modification			
Paternité Pas d'Utilisation Commerciale			
Paternité Pas d'Utilisation Commerciale Partage des Conditions Initiales à l'Identique			
Paternité Partage des Conditions Initiales à l'Identique			

Pour chacune de ces six variantes, il prit soin de la décliner en trois « couches » : la première sous forme d'un contrat de licence rédigé en bonne et due forme à l'intention des juristes (« Code juridique ») ; la deuxième sous forme de nomenclature simplifiée des droits accordés (« lisible par des humains ») et la troisième sous forme d'un marquage du fichier contenant l'œuvre diffusée (« lisible par des machines ») :

trois "couches" de licences



Nos licences publiques de droit d'auteur sont conçues de manière innovante "en trois couches". Chaque licence commence comme un outil juridique traditionnel, dans le type de langage et de format de texte que la plupart des avocats emploient et apprécient. Nous l'appelons la couche de Code Juridique de chaque licence.

Mais puisque la plupart des créateurs, des éducateurs et des chercheurs ne sont pas juristes, nous proposons également les licences dans un format accessible à tous - le Résumé Explicatif, aussi appelé la version "lisible par les humains". En résumant et en explicitant les principales dispositions et conditions des licences, il est une référence pratique pour les titulaires de droits et les utilisateurs des œuvres. Pensez au Résumé Explicatif comme une interface facile d'utilisation située sous le Code Juridique, bien qu'il ne soit pas une licence et que son contenu ne fasse pas partie du Code Juridique.

La couche finale de la licence reconnaît que les logiciels, des moteurs de recherches aux logiciels de bureautique en passant par les éditeurs de musique jouent un rôle énorme dans la création, la copie, la recherche et la diffusion de travaux. Afin que l'internet puisse identifier un travail sous licence Creative Commons, nous procurons une version des licences "lisible par les machines" - un résumé des autorisations et obligations écrit dans un langage que les logiciels, moteurs de recherches, et autres types de technologies peuvent comprendre.

Pouvoir trouver aisément du contenu libre est une fonction importante permise par notre approche. Vous pouvez utiliser [Google](#) pour trouver des contenus sous licence Creative Commons : des photos [Flickr](#), de la musique [Jamendo](#), et des médias généralistes [spinxpress](#). [Wikimedia Commons](#) [Wikimedia Commons](#), [archive mutimedia Wikipedia](#).

Prises dans leur ensemble, les trois couches des licences assurent que le spectre des droits ne s'arrête pas à un simple concept juridique. C'est un texte que les créateurs peuvent comprendre, que les utilisateurs peuvent comprendre et que même le web peut comprendre.

« Trois "couches" de licences ». Source : <http://creativecommons.org/licenses>.

Une variante s'ajoute aux six options de base : celle indiquant l'appartenance de l'œuvre au domaine public (« CC 0 »). De plus, un logo aisément identifiable et reprenant les variantes qui viennent d'être énumérées peut être inséré dans les textes. On observe par ailleurs que les éditeurs de logiciels ont pris l'habitude de faire automatiquement insérer dans les fichiers générés par leurs produits une « marque »

invisible, de type « métadonnée » – identifiable par les machines, qui reprend notamment l'adresse IP de l'ordinateur ainsi que le numéro de licence du logiciel qui ont permis de le générer. La pratique est certes fort critiquable à l'aune de la protection des données à caractère personnel – essentiellement parce que la chose se fait à l'insu de l'utilisateur, selon des règles qu'il ne connaît pas toujours et parce qu'elle sert à contrôler qu'il s'est bien acquitté du prix de la licence –, mais elle démontre la possibilité technique d'un tel « marquage », même si tout marquage peut, dans la pratique, être retiré par les tiers.

Si l'on revient à présent aux Creative Commons, le choix proposé par cet éventail de licences permet à l'auteur d'exprimer à un degré assez fin et de manière aisée ses choix en matière de gestion de l'œuvre. En partant de cet acquis, les concepteurs de logiciels permettant de produire des œuvres numériques (traitements de texte, enregistrements audio, appareils de prise d'images, logiciels de gestion 3D...) pourraient offrir aux auteurs d'œuvres numériques la possibilité d'insérer sur demande, au sein de chaque fichier qu'ils génèrent, une marque invisible associant leur identifiant d'auteur à celui de la licence Creative Commons retenue. On sait toutefois que les DRM n'ont guère d'avenir sur l'Internet. Mais ces marques, si elles ne peuvent être bloquantes comme le sont les DRM, pourraient être interrogées par les sites afin de vérifier s'ils respectent les conditions de la licence, à condition bien sûr que celle-ci n'ait pas été supprimée par un internaute. Ainsi les sites commerciaux pourraient vérifier qu'ils ne proposent *a priori* pas d'œuvres interdisant tout usage commercial. Les conditions de la licence accordée pourraient être revues par l'auteur lui-même à sa convenance, mais, comme à présent pour les licences libres, sans effet rétroactif. Ces marques pourraient permettre d'assurer, en fonction des copies effectuées, une rémunération fine – et plus juste – des auteurs, en réduisant singulièrement le rôle des intermédiaires, en particulier celui des sociétés de gestion collective. L'association d'un tel système avec le modèle de la licence globale assurerait à ces marques de ne pas être supprimées, le retrait n'apportant aucun bénéfice financier à celui qui l'opérerait.

Il ne s'agit pas de prétendre que la mise en place d'un tel système de gestion serait aisée, surtout dans ses aspects financiers. Mais il faut reconnaître que le modèle actuel est très lourd, fort administratif, et ne s'opère qu'imparfaitement au profit des auteurs. Le modèle proposé a le mérite de montrer comment le tout-numérique peut aussi être développé à l'avantage des auteurs et leur assurer un lien plus étroit avec leurs œuvres, sans péjorer, loin s'en faut, la situation des utilisateurs, à condition de rester extrêmement vigilant sur la question du respect de la sphère privée.

Partie 8

Conclusion

Les débats parfois vigoureux entamés en Europe à l'occasion de la transposition de la Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information m'ont incité à aborder la question du droit d'auteur sur un plan beaucoup plus transverse qu'on ne le fait d'habitude. Cette approche vise à mieux comprendre à la fois les enjeux et les relations de force qui s'exercent entre les différents acteurs dans ce domaine.

Les fondements

Épistémologie

Avant d'entreprendre la critique du droit d'auteur, il m'a semblé utile de montrer en quoi toute critique du droit passe nécessairement par la prise en compte d'autres disciplines, et de rappeler la nécessité dans laquelle se trouvent les « sciences humaines » de revendiquer leur propre dignité. Cette dignité tient à leur objet, ou plutôt à leur sujet, puisque qu'elles se proposent d'étudier en tant que tels les *sujets* que sont les êtres humains –, là où les sciences s'appliquent à l'observation d'objets, au point que l'auteur propose de les nommer « disciplines du sujet ». C'est ainsi que le présent travail entreprend de préciser les caractéristiques de la *sujéité*, que l'on peut traduire par la « nature de tout sujet libre ». Les actes du sujet ainsi défini ne sont pas reproductibles et ne permettent pas d'appliquer les méthodes propres aux sciences, sauf à réduire ou ignorer ce qui fait sa caractéristique essentielle, son « être sujet ». L'étude de *la nature de la personne* permet de juger à la fois du rôle que l'Autre joue dans l'individualisation des sujets que nous sommes, et de la place qu'occupe la création dans notre propre accomplissement. Prenant comme point d'appui l'éthique de l'autonomisation du sujet, l'auteur montre ensuite dans quelle mesure ce courant de l'éthique se révèle transdisciplinaire par nature, la connaissance transdisciplinaire tirant son unité du sujet compris comme « point ontologique unifiant ».

Les trois dimensions de l'éthique

Le questionnement du droit d'auteur qui est le mien est parti d'une inquiétude éthique. C'est ainsi qu'il se penche sur *la nature de la personne* pour juger à la fois du rôle que l'Autre joue dans l'individualisation des sujets que nous sommes, et de la place qu'occupe la création dans notre propre accomplissement. Prenant comme point d'appui le courant de l'autonomisation du sujet, il montre ensuite dans quelle mesure cette éthique se révèle transdisciplinaire par nature, la connaissance transdisciplinaire tirant son unité du sujet compris comme « point ontologique unifiant ».

Les chantiers initiés dans les disciplines convoquées pour interroger le droit d'auteur ramènent constamment à l'éthique, au rapport à soi et à l'autre, à la nécessité d'un *sens* à retrouver d'urgence. L'unité transdisciplinaire se construit de niveau de réalité en niveau de réalité, par inclusion des contraires, dans la dynamique du Tiers Inclus. Transdisciplinarité et éthique de l'autonomisation du sujet trouvent, dans leur souci d'inclure plutôt qu'exclure, leur premier point commun. Soucieux de respecter ce qui

fait de chacun d'entre nous une source unique d'expression de l'être-soi, par laquelle l'univers se prolonge et accède à l'infini, ce courant de l'éthique s'attache à cultiver l'intégrité de chaque être humain. Il assure à chacun les conditions d'accès à la modalité unique d'expression du Tiers Caché qui est la sienne. L'éthique ainsi comprise comme garante de la *sujéité*, plutôt que d'être constituée en une discipline normative dont on ne sait plus trop de nos jours s'il faut la rattacher à la philosophie, à la religion ou aux « sciences sociales », relève en réalité d'une nature inclassable, proprement transdisciplinaire, qui agit à trois niveaux : (1) méthodologique / déontologique, (2) critique et (3) ontologique.

Définie comme une réflexion sur l'agir humain souhaitable, elle agit sur trois champs concentriques, de manière toujours plus profonde. L'éthique tout d'abord manifeste le Tiers Inclus en tant que *principe méthodologique fondamental* de toutes les disciplines, pratiques autant que théoriques ; elle est ainsi appelée à prendre en charge la relation des praticiens à leur propre activité, considérée *en tant qu'agir humain*. Son intervention ne se limite alors pas à la déontologie mais touche aussi à la nature même de leur méthode. Dans le domaine des disciplines pratiques et, de manière générale, des champs d'activité, la vocation de l'éthique à aider l'homme à se déterminer en fonction de ses actes et de ceux qu'ils touchent la consacre de plein droit en tant que *tronc commun non normatif des différentes déontologies*. Appliquée aux seules disciplines du sujet, dans la mesure où leur domaine même porte sur l'homme, l'éthique doit occuper une place prééminente dans leur dimension *critique* – portant sur les tentatives d'explications des comportements observés comme sur la condition même de l'observation. Une observation « objective » du sujet, quoique possible, ne perd-elle pas tout sens et tout intérêt dès qu'elle prétend atteindre à une connaissance du sujet en tant que tel, c'est à dire non pas considéré dans ses choix *passés*, voire *conditionnés*, mais dans ses choix *possibles*³⁰⁹⁸ ? Enfin, l'éthique de l'autonomie du sujet a aussi vocation à aider l'homme à se déterminer, à travers ses actes, par rapport à *Qui il est*. En tant que garante de l'expression du sujet, elle annonce alors le Tiers Caché. Cette position prééminente est justifiée par le fait que le *sens* de la vie humaine doit orienter l'agir, et que toute action humaine, pour être pleinement telle, doit être consciente et inscrite dans le sens même du destin de l'homme. L'éthique de l'autonomie du sujet est une éthique qui peut d'autant mieux orienter le *faire* qu'elle porte sur l'*être*.

L'intégrité du sujet semble ainsi active à deux niveaux. En tant que *principe éthique* tout d'abord, elle réunit spontanéité des sentiments (Francis Hutcheson) et caractère universel de la raison (Immanuel Kant) ; elle constitue dès lors un principe fort à la fois commun à tous les hommes et propre à l'intime de chacun d'eux, qui, à l'opposé des éthiques du soupçon, s'appuie sur une vision positive de l'assise physico-psychique de la nature humaine (le *moi*). Cela rend compte des conclusions de Michel

³⁰⁹⁸ Voir ci-dessus, partie 02 (« De l'épistémologie du droit à la méthodologie transdisciplinaire »), chap. « la "sujéité" », pp. 62 ss.

Terestchenko, lorsqu'il suggère que l'homme complet – donc libre – se distingue en ce que son *intégrité* a préséance sur sa simple survie biologique. À un niveau supérieur, en tant qu'*expression de la sujéité* dans le champ de l'éthique, l'intégrité unifie non seulement la conscience immédiate du *moi* (« conscience d'exister ») et la conscience indirecte (ou *réflexe*) de la raison (« conscience de soi »), mais elle les intègre dans une forme de conscience propre au *soi*. Cette dernière se présente comme une conscience spirituelle « détachée » du moi, ou plutôt qui, par rapport au *moi*, est *médiate*. Appelée parfois « *méta* conscience », elle constitue la conscience du sage qui *se voit* évoluer parmi les hommes comme en retrait de son propre *moi*, « soi comme un autre ». Cette attitude n'est pas sans évoquer ce détachement exprimé par Paul de Tarse exhortant les Corinthiens à pleurer « comme ne pleurant pas » ou à se réjouir « comme ne se réjouissant pas »³⁰⁹⁹. Cette forme de conscience permet une vie « dés-identifiée », qui est tout le contraire de l'indifférence. Elle est parente du « tiers lieu » de Donald Woods Winnicott, un espace d'apprentissage où l'on peut « se risquer sans danger », autrement dit sans les déformations imposées par la peur, ce qui est précisément le rôle du *jeu*. C'est de là que parlent les œuvres les plus inspirées, celles qui nous apprennent Qui nous sommes, qui nous permettent d'entrer dans l'espace de l'intersubjectivité, et c'est pour cela qu'elles *font sens* sans pour autant relever de la censure, dès lors qu'elles échappent au discours de la conscience réflexive. Mais, contrairement au jeu, la conscience médiate a traversé la peur, elle ne joue plus avec elle, elle ne cherche plus à l'apprivoiser dès lors qu'elle l'intègre ; tous les humains n'y accèdent pas au cours de leur vie. Elle est la marque d'un « plus être », d'une densité de présence au monde dont l'intégrité est le signe. La clairvoyance qu'elle apporte affranchit de la peur de l'échec ou de l'aveuglement du succès, et permet de vivre pleinement et intensément les expériences pour elles-mêmes, conformément à notre nature profonde, sans plus avoir besoin de recourir à la fiction du jeu. Corps, raison et esprit sont alors « un ».

Vers le Tiers Caché

L'analyse des conditions de la construction de la personne en tant qu'individu permet d'aller plus loin, en faisant un détour par la question de la motivation. Le recueil de témoignages d'acteurs en temps de guerre, complété par de multiples recherches en psychologie sociale, permettent de constater que, de manière générale, l'être humain n'est pas dénué de sens éthique, même lorsqu'il commet des atrocités telles que celles qui ont pu être observées lors de la Seconde Guerre mondiale. La « banalité du mal » dénoncée par Hannah Arendt s'explique alors par la *suspension* de ce sens éthique dans certaines circonstances, si bien que Michel Terestchenko préfère à l'opposition classique entre l'égoïsme et l'altruisme les notions d'« absence » et de « présence à soi ». Cette notion de « présence à soi » semble toutefois insuffisante. Elle suggère l'existence de deux principes de la personnalité que sont le *moi* (ou « *ego* »), principe de l'assise physico-psychique de la personne, et le *soi*, principe de l'intégrité et de

³⁰⁹⁹ I Corinthiens 7 : 30

l'assise spirituelle de la personne. Le *moi* ne permet en effet d'expliquer ni l'unité, ni le caractère ontologiquement *unique* de la personne ; il nourrit plusieurs apories, dont les principales le poussent à se croire unique alors qu'il se perçoit en position de concurrence, et à revendiquer la première place en tout domaine alors que pour ce faire il est prêt à se soumettre au jugement d'autrui. Il n'est là rien que de très attendu, dès lors que le *moi* est le siège de la conscience *immédiate*, autrement dit de la « conscience d'exister ». Le *moi*, surtout, s'avère incapable d'expliquer les comportements altruistes de l'homme, autrement dit de concevoir une nature humaine portée et réalisée *à la fois par le souci de soi et celui de l'autre*. Or ceux-ci existent bel et bien. Michel Terestchenko s'attache à montrer que les thèses de l'égoïsme psychologique comme celles de l'altruisme sacrificiel se trouvent prises en défaut dans la mesure où les motivations humaines s'avèrent pluralistes. Le présent travail montre de manière complémentaire que *l'égoïsme psychologique, dès lors qu'il réduit la personne à un moi indissociablement rattaché à la vie biologique, n'est pas habilité, dans la dimension qui est par définition la sienne, à voir un « intérêt personnel » dans la poursuite d'un but postérieur à la mort, même si le sujet le poursuit comme s'il s'agissait d'un bien individuel (le « salut de l'âme » par exemple)*.

Une fois les thèses de l'égoïsme psychologique écartées, il est possible d'aborder la question du rapport à l'Autre tel qu'Emmanuel Levinas ou Hans Jonas l'ont envisagé. Si le *moi* se présente comme un « donné », tel n'est pas le cas du *soi*, puisqu'il est possible d'en être absent. Le cheminement spirituel de l'homme consiste alors, dans un premier temps, à changer le siège de la conscience et de passer du *moi* au *soi*. La « présence à soi » peut alors s'entendre comme « présence au *soi* ». Il ne faudrait surtout pas voir dans le *soi* et le *moi* des opposés, mais des complémentaires, le passage du *moi* au *soi* permettant de passer d'un *donné* à un *choisi* permettant non d'éliminer le *moi*, mais de lui désigner sa place. Celle-ci, tout en étant fondamentale, n'est pas pour autant la première chez l'homme libre. Le regard de l'Autre s'avère indispensable sur ce parcours, non en ce qu'il nous *construit*, mais en ce qu'il nous *révèle* à nous-mêmes. Son importance est capitale autant qu'incontournable. L'Autre acquiert ainsi un pouvoir inouï sur nous-mêmes, celui de faire de nous d'éternels « étrangers à nous-mêmes », en déshérence de notre propre fonds. Il ne nous construit pas pour autant, même s'il le tente souvent. Notre liberté ne se révèle pas moins abyssale, puisque c'est aussi de nos choix que dépendent l'accession à notre intégrité et la révélation au monde de « Qui nous sommes ». Cette révélation de nous-mêmes par l'Autre, dont la rencontre nous renvoie à notre dignité, tire de nous un engagement qui dépasse l'ordre du choix réfléchi : regard de l'Autre ou présence à soi font appel à l'être tout entier. Pour un penseur comme Emmanuel Levinas, l'éthique précède ainsi l'action et la décision autonome. Ce statut lui vient de sa conception de la responsabilité : dans la mesure où cette dernière « naît dans l'instant où l'autre m'affecte, et [que] cette affectation me rend responsable malgré moi », elle devient condition de la liberté ; faisant pendant à « l'égoïsme de la conscience », elle instaure « l'altérité au sein même de l'être » en tant que « source précédant la raison dans la

pensée ». Ce sera dès lors à l'éthique de réaliser l'unité transverse au sein du sujet³¹⁰⁰. *L'altérité au sein même de l'être* : voilà qui n'est pas sans rappeler la présence du *soi*, en écho au regard de l'autre. Car le regard de l'Autre ne peut agir que s'il trouve résonance au sein même du sujet mis en sa présence. Si par ailleurs nous nous révélons incapables d'accéder au *soi* par nous-mêmes, une fois construits, nous acquérons une forme d'autonomie – fort différente de l'autarcie – qui nous libère de toute *dépendance radicale* à l'égard de l'Autre quant à la découverte de Qui nous sommes. Cette forme d'autonomie nous permet d'habiter notre *soi* et d'accéder à une forme d'authenticité qui nourrit à son tour l'échange avec l'Autre. Le sujet, révélé à lui-même, peut alors devenir *source* et nourrir la relation qu'il entretient avec l'Autre.

Pour reprendre ce qui a été dit du *moi* et du *soi*, le regard de l'autre nous fait passer de la conscience immédiate du *moi* à la conscience réflexive de *soi*, et – une fois éveillés par l'autre – la réponse que nous déciderons de lui apporter nous engagera ou non vers le *soi*, nous fera devenir davantage Qui nous sommes. En quelque sorte, la conscience *immédiate* propre au *moi* est à la conscience *réflexive* qu'est la conscience de *soi* ce que cette dernière est à la conscience *médiate* du *soi*. Celui qui habite son *soi* le perçoit à la fois comme « inconnaissable », tout en y découvrant « l'inépuisable » de l'autre. Le respect et l'accueil de l'autre nous permet d'accueillir l'Autre que nous sommes pour notre *moi*, un « Autre » inépuisable, enfin capable de s'inscrire dans une véritable relation qui n'est pas seulement infinie en raison de la relation intersubjective comme pourrait le faire croire une lecture superficielle d'Emmanuel Levinas, mais parce qu'elle engage la communion de deux infinis révélés à eux-mêmes. C'est dans une telle relation que se révèle le Tiers Caché.

Celui qui habite son *soi* le perçoit à la fois comme « inépuisable », comme « inconnaissable » à découvrir sans fin, comme « fonds sans fond ». *Être de possibilités*, le sujet ne peut être connu de manière exhaustive, car son essence est d'être source – au moins partielle – de son propre « être au monde », poursuivant la création du monde d'une manière qu'il ne peut pas prévoir et qui le révèle à lui-même : l'authenticité peut alors devenir « surprenance ». Le *soi* s'ouvre en fait sur l'infini de l'Autre que nous sommes pour nous-mêmes une fois « décentrés » du *moi*, et se révèle pleinement ouvert sur le Tiers Caché.

L'auteur comme sujet

Dès lors qu'il est admis que le processus de création contribue à l'individualisation de chaque créateur, un lien profond apparaît entre le principe personnaliste du droit d'auteur et la relation à l'autre. *Il est alors possible d'établir un lien entre le rôle de l'Autre dans la constitution de notre « être-soi » et le rôle joué par l'œuvre dans le dévoilement de son auteur*. L'œuvre devient alors « l'autre de soi ». Or la relation

³¹⁰⁰ [A] BAUM-BOTBOL, *Après vous, Monsieur*, pp. 52-53

humaine nous montre non seulement que le regard de l'autre nous est indispensable pour nous permettre d'accéder à la part de nous-mêmes qui nous est inconnue, mais aussi que ce dévoilement suppose un noyau irréductible en chacun de nous. Faute de reconnaître ces deux pôles que sont l'autre et le soi, non seulement le « dévoilement » en question se dissoudrait en un réseau infini de liens vides de tout contenu propre, mais la relation deviendrait *fabrication* de l'autre – nécessairement mutuelle et donc paradoxale – plutôt que *dévoilement* respectueux de son identité profonde. Alors que le sujet ne peut « réaliser authentiquement son essence » qu'à travers le regard de l'autre, au cours d'un processus qui évoque la catalyse, de même, la création révèle à l'auteur son propre fonds, principe de son *authenticité*, par le biais de la résistance que lui oppose son motif. S'il existe une part irréductible en nous, il est possible de soutenir que l'auteur tire en un sens son œuvre de son propre fonds, et la notion d'*originalité* prend alors tout son sens ; mais s'il s'avère que nous devons aussi à l'autre une part de ce que nous sommes pour nous-mêmes, il faut *aussi* soutenir que la société civile et la tradition exercent une influence sur l'élaboration de l'œuvre, et que l'auteur leur en est redevable. Cette question de la relation occupe ainsi – ou devrait occuper – une place capitale dans la détermination de la protection accordée à l'auteur : dès lors qu'il est bien vrai que nous ne pouvons devenir nous-mêmes que sous le regard de l'autre, est-il raisonnable de poursuivre dans l'approche actuelle, résolument individualiste et excluante – voire, ainsi qu'il vient d'être montré, paradoxale ? Ne faut-il pas plutôt tenir aussi compte des intérêts de la société civile, indépendamment de toute considération *utilitariste*, en se rappelant déjà que toute loi juridique repose sur une forme de « pacte social » ? En d'autres termes, ne s'agit-il pas de reconnaître enfin que l'auteur n'est pas plus isolé qu'il n'est mort ?

On comprend ainsi en quoi le droit d'auteur ne peut qu'entrer en contradiction avec ses fondements lorsqu'il accepte une vision objectifiant l'auteur ou lorsqu'il considère l'œuvre sans son lien à l'auteur. On comprend mieux aussi en quoi le processus créatif, radicalement non directif, s'oppose au processus de production des « œuvres culturelles ». Dès lors que le propos essentiel de telles productions est de maximiser le profit de ceux qui les financent, leur processus, pour ce faire, obéit le plus souvent à des règles attendues visant à garantir le succès de sa réception auprès du public. Il n'est alors plus possible d'y reconnaître autre chose qu'un simple *travail*, et l'on ne peut justifier leur protection qu'en regard des règles traitant de la concurrence déloyale.

Les trois mises en perspective

Une fois la fondation éthique posée, le droit d'auteur peut être étudié à travers trois champs d'étude principaux : celui de l'économie, de l'histoire du droit d'auteur et de la création. Le premier pour tenter de comprendre les raisons et les conséquences des mutations actuelles subies par le droit d'auteur, qui l'ont parfois changé contre les intérêts des auteurs eux-mêmes ; le second afin de saisir la nature des revendications des auteurs à travers les siècles et comprendre comment se sont opérées les captations de ce droit en faveur des intermédiaires ; le troisième enfin pour mieux saisir les

besoins des créateurs, le rôle joué par la création dans nos vies et les conditions à poser pour trouver un périmètre de protection adéquat.

Économique

L'analyse économique s'impose en raison notamment de l'importance que la propriété intellectuelle donne à l'économie du droit, laquelle vise à soumettre le droit aux impératifs du marché, en jugeant de la réception et de la pertinence d'une loi par ses effets économiques ; en d'autres termes, l'économie du droit se propose de mesurer la loi, en comparant ses conséquences effectives au but qu'elle visait grâce aux méthodes d'analyse propres à l'économie contemporaine. Encore faut-il que ces règles et ces méthodes soient *neutres*. Or l'économie n'étant pas une science au sens strict du terme, puisqu'elle porte sur le *choix* des acteurs commerciaux et financiers, ses règles font office de guides plutôt que de lois vérifiables en toutes occasions. De ce fait, une critique des règles appliquées s'impose, ce qui semble être très rarement le cas. Pour juger de l'éventuelle neutralité des règles économiques, il convient de se pencher sur les caractéristiques du capitalisme, le modèle économique de référence actuel. Il ressort de cette analyse qu'elles n'ont rien de neutre.

La remarquable étude historique d'Ellen Meiksins Wood sur les origines du capitalisme³¹⁰¹ permet de poser les caractéristiques principales de ce système et de mieux comprendre leurs interactions. Les fondamentaux du capitalisme sont ainsi au nombre de cinq : contrainte par le marché ; production concurrentielle ; amélioration constante de la productivité du travail ; maximisation du profit ; accumulation illimitée. Chacun d'eux réduit d'autant la liberté des acteurs, les contraignant bien souvent à un comportement attendu dont ils n'ont pas la maîtrise. La notion de contrainte semble en effet le maître mot de ce système, très éloigné des notions de « choix » et de « rencontre de l'offre et de la demande » que l'on nous propose pourtant trop souvent en guise d'explication. Les conséquences de ces fondamentaux sont nombreuses. Parmi elles figurent celles que Karl Polanyi, l'un des adversaires les plus inspirés de ce système, a décelées, telles que le « désencastrement » de l'économie par rapport à la société civile. Ce « désencastrement » est certes nourri par la tentation propre à toutes les disciplines constituées d'accéder à un statut auto-référent. Mais, avec le capitalisme, l'économie va plus loin. L'idéologie capitaliste, par sa façon de tout réduire à l'état de marchandise, entend médiatiser les rapports sociaux par le marché. Présentant l'économie comme autonome par rapport à la sphère sociale et politique, elle fonde l'utopie du marché autorégulateur, posé qu'il est comme une « loi naturelle »³¹⁰², là où les sociétés pré-capitalistes intégraient les rapports économiques en tant qu'une des facettes de leur équilibre. C'est ainsi que notre société devient aveugle, en matière de droit d'auteur comme ailleurs : à force de n'envisager

³¹⁰¹ Meiksins Wood, *L'Origine du capitalisme*, op. cit.

³¹⁰² Geneviève AZAM, *La séparation féminin / masculin* [a], op. cit., chap. « Autonomisation de l'économie et séparation du masculin et du féminin ».

les rapports sociaux qu'à travers leurs coûts immédiats, elle ne s'interroge que sur les moyens (chiffrables) les plus efficaces d'atteindre un but qu'elle ne se donne même plus la peine de discuter.

Les velléités d'affranchissement de l'économie capitaliste se déclinent sur plusieurs fronts, que ce soit celui de l'éthique, à travers l'idéologie de l'autorégulation du marché, celui de la politique et du juridique, mais aussi de la science, de la transmission du savoir et même de l'épistémologie. L'adoption d'un formalisme mathématique de façade lui permet par exemple d'acquérir un statut de « science exacte » alors qu'elle relève par nature des disciplines du sujet. À travers toutes ces velléités, l'économie capitaliste ne cherche en fait rien tant que de s'affranchir de l'homme, ou, plus exactement, de *l'humain* en l'homme par le rejet de toute *mesure* susceptible de l'encadrer ou de discuter les fins qu'elle poursuit. Elle montre par là qu'elle ne prend plus l'homme comme mesure de son action mais entend l'instrumentaliser pour réaliser ses buts, *illimités* autant qu'illusoire. Il s'agit dès lors, dans le domaine du droit d'auteur comme dans d'autres, de refuser d'aborder la question de la valeur de la connaissance et de la protection de la création par le biais économique. La mise en perspective économique suggère plusieurs conclusions essentielles concernant le droit d'auteur. Le changement de nature du droit d'auteur que l'on constate ces dernières années s'est notamment concrétisé par le passage de la propriété intellectuelle du périmètre de compétence de l'UNESCO à celui de l'OMC et de l'OMPI au cours des années 1980. La responsabilité du capitalisme dans cette véritable mutation vient de ce qu'il semble condamné à suivre une inexorable logique d'extension. Celle-ci le conduit à imposer son marché unifié à tous les acteurs sociaux, pour tous leurs échanges, sans aucune exception³¹⁰³. Cette extension se poursuit principalement sur deux axes. Le premier l'oblige à intégrer tous les marchés géographiquement disparates et les englober en un marché unique : c'est la mondialisation. Le second, plus surnois, le pousse inexorablement à transformer toute réalité, quelle qu'elle soit, en marchandise, dès lors que la société civile y attache une quelconque importance, autrement dit une certaine « valeur » au sens sociologique et philosophique du terme. Or le droit d'auteur est modifié en fonction de ces deux axes : par son uniformisation internationale d'une part, qui ôte sa substance au droit d'auteur au profit de la vision étroitement mercantile qui prévaut actuellement dans les pays de *copyright* ; par la marchandisation de l'information et de la culture, d'autre part. C'est ainsi que s'explique l'intrusion de l'économie dans le domaine du droit d'auteur et la transformation radicale qu'elle impose à ce droit, au point de lui retirer sa justification même.

³¹⁰³ « le capitalisme peut et doit s'étendre à tous les niveaux, sur tous les plans, et cela à un degré jamais atteint par aucune structure sociale. Il peut et doit sans cesse accumuler, rechercher de nouveaux marchés, imposer sans cesse ses impératifs sur de nouveaux territoires, ou à de nouvelles sphères de l'activité humaine, à tous les individus, de même qu'à leur environnement naturel. » (Ellen MEIKSINS WOOD, *L'Origine du capitalisme*, op. cit., p. 154)

Par la nécessaire transformation de toute réalité en marchandise qu'il opère, le capitalisme s'avère non seulement extrêmement réducteur, mais aussi fondamentalement objectifiant. Karl Polanyi, l'un des plus fins critiques du capitalisme, ne s'y est pas trompé, et en a fait l'un de ses principaux fers de lance. Il expose dans son livre intitulé *La grande transformation* que ce système a pu imposer à chacun de passer par le marché pour assurer sa subsistance en raison de la transformation en marchandises de la terre, du travail et de la monnaie, au mépris de leur nature profonde. Karl Polanyi les qualifie du reste de « quasi-marchandises », dans la mesure où, pour lui, une marchandise se définit comme un bien produit avant tout pour être vendu³¹⁰⁴. Poursuivant l'analyse de Karl Polanyi, Geneviève Azam montre que la connaissance, devenue essentielle dans notre « société de l'information », a subi le même sort que les « quasi-marchandises », tout en considérant qu'elle devrait plutôt être vue comme une « marchandise fictive »³¹⁰⁵. C'est ainsi que le capitalisme a transformé les connaissances en marchandises en opérant une modification profonde du droit d'auteur ; il en a fait de même des organismes vivants par un changement de nature du droit des brevets.

L'emprise capitaliste sur les œuvres de l'esprit entraîne deux conséquences en sus de leur marchandisation : le savoir étant de toutes les sources de pouvoir celle qui présente la plus haute *qualité*³¹⁰⁶, la privatisation du savoir que permet la propriété intellectuelle offre en premier lieu au capitalisme une source de pouvoir inégalée dans le passé. Cette emprise nourrit en outre l'illusion que le marché capitaliste aurait changé de nature, transformant un marché aux richesses nécessairement limitées en une source « infinie » de richesses. Cette extension contribue à rendre plus crédible l'extension sans limites qui le fonde³¹⁰⁷ ; elle reste néanmoins illusoire, et ce point souligne l'une des principales contradictions du système capitaliste dans sa double prétention à être global et privatif. Il est en effet impossible de considérer les œuvres immatérielles à la fois comme des biens communs – pour s'étourdir à la pensée du capital « illimité » qui en découle – et comme des objets de propriété. L'exercice capitaliste de la propriété passe par une nécessaire fabrication de leur rareté, donc par une entrave radicale à leur communication. Et sans propriété, il n'est pas d'inclusion possible du capital immatériel dans l'évaluation capitaliste des richesses. Essentiellement matérialiste, le marché capitaliste semble ainsi condamné à demeurer *limité* et excluant.

³¹⁰⁴ Karl POLANYI, *La grande transformation*, op. cit.

³¹⁰⁵ Geneviève AZAM, *La Connaissance, une marchandise fictive* [a], op. cit.

³¹⁰⁶ Alvin et Heidi TOFFLER, *Les Nouveaux Pouvoirs*, op. cit., pp. 34-36.

³¹⁰⁷ « Le passage à cette nouvelle forme de capital rend caduques les préjugés sur lesquels se fondent à la fois l'idéologie marxiste et l'économie classique, qui postulent l'une et l'autre le caractère quantitativement fini du capital traditionnel. En effet, contrairement à la terre ou aux machines qui ne peuvent servir qu'à une personne ou une entreprise à la fois, beaucoup d'utilisateurs peuvent recourir en même temps au même savoir ; et s'ils savent l'exploiter, en tirer un savoir supplémentaire. Le savoir est par nature inépuisable et non exclusif » (Alvin et Heidi TOFFLER, *Les Nouveaux Pouvoirs*, op. cit., pp. 84 ss, 85-86).

Historico-juridique

L'Histoire du droit d'auteur apporte son éclairage sur plusieurs points qui pourraient inspirer des solutions pour l'avenir. Les textes classiques nous apprennent que les auteurs littéraires de la Rome antique, par leur souci de voir leurs plagiaires couverts d'opprobre, revendiquaient déjà une forme de droit moral sur leurs œuvres. Cet aspect s'avère donc fondamental, et montre à quel point le lien entre l'auteur et son œuvre relève d'une forme d'intimité qui n'est pas négociable. Ces revendications doivent être prises au sérieux par la société civile, même à l'âge d'Internet. Mais cette revendication s'accompagne chez les Romains d'une certaine souplesse dans la démarcation qu'il y a lieu d'établir entre plagiat et œuvre originale nourrie par la tradition : il convient là aussi de retenir la leçon, les intolérances du grand public envers le droit d'auteur actuel venant sans doute – au moins partiellement – d'une protection excessive qui ne tient pas compte des mécanismes de création par appropriation ou de créations collectives que facilite incontestablement l'Internet.

L'Histoire du droit d'auteur nous rend également attentifs aux stratégies mises en place au cours des siècles par les intermédiaires pour s'emparer des droits reconnus à l'auteur. Or ce dernier reste, malgré le rôle important souvent joué par l'investisseur, l'élément incontournable du processus culturel. C'est lui qu'il convient de protéger, avant tout autre acteur. L'activité des intermédiaires semble pour sa part davantage relever du droit de la concurrence. L'imprimerie à caractères mobiles offre à ce propos un excellent exemple. Elle permet notamment de juger des effets de la technique sur un droit que les majorats des loisirs veulent voir amplifié à l'occasion de chaque évolution technique. L'imprimerie, tout d'abord, ne fait pas évoluer un marché existant, mais en crée un nouveau de toutes pièces. La rareté des livres en Occident avant cette invention ne tient en effet pas seulement, comme certains l'affirment un peu vite, aux difficultés liées à la copie manuscrite, mais aussi pour des raisons culturelles, notamment en raison du contrôle que l'Église entendait exercer sur le savoir. Le nombre de copies imprimées va permettre l'accès au livre au grand public, au-delà du cercle traditionnel des lecteurs de manuscrits constitué des prêtres, enseignants, étudiants, secrétaires, clercs, médecins et juristes. L'imprimerie permet en outre l'apparition d'œuvres de référence, chaque exemplaire d'une édition étant strictement identique aux autres, ce qui permet à des érudits éloignés l'un de l'autre d'être sûrs qu'ils parlent bien du même texte, ce que ne garantit pas la tradition manuscrite. Cela renforce également l'individualité des textes et l'aura de l'auteur, ce dernier devenant le référent direct de ses lecteurs. Mais les intermédiaires entre l'auteur et son public continuent d'exister, même s'il est plus facile de les identifier. Le principal d'entre eux est l'imprimeur / éditeur. Les membres de cette profession nouvelle et peu réglementée se mènent une concurrence sans merci. Les premiers textes parus, les classiques gréco-latins, exigent un travail critique colossal et un réseau d'acheteurs étoffé pour récolter différents manuscrits du même texte à travers le monde méditerranéen ; il est à tous points de vue plus aisé de reprendre le texte établi par un concurrent et même sa mise en page que d'établir sa propre version à partir de différentes sources. Les imprimeurs songent alors à obtenir des autorités civiles une forme de monopole sur le texte édité

par leurs soins, le « privilège de publication ». Ce privilège est alors étranger de tout rattachement à l'auteur, et s'inscrit exclusivement dans un rapport de concurrence. La protection obtenue est toutefois décevante : pensée expressément en faveur de l'éditeur, elle était limitée à une période de courte durée – cinq ans en moyenne³¹⁰⁸. Mais l'assurance de voir, souvent pour des questions de police et de censure, les auteurs contraints de leur céder leurs droits afin d'assurer la publication de leurs textes leur fait changer de fusil d'épaule. Ils se mettent à fonder leurs droits sur celui des auteurs à disposer de leur œuvre. C'est ainsi que les éditeurs parisiens justifient en 1725, face à leurs concurrents provinciaux, la reconduction systématique de leurs privilèges. L'auteur, déjà, se révèle économiquement défavorisé par rapport à l'éditeur, qui lui impose ses règles en matière de paiement, lorsqu'il ne viole pas éhontément ses droits. Grâce à leur nouvelle position de « protecteurs » des auteurs, les éditeurs peuvent envisager d'hériter des droits perpétuels reconnus à l'auteur : l'imprescriptibilité en regard de cinq ans, l'avantage est évident. Denis Diderot, en auteur qui n'oublie pas son passé d'imprimeur, envisage alors une stratégie en deux temps : utiliser l'imprimeur / éditeur pour renforcer les privilèges juridiques de l'auteur et assurer l'intégrité des textes contre les publications parasites, avant de songer à s'en émanciper. L'Histoire nous montre ainsi l'origine de la grossière confusion opérée entre l'intérêt des éditeurs à interdire la concurrence de concurrents peu scrupuleux et l'intérêt des auteurs à faire reconnaître leurs droits immatériels sur leur œuvre.

Cette confusion est renforcée par l'ambiguïté insuffisamment perçue par les spécialistes entre la notion de propriété telle que l'entendent capitalistes et Lumières, au point qu'encore aujourd'hui les majorats des loisirs et leurs soutiens se croient autorisés à se réclamer des Lumières, alors qu'ils poursuivent des buts franchement opposés aux idéaux qu'elles défendaient. La liberté individuelle est revendiquée par les Lumières au sein d'un paradigme très différent de celui du capitalisme : loin de fonder le droit de chacun contre tous comme l'a posé Thomas Hobbes, elle fait figure de garantie donnée à chaque citoyen en renforcement de celui des autres contre le pouvoir d'un seul, à savoir le tyran. C'est dans cette perspective que s'inscrit la propriété, que les Lumières posent comme l'assise matérielle de la liberté individuelle et la garante de son exercice pratique, le barrage en somme le plus concret que l'on puisse opposer à la récurrente tentation confiscatoire du pouvoir politique. Ainsi l'artisan, en se voyant reconnaître la propriété de son patrimoine, a-t-il l'assurance de pouvoir faire vivre le cercle de ses proches grâce aux moyens de production et d'existence qui sont les siens. La propriété capitaliste, au contraire, par son caractère exclusif, s'avère profondément antisociale. En Angleterre, la « tragédie » des communs (ou « bataille des enclosures »), qui avait jeté sur les routes des dizaines de milliers de petits paysans, avait déjà démontré la nature radicalement excluante et antisociale de la propriété

³¹⁰⁸ Jacques PROUST, *Pour servir à une édition critique de « La Lettre sur le commerce de la librairie »* [a], op. cit., p. 331, cité par Denis DIDEROT, *Lettre sur le commerce de la librairie*, op. cit., préface de Michel Parfenov, p. 6.

capitaliste : le caractère contraignant du marché ne pousse-t-il pas ce système à enlever tout moyen d'action véritable à la collectivité ?

Placer au cœur de la problématique du droit d'auteur cette différence d'intelligence de la propriété entre capitalistes et Lumières permet d'éclairer bien des points. En renforçant au XVI^e siècle la notion de propriété foncière, passant d'un droit personnel équilibré par l'exercice de droits coutumiers communs (droit de vaine pâture par exemple) au droit *exclusif* d'un seul sur une terre, l'Angleterre capitaliste devait, à travers John Locke, initier une révolution plus radicale encore, en pensant cette exclusivité individuelle comme emblématique de notre rapport au corps. Dans son *Essay Concerning Human Understanding*, John Locke étend la « propriété naturelle » de l'individu sur son corps à la « propriété naturelle » du travailleur sur le fruit de son activité physique. Il procède ainsi du manichéisme le plus trivial et marque un déni de notre condition humaine en refusant d'admettre que le corps est à la fois *condition* et *racine* de notre existence, opérant une confusion fondamentale entre l'*être* et l'*avoir*. Une telle confusion ne manque pas d'entraîner des conséquences sur la question du *faire* et de la liberté. Immanuel Kant relèvera fort justement que la notion même de « propriété de soi-même » s'oppose à celle de liberté ; elle lui paraît « proprement inconcevable » là où John Locke voyait au contraire en elle la condition de la liberté³¹⁰⁹. Inversion étrange des valeurs, qui voit l'*avoir* devenir condition de l'*être*, et qui, dans la pratique, remplace l'*être* par le *faire*. Il applique dans un second temps ce principe général à la relation unissant le travailleur à sa production, en tant qu'elle est le fruit de son activité. Contrairement aux Lumières, dont le but est d'assurer l'autonomie de pensée et d'action des auteurs par rapport au pouvoir politique, le but poursuivi par John Locke est tout autre : justifier la cession de propriété du fruit du travail salarié au profit de l'employeur, ce qui, dans le domaine du droit d'auteur, revient à justifier l'aliénation par l'auteur de son œuvre au profit d'un tiers, son éditeur par exemple. L'artiste une fois pensé comme étranger de son corps, c'est en toute logique que le législateur anglais va postuler « la dissociation nette entre l'auteur et l'œuvre » et instituer le *copyright* comme un droit de propriété où la dimension marchande prédomine, là où le droit d'auteur double le droit de propriété originaire sur l'œuvre d'un droit de la personne, l'œuvre étant posée comme *expression* et *communication* de l'auteur³¹¹⁰. Ce que les Révolutionnaires français n'ont néanmoins pas su voir, c'est l'identité du droit de propriété *originaire* et du droit de la personne, tous deux étant issus du même acte créateur. L'éditeur hérite en effet de droits patrimoniaux par contrat, acte d'une nature juridique foncièrement différente du mode d'acquisition originaire du droit reconnu à l'auteur sur son œuvre. Ce « point aveugle » du droit d'auteur sera lourd de conséquences. Pour n'avoir pas compris la différence d'acception de la notion de propriété entre capitalistes et Lumières, les Révolutionnaires *juxtaposeront* les droits moraux en regard de droits patrimoniaux

³¹⁰⁹ Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit., p. 52 ; pp. 55-56.

³¹¹⁰ *Ibid.*, pp. 52-53.

déjà identifiés au lieu de reconnaître leur unité et de proclamer leur égale inaccessibilité, comme le reconnaît le droit allemand actuel.

John Locke, en plus de ne pas appréhender correctement la relation d'un auteur à son oeuvre, réduit la création à une activité purement physique, autrement dit à un simple *travail*, évitant ainsi de traiter de l'épineuse question de l'originalité d'une oeuvre, autrement dit du rapport qu'elle entretient d'une part avec la tradition, d'autre part avec la personnalité de son auteur. C'est ainsi que le *copyright* s'avère fondé sur une vision dualiste des plus triviales, et sur une réduction de la réalité l'amenant à négliger totalement le caractère spécifique de l'acte créateur, dont l'anthropologie atteste qu'il a pourtant créé l'homme dans son humanité même...

Le processus de construction collective de l'identité est souvent présenté comme condition de la reconnaissance sociale de la figure de l'auteur et donc comme une condition de l'accession du droit d'auteur à la positivité : or l'émergence d'une revendication sociale ne se traduit pas toujours par l'acquisition d'un droit positif ; par ailleurs, les conditions subjectives à l'origine d'un droit peuvent perdre de leur influence au sein de la société, voire disparaître, et le droit positif qui en est issu leur survit rarement. Ainsi pourrait-il en être de l'individualisation, condition de l'émergence de la figure de l'auteur et du droit spécifique qui lui est actuellement reconnu. La plupart des spécialistes de l'histoire du droit d'auteur parcourent l'Histoire comme le récit d'une émergence progressive et presque linéaire de cette figure de l'Antiquité à nos jours, avec, parfois, une parenthèse entre la fin de l'empire romain et le XII^e siècle³¹¹¹. Pourtant, ce n'est pas au XII^e siècle qu'il faut faire remonter l'individualisation en Occident et la reconnaissance sociale du statut d'auteur qu'elle conditionne, mais à l'Antiquité romaine, pour autant que l'on ne porte pas son regard sur les arts graphiques (ou représentatifs), mais sur le domaine littéraire. En effet, les auteurs romains remplissent déjà toutes les conditions requises : le nom distinctif – plus généralement l'identité –, la signature, la faculté reconnue par la société civile d'apposer sa marque sur une oeuvre (grâce au sceau et au style), ainsi que l'endossement d'une responsabilité pour ses propres actes. Dans le domaine littéraire, s'ajoute même à la *persona* romaine, qui fonde la responsabilité juridique et personnelle du citoyen, la responsabilité de celui qui écrit, le *je* de l'historien ou du philosophe qui s'exprime en qualité de témoin, comme avec Hérodote, ou de garant du sens, comme chez Platon³¹¹². Que l'individualité, sous les coups de butoir des invasions barbares, se soit évanouie dès le III^e siècle de notre ère pour ne réapparaître que dix siècles plus tard ne fait toutefois aucun doute, et nous apprend que l'individualisation n'est pas un phénomène irréversible.

³¹¹¹ Notamment par Françoise CHAUDENSON, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, op. cit., pp. 21 ss ; [D] VIALA, *La Naissance de l'écrivain* et Laurent PFISTER, *Mort et transfiguration du droit d'auteur* [a], op. cit., p. 7.

³¹¹² Antoine COMPAGNON, *Qu'est-ce qu'un auteur ?*, op. cit., cours 4 (« Généalogie de l'autorité »), chap. « Grèce ancienne ».

Mais si l'individualisation s'avère condition de l'accession à la positivité du droit d'auteur, elle n'en marque pas la raison première : l'auteur est protégé, il ne faut pas l'oublier, en raison même de son rôle dans l'élaboration de l'œuvre, et ce dès les premières peintures rupestres du Paléolithique. Le courant de la « mort de l'auteur » n'enlève ainsi rien à la nécessité du droit d'auteur. À ce titre, une revue des fondements de la protection du droit d'auteur invoqués au cours de l'Histoire permet de montrer en quoi l'ancrage personnaliste, une fois dépouillé des lectures psychologiques que certains ont pu développer, semble le plus pertinent ; au demeurant, il inspire et reprend plusieurs fondements récemment défendus par la doctrine, tels que la publicité du discours ou certains droits fondamentaux. Le présent travail propose toutefois d'adopter un fondement qui, d'inspiration ouvertement personnaliste, repose davantage sur l'auteur compris comme producteur de ses œuvres que comme figure sociale : il s'agit de *la création humaine*, appréhendée dans sa nature même, en tant que facteur de l'humanité qui nous habite, telle que la mise en perspective artistique la présente.

Artistique

Le droit d'auteur actuel trahit un profond dysfonctionnement, essentiellement dû à sa complaisance extrême pour l'industrie, aux dépens des auteurs. En France par exemple, il accueille pêle-mêle dans le périmètre de protection les photographies satellitaires, les boulons, les paniers à salade en plastique (qui plus est *en raison même de leur matière...*), les petites culottes et les logiciels, à faire douter que ces œuvres répondent toutes aux deux conditions d'originalité et de forme posées par la jurisprudence, ou qu'elles appartiennent au « domaine littéraire, scientifique et artistique »³¹¹³, sauf à faire mentir le dictionnaire. D'autres incohérences, dont la moindre ne fut certes pas le refus de la protection à une photographie de paysage au prétexte qu'elle reprenait la construction des Maîtres du XVIII^e siècle, viennent compléter le tableau et imposent une relecture des critères de protection actuels. Il semble indiqué pour ce faire de partir des œuvres artistiques et littéraires, les premières à avoir été protégées, pour en exprimer les principes de protection avant de considérer jusqu'où pouvoir étendre la protection : il semble en effet de nos jours exclu de restreindre le champ du droit d'auteur aux seules œuvres artistiques et littéraires, ce qui reviendrait du reste à protéger les œuvres en fonction de leur *genre*.

L'analyse du phénomène créatif permet de dégager une caractéristique qui s'étend jusqu'aux œuvres scientifiques, telles que les travaux de recherche : celle de la *transformation* de l'auteur par son œuvre dans le même temps qu'il l'élabore. Le choix de ce critère fondateur est essentiel à plus d'un titre. Ainsi, c'est la difficulté éprouvée par le législateur à trouver un critère de distinction objectif entre la *production artistique* à proprement parler et celle des *arts appliqués* qui serait à l'origine de la thèse de l'unité de l'art : une affiche pouvait fort bien présenter d'indéniables qualités esthétiques, quelque soit sa finalité. Esthétiques : si le champ du droit d'auteur a pu

³¹¹³ Convention de Berne, art. 2 al. 1.

s'étendre très au-delà du corpus des œuvres littéraires et artistiques, c'est précisément en raison de la conception étriquée – autrement dit *esthétisante* – de l'art que l'on avait à l'époque. C'est la thèse de l'unité de l'art qui permet en effet aux entreprises de capter à leur profit la protection théoriquement accordée aux auteurs. Paradoxalement, une telle thèse n'aurait pu s'imposer si l'on avait eu une idée de l'art plus élevée, ou, mieux : *fondatrice*, comme la notion de *transformation de l'auteur à mesure de l'élaboration de l'œuvre* le laisse deviner. Cette thèse de l'unité de l'art, qui s'oppose à celle de son autonomie, ici défendue, suppose que l'on s'abstienne d'exclure une œuvre de la protection en raison de son *genre*, de son *mérite* ou de sa *destination*. Si la lutte contre la censure – en parfaite cohérence avec la thèse de l'autonomie de l'art – justifie que l'on ne juge pas une œuvre en fonction de son mérite ou même de son genre, il en est tout autrement du critère de la destination. Le critère de la destination introduit en effet un facteur qui ruine à la fois l'autonomie de l'art et le critère de la liberté de l'auteur dans l'exécution de son œuvre, puisque le droit d'auteur s'autorise ainsi à protéger des productions dont l'élaboration peut être *contrainte* par leur fonction ou par le programme de l'investisseur, lorsque la destination ultime de l'œuvre consiste à maximiser son profit. Or, à l'exception sans doute d'Agnès Tricoire, très rares semblent être les auteurs qui perçoivent une différence fondamentale entre le critère de la destination et les autres critères défendus par la thèse de l'unité de l'art. C'est pourtant ce qui apparaît dès que l'on se soucie de trouver un critère capable de justifier l'autonomie de l'art – la notion de fiction pour Agnès Tricoire.

Nombreux sont en revanche les travaux qui, ces dernières années, ont porté la réflexion sur la notion d'œuvre en critiquant l'opposition classique entre forme et idée pour tâcher d'inclure les installations de l'« art conceptuel » dans le périmètre de protection du droit d'auteur. Il est principalement question de savoir si l'œuvre doit se définir dans son rapport à l'auteur, de manière immanente ou en regard de sa réception par le public. Dans cet équilibre, la plupart des auteurs négligent au moins l'un de ces trois pôles. Se détournant de l'auteur ou du processus créatif, ils perdent de vue la perspective selon laquelle c'est la nature très particulière du lien entre l'auteur et son œuvre qui justifie la protection ; négligeant l'œuvre, ils oublient que conception et élaboration de l'œuvre s'influencent mutuellement et procèdent du même acte de création engageant l'être tout entier, dans la mesure où il dévoile et transforme toujours – peu ou prou – tant l'auteur que son projet initial à travers la « plongée dans l'indifférencié » ; oubliant le public enfin, ils perdent de vue que lui seul dévoile l'ontologique polysémie de l'œuvre, dès lors que l'auteur n'est jamais conscient de l'ensemble de ses interprétations possibles, en quoi elle le dépasse. Et si l'œuvre peut *dépasser* son auteur, c'est en raison de l'ouverture du *moi* sur le *soi* qu'initie cette plongée. À chacun des trois éléments de l'équation correspond un type particulier d'idée ; le fil de la création est ainsi fait de trois états *discontinus*, conséquence directe de la plongée dans l'indifférencié, auxquels l'œuvre et le *soi* apportent, chacun à sa manière, l'élément nécessaire de cohérence. Alors que l'œuvre relie le *projet initial* de l'auteur à son *résultat matériel* et aux *interprétations* qui peuvent en être faites, le *soi* relie le *moi* à son *ouverture intérieure* sur le monde par l'expérience de la « plongée

dans l'indifférencié » et l'*écho* universel que l'œuvre en résultant trouve au plus intime de chaque spectateur. Le *soi* doit alors être compris comme une manifestation du Tiers Caché.

Il s'avère essentiel d'interroger la notion même de création sous l'angle phénoménologique afin d'éviter le piège de ces constructions théoriques qui la perçoivent comme un processus purement intellectuel, ce qu'elle n'est assurément pas. Deux constatations fondamentales ont guidé l'analyse de l'œuvre développée dans le cadre de cette thèse : la création est un *mystère*, y compris et peut-être surtout pour l'auteur, et toute analyse qui l'oublierait se condamne à s'éloigner de la réalité perçue par les auteurs ; sa dimension mystérieuse, qui ne doit pas masquer par un poncif de complaisantes imprécisions, tient à ce que la création concerne l'auteur *tout entier* : en faire une pure activité mentale comme le voudraient les tenants de l'AC tronque singulièrement sa richesse et modifie sa nature plus qu'elle ne l'épure. Faire de l'art et de la création en général une activité intellectuelle condamne à confondre entre *œuvre*, d'une part, et *travail*, voire *information*, d'autre part. Cette confusion dénote parfois un refus de prendre en charge la condition humaine et sa dimension incarnée. N'en déplaise à l'AC, nous *sommes* notre corps – du moins dans la perspective du *moi* et de la conscience immédiate dont il est le siège –, si bien que la création doit nécessairement l'intégrer ou se condamne à n'être qu'une activité sans plongée dans l'indifférencié, ne permettant donc à « l'auteur » ni de se transformer, ni de se révéler en profondeur.

Tout comme la connaissance, l'expérience créatrice est un acte intentionnel ; elle est à ce titre incontournable pour qui envisage « d'éprouver, de ressentir ou de faire l'expérience du monde »³¹¹⁴. Comme l'affirme Jacques Gastinel, « la principale spécificité de l'être humain est de porter à la forme sa relation au monde »³¹¹⁵ ; il est même possible d'entrevoir que l'art ayant fait l'homme³¹¹⁶, il constitue le moyen privilégié de renouer avec le « senti-cru-pensé » indifférencié de nos origines dont il nous a émancipé, nous permettant d'évoluer et d'accéder peu à peu à la conscience réflexive. À présent, la pratique de l'art et de toute forme de création nous permet en retour d'habiter notre espace intime en nous offrant la possibilité de rejoindre notre être complet et fondamentalement indéterminable. En fin de compte, pour reprendre l'expression de Michel Terestchenko, la créativité est une forme de « présence à soi »³¹¹⁷, *soit qu'elle y conduise* – et cela assoit son effet thérapeutique –, *soit qu'elle l'atteste*. Dans la réalité, il y a toujours des deux, puisque le processus créateur nous transforme en même temps qu'il transforme la matière en œuvre. La créativité, en tant qu'expression de la personnalité, est à ce titre l'un des effets les plus spectaculaires de la transcendance et de la liberté fondamentale de la personne humaine. C'est en grande

³¹¹⁴ Chantal DESCHAMPS, *Le Chaos créateur*, op. cit., p. 52.

³¹¹⁵ Conversation avec l'artiste dans son atelier, le 31.03.2013

³¹¹⁶ Jean-Paul JOUARY, *Préhistoire de la beauté – Et l'art créa l'homme*, op. cit.

³¹¹⁷ Michel TERESTCHENKO, *Un si fragile vernis d'humanité*, op. cit.

partie pour ces raisons qu'il est extrêmement dangereux de soumettre l'expérience créatrice aux seules prérogatives économiques : cela reviendrait à soumettre une des principales voies de l'apprentissage de soi et du monde au profit marchand, marquant par là l'« encastrement » suprême de la société civile par le capitalisme. Au stade où nous en sommes du renforcement de la propriété intellectuelle, ce qui est en jeu ne se réduit pas seulement à la possibilité de vivre de son activité d'auteur, mais s'étend à celle d'assimiler les œuvres de ses prédécesseurs et de se les approprier – en particulier par transposition – sans crainte d'un procès.

La mise en perspective historico-juridique a montré que l'apparition de la *figure* de l'auteur était liée aux progrès de l'individualisation en Occident, et que par conséquent l'approche qui justifiait le mieux la protection de l'auteur à travers l'Histoire était de nature personnaliste ; elle nous a permis de vérifier que cette protection s'étendait dès les premières formalisations légales à l'ensemble des œuvres littéraires et artistiques plutôt qu'aux seules œuvres présentant un caractère esthétique, sans toutefois se confondre avec tout artefact humain. L'examen phénoménologique du processus créatif confirme à sa manière la thèse personnaliste, en insistant sur le rôle que l'auteur joue en tant que *facteur* d'œuvres, fonction combien plus essentielle que sa *figure*. Ce rôle fondamental de l'auteur préexiste de beaucoup à l'apparition de l'individualisation mais n'*engage* pas moins la *personne* tout entière de l'auteur dès les premiers débuts de l'Histoire.

La perspective artistique autorise un pas de plus, à travers l'examen des trois conditions de la protection que sont la liberté d'exécution dont jouit l'auteur, l'originalité de l'œuvre et sa mise en forme. En considération de la première, la *création* s'achève – et la protection du droit d'auteur le devrait elle aussi – là où commence un *travail* au résultat encadré par un programme et obtenu par la mise en œuvre d'une méthode ou d'instructions précises alliées à un simple savoir-faire ; elle permet d'exclure de la protection les productions utilitaires dont le processus d'élaboration a été contraint par le projet initial ou la fonction de l'objet, refusant toute véritable liberté d'exécution à l'intervenant. Il est tout d'abord proposé de distinguer radicalement toute assimilation de l'*originalité* à la *nouveauté*. L'originalité est de nature subjective, là où la nouveauté, d'une nature objective et technique, néglige le rapport particulier existant entre l'œuvre et son auteur. Il faut admettre que cette confusion repose sur l'ambiguïté de la notion même d'originalité, qui oscille entre *authenticité* (tiré de son propre fonds) et *nouveauté* (idée de « jamais vu »). Nombreux sont les réflexes qui assimilent l'originalité à la nouveauté : de la recherche d'antériorité à l'absence de banalité, serait original ce qui est sans équivalent, qui *ajoute* quelque chose au *corpus* des œuvres existantes. Nombreux sont les doctrinaires et les juges qui en arrivent ainsi tôt ou tard à donner un tour objectif à l'originalité. Or les thèses *objectives* de l'originalité se condamnent à confondre originalité et forme, la première se déduisant nécessairement de la seconde ; en d'autres termes, l'originalité se traduit alors par une *forme nouvelle*. C'est afin d'insister sur le caractère *nécessairement subjectif* du critère de l'originalité et pour éviter les conséquences de l'ambiguïté sémantique qui affecte la notion qu'il est proposé d'adopter la notion

d'« authenticité » en lieu et place de la classique « originalité » à titre de condition de protection. Les deux critères s'avèrent alors complémentaires à plus d'un titre : l'approche *subjective* de l'authenticité ici défendue répond utilement au caractère nécessairement *objectif* de la forme, fondé sur l'analyse des structures propres aux modes d'expression ; alors que l'*authenticité* repose sur la nature du processus créatif et la *transformation intérieure de l'auteur* qu'il opère, le critère de la forme porte sur son *résultat matériel*, autrement dit sur l'œuvre. On retrouve ainsi les deux sens principaux du terme ambigu de « création » (à la fois *action de créer* et *résultat*), relayés par les deux sens principaux de la notion d'« originalité » (à la fois « tiré de son propre fonds » – en lien à l'auteur – et « nouveauté » – en référence à l'œuvre).

Selon certains auteurs, dont font partie Ivan Cherpillod³¹¹⁸, Agnès Tricoire³¹¹⁹, Julien Cabay³¹²⁰ et Philippe Le Tourneau³¹²¹, la distinction forme / idées n'aurait plus de sens et ne permettrait pas d'établir la limite entre les idées « de libre parcours » et les œuvres protégées, une forme véhiculant nécessairement une idée et une idée ne pouvant se transmettre – donc exister pour les tiers – que par une forme. Ils proposent donc d'oublier le critère de la forme, et sont épaulés dans leur démarche par les tenants de l'AC et de l'industrie. Les premiers ont en vue de protéger des installations réduites à leur plus simple expression formelle, au point qu'elles se présentent comme l'*illustration d'une idée* davantage que comme l'*expression d'une personnalité*, leur apport, du fait même de leur pauvreté d'exécution, ne pouvant se comprendre qu'étendu à la série des œuvres reprenant le même concept formel³¹²². L'industrie, elle, veut, par la théorie de l'unité de l'art, protéger les « productions immatérielles » du monde des affaires dans le sillage de la protection accordée aux auteurs, confondant au passage *œuvres* et simples *informations* et plaçant grâce au monopole conféré la *connaissance* sous contrôle.

Le critère de la forme et la prise en compte de la plongée dans l'indifférencié permettent toutefois de dégager trois types d'« idées » en œuvre dans le processus créatif : le « projet initial », qui reste par définition inexprimé ; l'« idée de l'œuvre », inextricablement liée à sa forme ; les représentations personnelles que chacun se fait d'une œuvre à partir des multiples impressions qu'elle lui évoque et qui lui appartiennent en propre. Il est souvent fait état d'un seul type d'idées qui permettrait de considérer l'œuvre et les interprétations que le public en tire comme entièrement définies par le projet initial. Or l'expérience semble récuser cette vision, au profit d'une « plongée dans l'indifférencié » qui induit une *rupture*, une *discontinuité* entre ces trois étapes et justifie la présence de trois types d'idées au lieu d'un seul. De ces trois types d'idées seul le deuxième correspond à l'idée dont parlent ces auteurs et se

³¹¹⁸ Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit.

³¹¹⁹ Agnès TRICOIRE, *Petit Traité de la liberté de création*, op. cit.

³¹²⁰ Julien CABAY, « *Ce sont les regardeurs qui font les tableaux* » [a], op. cit.

³¹²¹ Philippe LE TOURNEAU, *Folles idées sur les idées* [a], op. cit.

³¹²² Ainsi, la série des *One and Three* de Joseph Kossuth.

trouve inclus dans la protection accordée. Les deux autres ne peuvent en aucun cas prétendre être identifiés à une forme, soit *par définition* pour le premier, de l'aveu même d'Ivan Cherpillod, soit en raison de l'« ontologique polysémie » des œuvres de fiction qu'Agnès Tricoire défend avec force à travers le principe de l'autonomie de l'art et que les Romantiques allemands du cercle d'Iéna ont affirmé avant elle.

Deux limites de la protection permettent de préciser le périmètre à protéger : en amont de l'œuvre, sur le parcours de sa mise en forme, en sont exclus les moyens d'expression dont la structure est trop élémentaire pour permettre la *transmission* de ce que l'auteur porte en lui et cherche à exprimer³¹²³ ; en aval de l'œuvre, les extrapolations développées par le public lui appartiennent dès lors qu'elles dépassent le cadre formel de l'œuvre : ce sera par exemple la suite d'une œuvre connue, ou la réinterprétation d'un de ses thèmes majeurs. Admettre la protection de l'idée portée par l'œuvre en tant qu'inextricablement liée à sa forme permet d'échapper aux écueils d'une protection trop rigide, focalisée à l'excès sur une forme arrêtée, qui dessert l'auteur, augmente pour tous l'incertitude juridique et ne fait pas porter la protection accordée sur ce que l'auteur *transmet* par son œuvre. Ainsi deux phrases de même sens et de même structure sont-elles déjà comprises dans la même protection, l'usage de synonymes ne changeant rien à l'essentiel exprimé par la première : il faut y voir le signe que la protection ne porte pas seulement sur la forme, mais sur ce qu'elle porte (sa « forme intérieure ») et dont elle est l'indice. L'approche ici défendue permet en outre de mieux justifier l'exclusion des *processus* et des *règles de production* des œuvres, dont la protection relève du droit des brevets, et de ne pas y voir une exception au principe de protection des idées contenues dans l'œuvre comme Ivan Cherpillod semble gêné de l'admettre à la fin de sa thèse³¹²⁴. La reconnaissance du rôle capital que la plongée dans l'indifférencié joue dans le processus créatif ; l'impossibilité d'établir une parenté rationnelle et immédiate entre le projet initial de l'auteur et l'idée portée par l'œuvre, ou entre cette dernière et ses multiples interprétations possibles ; la distinction des trois types d'idées intéressant le droit d'auteur qui s'ensuit ; l'attention portée aux deux processus d'abstraction situés en amont et en aval de l'œuvre formalisée, tout cela permet de défendre de concert la thèse personnaliste, la revendication d'une protection de certaines idées à travers celle de la forme et le maintien – moyennant précision – de la distinction classique entre forme et idées.

L'analyse des deux principales conditions de protection que sont l'authenticité et la forme montre les incertitudes juridiques auxquelles conduit actuellement leur examen judiciaire, accentué par une déficience de la loi en matière de définitions qui livre les juges à eux-mêmes et les retrouve, dans leurs syllogismes, à la fois maîtres de la

³¹²³ Forme et originalité sont liées (Julien CABAY, « *Ce sont les regardeurs qui font les tableaux* », op. cit., n°44, p. 55) ; encore faut-il savoir si c'est eu égard au fait que la complexité de la forme est gage de nouveauté (l'originalité objective) ou si, comme je le défends, parce qu'elle seule permet la transmission d'un fonds.

³¹²⁴ Ivan CHERPILLOD, *L'Objet du droit d'auteur*, op. cit., p. 183

majeure et de la subsomption. Je propose donc de formaliser davantage l'examen judiciaire en matière de contrefaçon, afin de le rendre plus prévisible tout en défendant mieux les besoins du processus créatif. La nature des preuves requises variera selon que l'auteur est demandeur ou défendeur dans le procès pour contrefaçon qui l'opposera aux tiers, de façon à prendre en compte le fait qu'un litige pour contrefaçon oppose toujours deux auteurs, et qu'avantager indûment une partie revient à affaiblir la position de tous les auteurs.

Avec l'authenticité, c'est le processus créatif qui se trouve au cœur de la question de la preuve. Il convient de revoir le fardeau de la preuve en obligeant le plaignant à rendre au moins *vraisemblable* l'authenticité de son œuvre, ainsi que l'absence d'authenticité de l'œuvre dont il invoque la contrefaçon. La vraisemblance de l'authenticité de sa propre œuvre se fondera sur des critères subjectifs qu'il est seul à pouvoir fournir ; en exposant par exemple le parcours de son travail d'assimilation et les circonstances ou les approches qui l'ont motivé, comme l'ont fait par exemple, avec un bonheur certain, Hélène Maurel-Indart³¹²⁵, Michel Terestchenko³¹²⁶, Éric-Emmanuel Schmitt³¹²⁷ ou Paul Amselek³¹²⁸. La vraisemblance de l'absence d'originalité de l'œuvre accusée de contrefaçon se fera par le biais d'un examen de similitude. L'examen de similitude répond davantage à la logique excluante et objectifiante du *copyright*, dans la mesure où il protège la *nouveauté*, qu'à celle du droit d'auteur, qui entend protéger l'originalité – entendue dans le sens d'*authenticité* ; il avantage toujours l'auteur de l'œuvre de référence, puisqu'il tend à considérer toute ressemblance avec celle-ci comme un indice de plagiat, alors qu'elle peut résulter d'un emprunt parallèle à un patrimoine commun ou relever d'un style partagé par la plupart des auteurs d'une époque. C'est pour cela qu'il est essentiel de considérer que l'examen de similitude ne peut jamais parvenir à établir la *preuve* d'une contrefaçon, mais au mieux sa *vraisemblance*. Sous l'angle de l'authenticité, les différences doivent peser *d'avantage* que les similitudes, en raison du phénomène des *créations parallèles* ; c'est pourquoi seule l'analyse des différences permet d'administrer la preuve en matière d'authenticité.

Concernant le critère de la forme, j'ai montré en quoi ce n'est pas tant la forme externe et fixe de l'œuvre qui est protégée que sa *forme intérieure* (à distinguer de la « forme interne » chez Philippe Gaudrat) : le fait que la pratique du « démarquage » soit considérée comme une contrefaçon le prouve assez. Cela ne remet pas en cause la distinction classique forme / idées, mais enrichit plutôt la notion de forme. La protection de la forme sous l'angle des moyens d'expression, à travers le *processus d'abstraction dégressif*, voit l'auteur partir d'éléments généraux et universels pour les personnaliser par leur mise en relation toujours plus structurée au fur et à mesure que l'œuvre s'élabore. Il ne reste qu'à déterminer la seconde frontière du périmètre de

³¹²⁵ Hélène MAUREL-INDART, *Itinéraire d'une recherche en littérature*, op. cit.

³¹²⁶ Michel TERESTCHENKO, *Bref retour sur un parcours de pensée* [a], op. cit.

³¹²⁷ Éric-Emmanuel SCHMITT, journal de *La Part de l'autre*, op. cit.

³¹²⁸ Paul AMSELEK, *Itinéraire* [a], op. cit.

protection. Elle est donnée par le *processus d'abstraction progressif*, par lequel le public interprète l'œuvre et se l'approprie.

Si l'on place le débat sous l'angle éthique, l'enjeu du droit d'auteur grandit au point de porter sur la reconnaissance de ce qui nous fait *humains*. Placer sur le même rang modes d'emploi techniques ou programmes d'ordinateurs et œuvres de fiction, c'est se condamner à perdre de vue Qui nous sommes ; c'est réduire la création à la transmission d'une *information*, ou à un simple *travail* intellectuel dont le mérite se juge au temps passé pour le mener à bien – le type d'évaluation de la valeur que le capitalisme a développé pour l'homme. L'élargissement outrancier du cercle des biens protégés, illustré par le passage sémantique d'« œuvre » à « bien intellectuel », commande en réaction d'exclure *a minima* de la protection les textes et autres travaux techniques dont la soumission au propos initial ne permet ni de prétendre à la liberté d'exécution nécessaire, ni d'atteindre une structure interne à même de *transmettre* une réelle *intention personnelle*. Au nom de quoi un mode d'emploi répond-il à la définition d'œuvre et bénéficie-t-il d'une *protection de même nature* que celle accordée à un roman ? Ces productions d'inspiration technique, limitées à l'*information* qu'elles contiennent, souvent étroitement reprises de diverses sources croisées et qui s'avèrent le produit d'un simple *travail*, peuvent-elles raisonnablement justifier la mutation radicale d'un droit adapté aux « créations de l'esprit » et non à l'ensemble de ses *productions* ? Certes, ces travaux peuvent dès à présent se voir refuser toute protection à défaut de pouvoir justifier d'une originalité suffisante ; mais le système actuel ne nourrit-il pas ainsi une incertitude juridique inacceptable en permettant que fleurissent à tout va sur de telles productions les marques de revendication de paternité dont les entreprises sont friandes ? Il en va de la cohérence de la protection accordée par la propriété intellectuelle, appelée à se partager – pour le domaine qui nous intéresse – entre le droit d'auteur, le droit des brevets et le droit des dessins et modèles industriels, sans ignorer l'existence du droit de la concurrence et de la jurisprudence développée en matière de parasitisme.

Les réformes proposées

Outre une interprétation stricte de l'originalité en tant que synonyme d'authenticité et les propositions formulées à propos de la gestion de la preuve en matière d'authenticité et de forme, un certain nombre de propositions concrètes ressortissent des développements qui précèdent.

Renforcement de la position de l'auteur

À l'origine, les droits accordés à l'auteur l'ont été avant tout en vue de le protéger des intermédiaires – plus précisément de son imprimeur et des concurrents contrefacteurs de ce dernier – et non du public. Or la solution dualiste retenue par le législateur révolutionnaire livre de nouveau l'auteur à ces mêmes intermédiaires par lesquels il est obligé de passer et qui prennent actuellement les apparences des acteurs économiques que sont les éditeurs, commanditaires, diffuseurs, producteurs, employeurs... Cette

capture se fait toujours en raison de la nécessité où l'auteur se trouve de faire appel à eux pour produire ou diffuser son œuvre. La solution du législateur provient en premier lieu d'un héritage historique, le droit d'auteur s'étant construit sous la royauté dans le sillage des monopoles accordés aux éditeurs. Il s'agissait donc de droits exclusivement patrimoniaux ; il faut attendre la deuxième loi révolutionnaire, celle de janvier 1791, pour voir consacré le droit moral des auteurs, mais comme une « surcouché » ; cet héritage historique malheureux occulte un fait pourtant capital, à savoir la justification même du droit accordé, qui est de nature personnaliste non seulement pour les aspects moraux, mais aussi patrimoniaux. C'est en effet le lien particulier de l'auteur à son œuvre qui justifie dans les pays de droit d'auteur *l'ensemble* des droits accordés aux auteurs et leur position de *propriétaires originaires* de l'œuvre. Or le dualisme du droit d'auteur français tient à son double fondement, les droits moraux étant rattachés aux droits de la personnalité alors que les droits patrimoniaux, uniquement fondés sur la loi sur le droit d'auteur, sont assimilés à un droit de propriété, voire à un monopole.

L'Histoire montre que la seule façon de protéger efficacement l'auteur passe par la reconnaissance de l'incessibilité des droits patrimoniaux, hormis pour cause de mort. Faute de cela, tout renforcement des droits propres à l'auteur finit par renforcer les intermédiaires. Les auteurs, tout au long du XIX^e siècle, n'ont du reste cessé de se demander comment le renforcement du droit d'auteur échouait à leur donner satisfaction et finissait par servir des intérêts fort différents de ceux initialement visés. Cette incessibilité assurerait la position incontournable de l'auteur sans empêcher pour autant la commercialisation de ses œuvres, et donc sans lui ôter la possibilité d'en vivre. Prétendre le contraire reviendrait à contraindre le propriétaire d'un terrain à céder sa propriété – ne fût-ce qu'à titre fiduciaire – en faveur de son architecte pour pouvoir espérer se faire construire une maison... Du reste, l'Allemagne, sans doute sous l'influence d'Immanuel Kant pour qui les intermédiaires du livre *ne peuvent pas être propriétaires* du contenu de l'œuvre, a adopté, elle, une position *personnaliste moniste*, laquelle veut que l'ensemble des droits d'auteur relèvent des droits de la personnalité et se voient reconnaître un caractère incessible. En Suisse, le droit moral n'est plus directement rattaché aux droits de la personnalité (art. 27 et 28 CC), comme il l'est encore en France. L'incessibilité du droit moral est dès lors modulée en fonction des circonstances, comme le sont du reste les droits de la personnalité eux-mêmes³¹²⁹.

La possibilité de céder ses droits patrimoniaux, si elle fut présentée en son temps – et l'est encore trop souvent – comme un avantage reconnu à l'auteur, le dessert dans les faits en plus d'ignorer, comme il vient d'être dit, la nature immatérielle justifiant les droits – y compris patrimoniaux – conférés. La *capture* de ce droit par les intermédiaires tient avant tout au caractère cessible des droits patrimoniaux, alors même que cette cession, même pour un type d'œuvre hautement reproductible comme

³¹²⁹ François DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, op. cit., p. 601 ss ; pour une stricte incessibilité : Denis BARRELET, Willi EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur*, op. cit., p. 44, n°7, ad art. 9 LDA, se référant à l'art. 6^{bis} CB, bien qu'ils admettent une *utilisation* possible du droit moral par les tiers.

le texte littéraire, n'est pas nécessaire pour garantir la sécurité des rapports entre auteurs et éditeurs. Le système actuel a par contre fait ses preuves en faveur des intermédiaires. Lorsque la cession des droits patrimoniaux est possible, les intermédiaires l'*exigent* uniment des auteurs désireux de se faire connaître, qui n'ont dès lors pas d'autre choix que de s'exécuter. Réputés incontournables pour assurer la distribution, la publicité et les ventes, ils imposent alors leurs conditions, fort désavantageuses pour les auteurs. Nombreux sont les jeunes auteurs qui pâtissent de ce système, alors qu'ils comptent parmi ceux qui ont le plus besoin d'être confirmés dans leur voie.

Si la loi venait au contraire à proclamer l'incessibilité des droits patrimoniaux, l'écrivain déçu de son éditeur ou le musicien de son producteur pourrait – même en cas de contrat d'exclusivité – valablement contracter avec un de leurs concurrents, puisqu'il serait toujours titulaire des droits sur son œuvre. Pendant le temps de la procédure, il pourrait de ce fait – sauf à perdre sur mesures provisionnelles – voir son œuvre distribuée dans de bonnes conditions et toucher les droits qui lui reviennent sur les ventes, ce qui lui assurerait le financement du procès que l'intermédiaire évincé pourrait lui intenter. L'auteur se trouve alors dans une position beaucoup plus forte, sans pour autant que la loi livre les intermédiaires à ses caprices. On peut même imaginer que l'auteur, si sa notoriété le lui permet ou si l'actualité de l'ouvrage le justifie, puisse se faire promettre par son nouveau partenaire la couverture financière de ses frais de justice dans l'éventualité d'un procès intenté par le premier éditeur. C'est ainsi que l'on s'aperçoit du caractère stratégique qu'emporte l'incessibilité de ses droits patrimoniaux pour l'auteur.

Restriction de la protection

Parallèlement au renforcement important de l'auteur face aux intermédiaires du marché, il importe de restreindre la portée de la protection accordée. La première amélioration du système qui semble s'imposer consiste en une restriction du champ de protection. Cette restriction est en particulier la conséquence de l'exclusion d'office de la protection des œuvres dont la destination utilitaire ou essentiellement mercantile conditionne l'élaboration. Cette rectification de la théorie de l'unité de l'art devrait être renforcée par l'exigence d'une libre exécution de l'œuvre. De plus, afin de protéger la création par appropriation, ces mesures devraient s'accompagner d'une limitation de la protection au seul « usage premier » de l'œuvre, autrement dit d'une compréhension restreinte de la notion d'œuvre dérivée. Protéger l'auteur ne revient pas à le protéger de toutes les utilisations possibles de son œuvre, dès le moment où il l'a divulguée au public. Ainsi la protection devrait-elle limitée à l'« usage premier » de l'œuvre, c'est-à-dire à l'usage principal qui est le sien : s'il est par exemple souhaitable de protéger les plans d'architecte par le droit d'auteur en empêchant la construction d'autres bâtiments similaires sans son accord, il n'est pas admissible pour autant qu'un architecte puisse interdire en vertu de son droit d'auteur les photographies de ses œuvres, *a fortiori* lorsque celles-ci sont visibles depuis le domaine public. La protection accordée à l'architecte doit se limiter au domaine de l'architecture, là où il

peut subir un dommage affectant son activité future. Certes, cette limitation de la propriété intellectuelle donne à croire qu'elle ne protège que les rapports déloyaux de concurrence plus que le lien personnel rattachant l'œuvre à son auteur. Mais une telle limitation ne se justifie-t-elle pas somme toute par l'ambition même du droit d'auteur, qui, dans le domaine patrimonial, est de permettre à l'auteur de vivre de sa création, non de maximiser ses profits ou d'alimenter un marché contraignant ? La limitation de la protection à l'« usage premier » de l'œuvre désenclave l'œuvre de la machinerie commerciale qui l'accompagne parfois : ainsi un film n'a pas à être l'occasion d'une maximisation des profits en devenant la vitrine des « produits dérivés » qu'il peut susciter. Lorsque le scénario d'un film comme *Jurassic Park* se contente de devenir le support destiné à assurer la promotion de gadgets, on peut se demander s'il s'agit encore d'une œuvre dès lors que sa structure a été largement conditionnée par le profit attendu des « produits dérivés » : la production faillit alors à remplir la condition de liberté d'exécution.

Les exceptions au droit d'auteur ne doivent par ailleurs plus être interprétées restrictivement, mais comme des droits dans la mesure où le droit d'auteur constitue lui-même une exception au principe de libre circulation des idées. Ces droits doivent cependant être précisés, de manière à éviter certains excès, en particulier sur l'Internet. De même que la personne humaine doit à la fois sa richesse à son propre fonds, mais que celui-ci ne lui est révélé que par le regard de l'Autre, de même les inspirations de l'auteur ne lui viennent-elles pas seulement de son propre fonds mais lui parviennent par une culture collective dont il doit pouvoir s'inspirer. La copie privée doit être pleinement reconnue pour ce qu'elle est : un droit, qu'aucun procédé de protection anti-copie ne devrait pouvoir restreindre. Les DRM ou des procédés comme le « zonage » des œuvres audiovisuelles n'ont pas à être protégés par le droit, ils doivent au contraire pouvoir être contournés lorsque le droit à la copie privée le justifie. Ainsi en est-il par exemple en cas de copie de l'œuvre d'un format à un autre en fonction des tribulations programmées des « progrès » techniques en matière d'électronique grand public.

Pluralité des régimes de protection

Vu le besoin actuel de ne pas limiter la protection aux seules œuvres artistiques et littéraires, et afin d'éviter d'abaisser pour toutes l'exigence d'originalité pour pouvoir inclure les autres œuvres dans le périmètre protégé, il semble nécessaire de construire une typologie de régimes de protection : un simple article publié dans une revue scientifique peut-il prétendre au même type d'implication de l'auteur qu'un roman, même s'il est possible de *fabriquer* des romans selon des méthodes éprouvées afin d'en faire des « *blockbusters* » ? L'interdiction de juger une œuvre selon son mérite doit aboutir au traitement similaire des œuvres d'un même type, les plus authentiques d'entre elles justifiant la protection accordée aux autres. Mais prétendre que toutes les *créations de l'esprit* doivent appartenir au même régime de protection, c'est ignorer que leur création ne poursuit pas les mêmes buts, ni pour l'auteur, ni pour le public qu'il vise. L'univocité de la protection, appuyée par la théorie de « l'unité de l'art » –

plus précisément par l'interdiction de juger une œuvre en fonction de sa destination – en vient à desservir les auteurs.

Richard Stallman a proposé une typologie fondée sur les critères d'intérêt public et d'originalité donnant lieu à trois régimes de protection distincts, par ordre de protection croissante³¹³⁰ : celui attaché aux « travaux fonctionnels et de référence », qui s'apparenterait au régime de la licence GNU/GPL, avec droit de publier des versions modifiées ; celui propre aux œuvres visant à « communiquer ce qu'une personne pense, a vu, ou croit », et celui propre aux « œuvres artistiques (esthétiques) ou de loisirs », où « le plus important est la sensation ressentie en regardant l'œuvre ». Cette typologie établie dans un contexte de *copyright*, intéressante à plus d'un titre, n'est toutefois pas exempte de critiques sous l'angle du droit d'auteur. Il convient donc de reprendre cette typologie et de tenter de la mener plus loin, en adoptant les critères de distinction qui ont été évoqués. Ces critères permettent de dégager la proposition de typologie suivante, par ordre dégressif de protection :

- les œuvres d'art, littéraires (écrits de fiction) et musicales, ainsi que les œuvres des arts décoratifs exemptes de fonctionnalité autre qu'esthétique (par exemple tapisseries), dont l'élaboration coïncide avec une transformation de l'auteur à travers une forme plus ou moins forte de « plongée dans l'indifférencié » ; elles correspondent aux créations relevant du *mode visionnaire* selon par Carl Gustav Jung³¹³¹ ;
- les communications scientifiques et d'opinion, y compris les articles philosophiques et les documentaires, dont l'inspiration s'inscrit dans un cadre rationnel bien que la production de l'œuvre entraîne elle aussi – mais dans une moindre mesure – la transformation de l'auteur ; elles correspondent aux créations relevant du *mode psychologique* selon par Carl Gustav Jung ;
- les œuvres dont une part du processus d'élaboration est conditionné par leur fonctionnalité (les œuvres des arts appliqués à l'artisanat, les œuvres des arts décoratifs comme les bijoux, les œuvres d'architecture, ainsi que les jeux vidéo, mais aussi les montages photographiques et les films, vu la complexité possible de leur structure ;
- les œuvres dont le processus de formalisation est mécanique au point d'assimiler le choix de l'auteur à la simple mise en scène ou à l'interprétation (et non la représentation) d'une réalité donnée (les photographies, y compris retouchées) ;
- les manuels et ouvrages de référence, les œuvres collectives (exemple : les articles de l'encyclopédie Wikipedia, les articles de certaines publications dont la politique éditoriale s'étend au style) ou les œuvres effectuées dans le cadre

³¹³⁰ Richard STALLMAN, *Copyright et mondialisation* [a], op. cit., p. 7

³¹³¹ Voir ci-dessus, partie 06 (« Les motivations de la création »), chap. « L'art comme catalyseur de l'auteur – L'expérience du "chaos créateur" : se perdre pour mieux se trouver », pp. 555 ss, et chap. « L'art comme catalyseur de l'auteur – Vérification de la thèse personnaliste », pp. 562.

professionnel, y compris les œuvres traditionnellement de commande (telles que les textes des livres de cuisine), les premières en raison de leur finalité, les secondes parce que leur conception, comme leur exécution, s'appuie davantage sur des recettes apprises et des modèles éprouvés que sur l'expérience de la confrontation à l'inconnu.

Ne devraient pas faire partie de cette énumération les œuvres industrielles, à savoir les objets utilitaires d'apparence esthétique produits par les graphistes et dessinateurs industriels (« *designers* »), les logiciels, les bases de données, les modes d'emploi, contrats, compte-rendus et autres productions dont la liberté d'exécution est fortement réduite par le but utilitaire qu'elles visent ou les consignes précises données par leur commanditaire. Concernant les bases de données, elles se résument à collationner des données préexistantes et n'auraient de ce fait jamais dû rejoindre les œuvres protégées par un droit voisin du droit d'auteur.

À l'intérieur du périmètre du droit d'auteur, la notion de *fiction* permettra d'assurer un partage sûr entre les œuvres littéraires et artistiques et les représentations qui n'en sont pas. Mais une typologie plus fine permettra de classer les œuvres en fonction du *degré d'authenticité* qu'elles peuvent requérir de par leur genre – Jean-Yves Leloup parlerait du « lieu » d'où s'exprime la personne de l'auteur –, indépendamment de leur mérite ou de leur caractère esthétique. La distinction entre *mode psychologique* et *mode visionnaire* de la création établie par Carl Gustav Jung³¹³² permet également de comprendre en quoi les œuvres les plus courantes impliquent un engagement moindre de l'auteur, au point parfois que leur conception, comme leur exécution, s'appuie davantage sur des recettes apprises et des modèles éprouvés que sur l'expérience de la confrontation à l'inconnu. Du reste, ces œuvres, moins *originales* que les premières, pourraient être protégées soit par le droit d'auteur mais en application d'un régime moins favorable, voire, pour les plus communes d'entre elles, être exclusivement défendues à titre de simple travail par le biais des normes s'opposant à la concurrence déloyale et au parasitisme, quitte à ce que celles-ci soient aménagées en conséquence.

Les différents régimes de protection devraient varier par la durée de protection accordée (d'un maximum de 25 ans) et l'étendue des droits conférés, notamment la capacité de s'opposer à une exploitation non commerciale de l'œuvre, le droit de s'opposer à toute modification de l'œuvre ou le droit d'établir ou non des œuvres dérivées.

Vers une autre vision du monde

Le droit d'auteur est en crise, et le développement d'Internet n'en semble pas la cause, mais plutôt le révélateur. Il est nécessairement en crise lorsque la société civile ne le respecte plus et y voit un moyen de contrôle par quelques-uns sur nos vies, dont la

³¹³² Voir ci-dessus, partie 06 (« Les motivations de la création »), chap. « L'expérience du "chaos créateur" : se perdre pour mieux se trouver », pp. 555 ss, et chap. « Vérification de l'approche personnaliste », pp. 562 ss.

défense des intérêts des auteurs n'est plus que le prétexte. La société civile pressent que le droit d'auteur est davantage le fait des intermédiaires de la création que celui des auteurs, si bien que les durcissements actuels ne favoriseront en aucun cas ces derniers. Mais les égarements actuels du droit d'auteur ne constituent pas seulement un fait de société. Ils soumettent tout d'abord l'activité qui nous a *fait* humains et qui, encore aujourd'hui, nous révèle et nous permet d'habiter en conscience notre espace intime, au besoin de contrôle et à l'individualisme exacerbés qui semblent caractériser la société actuelle. Cette lutte entre les tenants du durcissement de la propriété intellectuelle et ses opposants cache une scission profonde, qui oppose depuis plusieurs siècles les idéaux de partage et d'émancipation portés par les Lumières aux projets asservissants du capitalisme ; elle met en cause ce système économique qui nous dessert toujours plus et ne tient aucun compte de Qui nous sommes.

Si nous voulons réellement mettre fin à l'hégémonie marchande, notre lecture univoque du monde doit être remise en cause. Nous devons prendre conscience de la nécessité de nous ouvrir à une conception moins étroite de la réalité, en intégrant plusieurs de ses niveaux et en adoptant une approche compatible avec le principe du Tiers Inclus. Dans une pareille démarche, l'éthique de l'autonomisation du sujet s'avère d'une aide précieuse. Pour ce faire, elle ne doit pas se fermer en système de pensée, sous peine de trahir sa vocation profonde et sa nature transdisciplinaire, mais doit au contraire rester ouverte sur le Tiers Caché.

Cette réorientation nous permettra un retour à la question de la transcendance : transcendance de la personne, mais aussi de la créativité, servie par un droit d'auteur plus fort mais mieux circonscrit. Seul un retour à la transcendance, correspondant à l'adoption d'une conscience *médiate* de l'existence et à l'acceptation de la responsabilité qui y est attachée, pourra nous protéger de l'impossibilité actuelle de la société mercantile à satisfaire notre vocation la plus profonde et la plus puissante : devenir Qui nous sommes.

Partie 9

Abréviations et bibliographie

Abréviations

Publications

ADI	Actualités du droit de l'information, la lettre juridique de l'Association des professionnels de l'information et de la documentation (FR)
ASA	Bulletin de l'Association Suisse de l'Arbitrage, ASA (CH)
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral (CH)
BBF	Bulletin des Bibliothèques de France (FR)
BDA	Bulletin du Droit d'Auteur, publication de l'UNESCO
Cahiers du CRID	Cahiers du Centre de recherche informatique et droit, Bruylant, Bruxelles [C]
CCE	Communication, Commerce électronique (FR) – parfois abrégé en « Comm. com. électr. »
CEDIDAC	Publications CEDIDAC, Fondation pour le Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, série dirigée par le Professeur François Dessemontet, Lausanne (CH)
CIL	The Computer & Internet Lawyer (USA)
Commentaire	revue trimestrielle fondée en 1978 par Raymond Aron, Paris (FR)
CR	Computer und Recht, Zurich (CH)
Dalloz	Recueil Dalloz (FR)
E. I. P. R.	European intellectual property review (UK)
ENSBA	École nationale supérieure des Beaux-Arts de Paris (FR)
Expertises	Expertises des systèmes d'information – Le mensuel du droit de l'informatique et du multimédia, mensuel, Paris (FR)
Gaz. Pal.	Gazette du Palais, Paris (FR)
GDT	Grand dictionnaire terminologique de l'Office québécois de la langue française (http://www.granddictionnaire.com/)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (droit interne)
« IIC »	International Review of Industrial Property and Copyright Law (Munich)

IRPI Actualités	Bulletin de veille documentaire de l'Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle Henri Desbois, mensuel, Paris (FR) (www.irpi.cci.fr/ documentation)
JCP	Juris-Classeur périodique (La Semaine juridique), Jurisclasseur, Paris (FR)
JdT	Journal des Tribunaux, Lausanne (CH)
Loy. U. Chi. L. J.	Loyola University of Chicago, Legal Journal (USA)
Medialex	Medialex – Revue de droit de la communication, Berne (CH)
Philosophique	Philosophique, Faculté des lettres et sciences humaines, Besançon (France), 1 ^{ère} année 1986
PJA	Pratique juridique actuelle (AJP en allemand), Lachen (CH)
« Plädoyer »	Plädoyer : das Magazin für Recht und Politik, St-Gall (CH)
Propri. intell.	Propriétés Intellectuelles (FR)
Questions de droit	Publication bimestrielle du Centre Patronal, Lausanne (CH)
« RDD »	Dictionnaire des droits, en anglais « Rights Data Dictionary »
RDTIC	Revue de droit des techniques de l'information et de la communication (FR)
RDPI	Revue du droit de la propriété intellectuelle (FR)
RDS	Revue de droit suisse (ZSR en allemand), Bâle (CH)
« recht »	recht : Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis, Berne (CH)
Rev. int. dr. comp.	Revue internationale de droit comparé, Paris (FR)
« RGZ »	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (DEU)
RIDA	Revue internationale du droit d'auteur, Neuilly-sur-Seine (FR)
RiLi	Revue internationale des livres et des idées
RJT	Revue Juridique Thémis (CAN)
RLDI	Revue Lamy Droit de l'Immatériel, Paris (FR) ; a remplacé la revue Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux
RS	Recueil systématique des lois fédérales (CH)
RSGe	Recueil systématique des lois genevoises (CH)
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (SJZ en allemand), Zurich (CH)

RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (SMI en allemand), Zurich (CH)
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit économique et commercial, Dalloz, Paris (FR)
sic !	Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence, anciennement SMI, Zurich (CH)
SIWR	Schweizerisches Immaterialgüter und Wettbewerbsrecht, Bâle (CH)
SJ	Semaine Judiciaire, Genève (CH)
SSRN	Social Science Research Network, New York (USA)
TG	Tribune de Genève, Genève (CH)

Domaine juridique

« ACTA »	Accord commercial relatif à la contrefaçon (« Anti-Counterfeiting Trade Agreement »)
ADPIC	Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce, de l'OMC (en anglais « TRIPS »)
ADR	Modes de résolution extrajudiciaires des litiges (« Alternative Dispute Resolution »), qui comprennent l'arbitrage, la médiation, la conciliation et les procédures OMPI ³¹³³
al.	alinéa
ARMP	Autorité de régulation des mesures techniques (France – créée dans son principe par la DADVSI et mise en place par l'HADOPI)
art.	article
« BGH »	« Bundesgerichtshof »
c/	contre
CA	Cour d'Appel (France)
« CA »	en anglais « <i>copyright</i> assignment »
Cass.	Cour de cassation (France)

³¹³³ [K] MONTERO, contrats, p. 173

CBE	Convention sur le brevet européen. CBE 2000: version révisée du 29 novembre 2000 (Union européenne)
« CDPA »	Copyright Designs and Patent Act, 1988 (Angleterre)
ch.	chambre
CG	Conditions générales
CGV	Conditions générales de vente
CJ	Cour de Justice de Genève (Suisse)
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CLUF	Contrat de licence utilisateur final, en anglais « End User License Agreement » (EULA)
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés (France)
COJ	Code d'organisation judiciaire (France)
CPI	Code de la propriété intellectuelle (France)
CSPLA	Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (France)
CVM	Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises, dite « Convention de Vienne » (RS 0.221.211.1 – Suisse)
DADVSI	Loi sur les droits d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information du 1er août 2006 ; transposition en droit interne français de l'EUCD – la directive européenne 2001/29/CE (France)
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 (France)
« DMCA »	« Digital Millenium Copyright Act » (USA)
DPI	Droits de propriété intellectuelle
EUCD	Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (Directive sur la société de l'information, en anglais « European Union Copyright Directive »)
« EULA »	Contrat de licence utilisateur final (CLUF), en anglais « End User License Agreement »

« EUPL »	Licence libre européenne, en anglais « European Union Public Licence »
« GPL v2 »	licence publique générale, en anglais « General Public License » ; plus précisément GNU-GPL, version 2 (juin 1991)
« GPL v3 »	licence publique générale, en anglais « General Public License » ; plus précisément GNU-GPL, version 3 (juin 2007)
HADOPI	Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (France) ; il s'agit également de la dénomination courante de la loi française « Création et libertés » (« loi Hadopi », surnommée « loi Olivettes »)
« IDABC »	programme européen de gouvernement électronique portant sur la période 2005-2009 visant la fourniture interopérable de services pan-européens d'administration en ligne aux administrations publiques, aux entreprises et aux citoyens, (en anglais « Interoperable Delivery of Pan-European eGovernment Services to Public Administrations, Business and Citizens » – EU)
IFPI	Institut fédéral de la propriété intellectuelle (Berne, Suisse)
« IFPI »	Fédération internationale de l'industrie phonographique ; en anglais « International Federation of Phonographic Industry » (États-Unis)
« JCA »	en anglais « joint <i>copyright</i> assignement »
JP	Juridiction de Proximité (France)
JO	Journal Officiel (CEE)
LBI	Loi fédérale du 25 juin 1954 sur les brevets d'invention (RS 232.14 – Suisse)
LDA	Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins (RS 231.1 – Suisse)
LDdes	Loi fédérale du 5 octobre 2001 sur la protection des designs (RS 232.12 – Suisse)
« LGPL »	Licence publique générale allégée, en anglais « Lesser General Public License », autrefois « Library General Public License »
LPM	Loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (RS 232.11 – Suisse)

« NIICPA »	« National Information Infrastructure Copyright Protection Act », projet de loi retiré avant son adoption par le Congrès, septembre 1995 (États-Unis)
ODAu	Ordonnance du 26 avril 1993 sur le droit d'auteur et les droits voisins (RS 231.11 – Suisse)
PCI	Patrimoine culturel immatériel
« PDL »	en anglais « Public document licence »
p.m.a.	après la mort de l'auteur, en latin « post mortem auctoris »
PNPP	Produits naturels peu préoccupants, soit les produits phytosanitaires traditionnels tels que le purin d'ortie (France)
« STOA »	Scientific Technology Options Assessment panel, organe du Parlement européen chargé de commissioner des études approfondies sur des sujets scientifiques spécifiques
TF	Tribunal fédéral, Lausanne (Suisse)
TGI	Tribunal de grande instance (France)
« TRIPS »	« TRIPS Agreement » : voir ADPIC
UE	Union européenne
« WCT »	Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996 (WCT pour « WIPO Copyright Treaty »)
« WTTP »	Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes du 20 décembre 1996 (WTTP pour « WIPO Performances and Phonograms Treaty »)

Organisations, associations

ADULLACT	Association des Développeurs et des Utilisateurs de Logiciels Libres pour l'Administration et les Collectivités Territoriales (France)
AFUL	Association Francophone des Utilisateurs de Linux et des Logiciels Libres (France)
« AIPLA »	Association américaine de la propriété intellectuelle (« American Intellectual Property Law Association »)
ALAI	Association Littéraire et Artistique Internationale
ALPA	Association de lutte contre la piraterie audiovisuelle (France)

APP	Agence pour la Protection des Programmes (France) ; site : http://app.legalis.net
APRAM	Association des praticiens du droit des marques et des modèles (France)
APRIL	Association pour la Promotion et la Recherche en Informatique Libre (France)
ARMT	Autorité de régulation des mesures techniques, autorité administrative indépendante instituée par la loi n°2006-961 du 1 ^{er} août 2006 (DADVSI) et chargée d'arbitrer les conflits liés à l'exercice de la copie privée (France)
ARPEJ	Association Région Presse Enseignement Jeunesse (France)
ATICA	Agence pour les Technologies de l'Information et de la Communication dans l'Administration (France)
« BASCAP »	« Business Action to Stop Counterfeiting And Piracy », groupe initié par Jean-René Fourtou, alors PDG de Vivendi-Universal
BIPE	Bureau d'informations et de prévisions économiques (France)
« BSA »	« Business Software Association » (États-Unis)
CDJ	Conseil de Déontologie Journalistique (France)
CEIPI	Centre d'Études Internationales de la Propriété Intellectuelle (France)
« CIC »	« Creative Incentive Coalition », lobby rassemblant notamment la MPAA, la RIAA, Microsoft, la BSA, et Time Warner (États-Unis)
CIGREF	Club Informatique des Grandes Entreprises Françaises (France)
CISAC	Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs (France), dont le siège se trouve en France et qui réunit 232 sociétés d'auteurs dans 121 pays.
CREM	Centre de recherches énergétiques et municipales (France)
CSI	Conférence suisse de l'informatique (Suisse)
CSPLA	Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (France)
CTI	Centre des technologies de l'information de l'État de Genève (Suisse)
EBLIDA	« European Bureau of Library, Information and Documentation Associations »

ERID	Équipe de recherche Informatique et Droit (France)
FING	Fondation Internet Nouvelle Génération, l'éditeur d'InternetActu (France)
« FSF »	« Free Software Foundation », fondée par Richard Stallman, association en charge du programme libre GNU, à l'origine d'une bonne partie du système d'exploitation GNU/Linux et des différentes versions de la licence libre GNU-GPL
GASIC	Groupe d'analyse stratégique des industries culturelles (France), fondé le 30 janvier 2006 par Renaud Donnedieu de Vabres, alors Ministre de la Culture.
IABD	Interassociation française Archives Bibliothèques-Documentation (France)
« ICC »	« International Chamber of Commerce » (France)
« IFLA »	International Federation of Library Associations and Institutions
« IFPI »	Fédération internationale de l'industrie phonographique ; en anglais « International Federation of Producers of Phonograms and Videograms » (Zürich, Suisse)
« IMPA »	« International Motion Picture Association » (USA)
IRPI	Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle Henri-Desbois (France)
MAUSS	Mouvement anti-utilitariste dans les Sciences sociales (France)
MEDEF	Mouvement des Entreprises de France (France)
MIDEM	Marché International de l'Édition Musicale (France)
MOTif	Observatoire du livre et de l'écrit en Ile-de-France (France)
« MPAA »	« Motion Picture Association of America » (USA), branche américaine de l'IMPA ; association commerciale fondée en 1922 en vue de défendre l'industrie cinématographique américaine contre les critiques intérieures qui se faisaient croissantes, son comité d'administration est composé des présidents des sept principaux producteurs et distributeurs de films et d'émissions de télévision aux Etats-Unis que sont Walt Disney, Sony Pictures Entertainment, MGM, Paramount

Pictures, Twentieth Century Fox, Universal Studios, et Warner Brothers³¹³⁴.

« NGSCB »	« Next-Generation Secure Computing Base », élément de la nouvelle architecture de Microsoft élaborée dans le cadre de « l'informatique de confiance » de la TCPA ; également connu sous le nom de « Palladium » (États-Unis)
OMC	Organisation mondiale du Commerce (Genève, Suisse)
« OSOR »	Observatoire des logiciels ouverts, en anglais « Open Source Observatory and Repository », lancé officiellement le 20 octobre 2008 à Malaga (Espagne)
« RIAA »	Association américaine de l'industrie du disque, le puissant groupe de pression des majorats de l'industrie américaine du disque, en anglais « Recording Industry Association of America » (USA)
SACD	Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques (France), fondée en 1777 par Beaumarchais et toujours active de nos jours
SACEM	Société des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique (France)
SGDL	Société des gens de lettres (France)
SNE	Syndicat national de l'édition (France)
SNEP	Syndicat national de l'édition phonographique, qui regroupe notamment les majorats du disque (France)
SOFIA	Société Française des Intérêts des Auteurs de l'Écrit (France)
SPEDIDAM	Société de Perception et de Distribution des Droits des Artistes-Interprètes de la Musique et de la Danse (Paris, France)
SPRD	Société de perception et de répartition des droits
SSA	Société suisse des auteurs (Suisse)
SUISA	Société suisse pour les droits des auteurs d'œuvres musicales (coopérative des auteurs et éditeurs de musique) (Suisse)
« TCG »	« Trusted Computing Group », alliance d'entreprises d'informatique composée notamment de Compaq, HP, IBM, Intel, AMD et Microsoft, dont le but avoué est de sécuriser les

³¹³⁴ Lawrence LESSIG, *Culture libre*, op. cit., chap. « Propriété », p. 87.

équipements et communications informatiques à travers « l'informatique de confiance » (« Trusted Computing »). A remplacé dès 2003 la « Trusted Computing Platform Alliance » (TCPA)

« TCPA »	« Trusted Computing Platform Alliance », remplacé en 2003 par le « Trusted Computing Group » (TCG)
USIC	Unité de stratégie informatique de la Confédération (Suisse)

Domaine technique et métier

« A2K »	Accès à la connaissance (« Access to knowledge »)
AC	Art contemporain, et, plus spécifiquement dans le présent travail, art conceptuel ; plus qu'une abréviation, AC est une désignation propre utilisée la première fois en 2005 par Christine Sourgins ³¹³⁵
« API »	Interface de programmation, en anglais « Application Programming Interface »
BD	Base de données
CGO	Création générée par ordinateur
chap.	chapitre
« CSS »	Logiciel privatif, en anglais « <i>Closed Source Software</i> »
« DB »	Base de données, en anglais « <i>Database</i> »
DCU	Dispositifs de Contrôle d'Usage, en anglais « <i>Digital Rights Management</i> » (DRM) ; voir aussi MTP
« DRM »	Dispositifs de contrôle d'usage (DCU), Mesures techniques de protection (MTP), en anglais « <i>Digital Rights Management</i> » ; compris de manière restrictive comme « Mesures de <i>gestion numérique</i> des droits » plutôt que comme « Mesures de gestion des droits numériques », ils s'entendent comme des MTP de nature logicielle, à l'exclusion des MTP engrammés dans la partie matérielle de la machine.
« ERP »	Progiciel de gestion intégré, en anglais « <i>Enterprise Resource Planning</i> »

³¹³⁵ [D] SOURGINS, les mirages de l'art contemporain, cité par Aude DE KERROS, *L'Art caché*, op. cit., p. 10, note 1.

FAH	Fourniture d'applications en mode hébergé, qui a évolué en SaaS
FAI	Fournisseur d'accès internet
« FLOSS »	Logiciels ouverts ou libres (terme générique regroupant tous les logiciels non privatifs), en anglais « Free Libre Open Source Software »
HTML	HyperText Markup Language
ICIC	Industries de la culture, de l'information et de la communication
IHM	Interface homme-machine
IT (1)	Informatique et télécoms (ex : « l'infrastructure IT » d'un client)
« IT » (2)	voir TI
MITIC	Médias et images des technologies de l'information et des communications
« MP3 »	Motion Pictures Expert Group, Audio layer 3 (MPEG layer 3)
« MPEG »	Moving Pictures Expert Group
MTP	Mesures techniques de protection, en anglais « Digital Rights Management » (« DRM ») ; voir aussi DCU
« NSP »	Fournisseur de services réseaux, en anglais « Network service Provider »
NTIC	Nouvelles technologies de l'information et des communications
OGM	Organisme génétiquement modifié
« OS »	Système d'exploitation, en anglais « Operating System »
« OSS »	Logiciel à code ouvert (ou logiciel ouvert), en anglais « Open Source Software »
« P2P »	Poste à poste, en anglais « Peer to Peer »
PAO	Publication assistée par ordinateur
PGI	Progiciel de gestion intégré, en anglais « ERP »
« SaaS »	Services d'application accessible en ligne, en anglais « Software as a service »
« SCMS »	Système de gestion des copies, en anglais « Serial Copy Management System » ; système rendu obligatoire par l'Audio Home recording Act (1992)

SGBD	Système de gestion de base de données
SGBDR	Système de gestion de base de données relationnelle
SI (1)	Système d'information
SSII	Société de services et d'ingénierie en informatique ; remplace en France depuis le début des années 1980 l'ancien sigle SCSI (pour « Société de conseil et de services en informatique »)
SSLL	Société de services en logiciels libres
STIC	Sciences et technologies de l'information et de la communication
SVA	Service à valeur ajoutée
TI	Technologies (ou techniques) de l'information, en anglais « Information Technology » (IT)
TIC	Technologies (ou techniques) de l'information et des communications, en anglais « Information and Communications Technology » (ICT)
« VOD »	Vidéo à la demande, en anglais « Video on Demand »

Bibliographie principale

Légende : [a] = article de presse ou scientifique

[r] = rapport, essai ou travail universitaire (mémoire, thèse...)

[p] = présentation

01NET.COM, *La Sacem voit d'un mauvais œil les offres de musique illimitée*, dans 01 Net.com, 20.06.2008, éditorial ; <http://www.01net.com/editorial/382829/la-sacem-voit-d-un-mauvais-oeil-les-offres-de-musique-illimitee/?rss> [a].

ABDI Nidam, *Droit d'auteur : Jean Zay le visionnaire*, dans Libération, 23.07.2009 ; <http://www.ecrans.fr/Droit-d-auteur-Jean-Zay-le,7798.html> [a].

ADLER Laure, BOLLMANN Stefan, *Les plus belles lettres de femmes*, Flammarion, Paris 2012.

AIGRAIN Philippe, *Droits intellectuels positifs et échanges d'information – Pour sortir de la bataille des enclosures*, du 03.05.2000 ; http://freescape.eu.org/biblio/article.php3?id_article=133 [a] ;

— *Où en sont les droits intellectuels positifs ?*, 07.12.2003, conférence du 10 juillet 2003 donnée dans le cadre des Rencontres Mondiales du Logiciel Libre, à Metz, <http://www.boson2x.org/spip.php?article87> [a] ;

— *Avec les brevets [logiciels], plus d'innovation possible sauf pour les gros acteurs*, 09.03.2005, http://solutions.journaldunet.com/0503/050309_3questions_sopinspace.shtml [a] ;

- *Cause commune – L'information entre bien commun et propriété*, Arthème Fayard, coll. Transversales, Paris 2005 ; <http://www.causecommune.org/download> ;
 - *La SACEM vend la mèche sur un point et trompe son monde sur deux autres*, 18.06.2008, <http://paigrain.debatpublic.net/?p=156> [a] ;
 - *Préparation de la décision politique : le trop-plein de corruption*, 06.07.2008, <http://paigrain.debatpublic.net/?p=158> [a].
 - *Éléments pour la réforme du droit d'auteur et des politiques culturelles liées*, 2012, <https://www.laquadrature.net/fr/elements-pour-la-reforme-du-droit-dauteur-et-des-politiques-culturelles-liees#usagescollectifs> [a].
- AIGRAIN Philippe et ass., *La Bataille Hadopi*, InLibroVeritas, Cergy-Pontoise (France) 2009 ; <http://www.juriblogsphere.net/wp-content/uploads/bataille.pdf>.
- ALBINI Steve, *The Problem with Music*, 1993, <http://www.negativland.com/albini.html> ; trad. française de Jean-Marc Rimette, <http://www.reimspunknroll.free.fr/download/albinitraduit.rtf> [a].
- ALIX Yves, PIERRAT Emmanuel, *Le droit d'auteur aujourd'hui – Des enjeux économiques, politiques et culturels – Entretien avec Emmanuel Pierrat*, dans BBF, t. 51 (2006), n°5, pp. 14-17 ; <http://bbf.enssib.fr/consulter/bbf-2006-05-0014-002> [a].
- ALIX Yves, DEGUEZ Camille, *La mise en œuvre de l'exception au droit d'auteur en faveur des personnes handicapées*, in BBF, t. 54 (2009), n°5, pp. 43-44 ; <http://bbf.enssib.fr/consulter/bbf-2009-05-0043-009> [a].
- AMBLARD Philippe, *Le droit d'auteur au service d'un partage maîtrisé des contenus en ligne*, dans BBF, t. 51 (2006), n°5, pp. 44-48 ; <http://bbf.enssib.fr/consulter/bbf-2006-05-0044-008> [a].
- AMSELEK Paul, *La Science et le problème de la liberté humaine*, dans Philosophiques, vol. 27, n°2 (automne 2000), pp. 403-423 ; <http://www.erudit.org/revue/philoso/2000/v27/n2/004893ar.pdf> [a] ;
- *Itinéraire*, survol général du parcours et des orientations de réflexion de Paul Amselek accessible sur son site personnel, <http://www.paul-amselek.com/itineraire.php> [a].
- ANDERSEN Birgitte, FRENZ Marion, *L'incidence du téléchargement de musique et du partage de fichiers poste à poste sur les ventes de musique : une étude préparée pour Industrie Canada*, 04.05.2007, [http://www.ic.gc.ca/eic/site/ippd-dppi.nsf/vwapi/IndustryCanadaPaperMay4_2007_fr.pdf/\\$FILE/IndustryCanadaPaperMay4_2007_fr.pdf](http://www.ic.gc.ca/eic/site/ippd-dppi.nsf/vwapi/IndustryCanadaPaperMay4_2007_fr.pdf/$FILE/IndustryCanadaPaperMay4_2007_fr.pdf) [r].
- ANDERSON Chris, *The Long Tail*, 12.10.2004, dans Wired (octobre 2004) ; <http://www.wired.com/wired/archive/12.10/tale.html> ; <http://www.internetactu.net/index.php?p=5911> pour la traduction française [a].
- ANDERSON Nate, *Is James Joyce's estate misusing its copyright ?*, 13.06.2006, <http://arstechnica.com/old/content/2006/06/7048.ars> [a].
- ANDRIEU Éric, *Les Idées ne sont pas de libre parcours*, dans Légipresse, n°259 (mars 2009), pp. 23-24 ; http://www.avocats-pechenard.com/dl_pdf.php?id=83&section=article [a].
- ANIZON Emmanuelle, ROSSIGNOL Lorraine, *Les Plagiaires – entretien avec Hélène Maurel-Indart*, dans *Les Plagiaires*, dossier, Télérama, n°3219 (21.09.2011), pp. 29-36, pp. 30-34 [a].

- ANSA Luis, *Le Quatrième Royaume*, Le Relié poche, coll. Initiations, Gordes (France) 1997.
- ANZIEU Didier, *Le Corps de l'œuvre*, Gallimard, Paris 1981 ;
- *Le Moi-peau*, Dunod, coll. Psychismes, Paris 1995 [1985].
- A.P.R.I.L., *Le Logiciel libre*, <http://www.framasoft.net/article4127.html> [a].
- ARENDT Hannah, *Condition de l'homme moderne*, Calmann-Lévy, coll. Agora/Pocket, Paris 1983; version originale éditée en 1958, sous le titre *The Human Condition* ;
- *Eichmann à Jérusalem. Rapport sur la banalité du mal*, Gallimard, coll. Folio, Paris 1991.
- ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque*, trad. J. Tricot, Librairie J. Vrin, Paris 1994.
- ARNAUD André-Jean, *Critique de la raison juridique*, 2 vol. (vol. 1 : *Où va la sociologie du droit ?*), L.G.D.J., coll. Bibliothèque de philosophie du droit, Paris 1981 ; <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/collvir/crj/crj-hd.pdf>.
- ARNO, *Le Piratage au service des monopoles*, 25 août 2000, <http://www.uzine.net/article94.html> [a].
- ARON Paul, SAINT-JACQUES Denis, VIALA Alain, *Dictionnaire du littéraire*, Presses Universitaires de France, coll. Quadrige / Dicos Poche, Paris 2004.
- A.R.P.E.J. (Association Régions Presse Enseignement Jeunesse), *Respecter le droit d'auteur*, <http://www.pressealecole.fr/wp-content/uploads/2010/03/Respecter-le-droit-dauteur1.pdf> [a].
- ARS INDUSTRIALIS, *Consommation (et marketing)*, <http://arsindustrialis.org/consommation> [a].
- ASSAYAS Michka, *Dictionnaire du Rock*, Robert Laffont, coll. Bouquins, Paris 2000.
- ASSEMBLEE NATIONALE, *Un ministère de la culture, pour quoi faire ?*, discours de Jack Lang à l'Assemblée Nationale, 17.11.1981, <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/lang.asp> [a].
- ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Les Droits de tradition civiliste en question – À propos des rapports « Doing Business » de la Banque mondiale*, 2 vol., Société de Législation comparée, Paris 2006 ; vol. 1 : http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Les_droits_de_tradition_civiliste_en_question.pdf ; vol. 2: <http://www.henricapitant.org/sites/default/files/vol.2.pdf>.
- ASTOR Philippe, *Chronique d'une victoire amère*, 07.11.2007, <http://www.zdnet.fr/blogs/2007/11/07/chronique-d-une-amere-victoire> [a].
- ATIAS Christian, *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. Précis Droit privé, Paris 2002.
- AUGER Claudine, LAPIERRE Laurent, *L'Industrie du disque au Canada*, 10.06.2002, <http://www.gestiondesarts.com/index.php?id=1373> [a].
- AUSTIN John Langshaw, *Quand dire, c'est faire*, Seuil, Paris 1970 ; version originale éditée par Urmson, Oxford 1962, sous le titre *How to do things with Words : The William James Lectures delivered at Harvard University in 1955*.
- AZAM Geneviève, *Pour une pensée de la limite – L'exemple de la privatisation du vivant*, communication faite au III^e Colloque international de la recherche féministe francophone, « Ruptures, résistances et utopies », Toulouse, 17-22 septembre 2002, dans

- Revue du MAUSS n°21 (1^{er} semestre 2003), pp. 301-309 ; <http://www.cairn.info/revue-du-mauss-2003-1-page-301.htm> [a] ;
- *La séparation féminin / masculin et l'imaginaire d'une expansion illimitée*, dans *Le Passant Ordinaire* n°50 (octobre-décembre 2004) ; <http://www.passant-ordinaire.com/revue/50-699.asp> [a] ;
- *La Connaissance, une marchandise fictive*, dans *La Revue du MAUSS*, n°29 (1^{er} semestre 2007), *Avec Karl Polanyi, contre la société du tout-marchand*, pp. 110-126 ; <http://www.cairn.info/revue-du-mauss-2007-1-page-110.htm> [a].
- AZNAR Guy, *Idées – 100 techniques de créativité pour les conduire et les gérer*, Eyrolles, coll. Références, Paris 2005.
- BAECQUE Olivier de, *Spoerri : Petit déjeuner de travers... Des difficultés des juridictions à déterminer l'authenticité de créations contemporaines par la simple application des règles du droit*, dans *Le Journal des Arts*, n°228 (6-19 janvier 2006), p. 26, à propos de l'arrêt Cass 1^{ère} civ., du 15 novembre 2005 [a] ;
- *Le Droit, l'auteur et la divulgation*, dans *Gazette de l'Hôtel Drouot*, n°21 (26 mai 2006) [a].
- BAETENS Jan, *Le Combat du droit d'auteur : anthologie historique, suivie d'un entretien avec Alain Berenboom*, Les Impressions Nouvelles, Bruxelles 2001 [1970].
- BALLESTRA-PUECH Sylvie, *La naissance du roman moderne ou l'« écho du rire de Dieu » : rire et mélancolie dans le Tiers Livre, Don Quichotte et Tristram Shandy*, dans *Loxias* n°15 (15 décembre 2006 – *Autour du programme d'Agrégation de lettres 2007*) ; <http://revel.unice.fr/pdf.php?id=1345&revue=loxias> [a].
- BARBIER Frédéric, *L'Europe de Gutenberg – Le livre et l'invention de la modernité occidentale*, Belin, Paris 2006.
- BARBIER René, *Création et transcréation chez l'homme d'aujourd'hui*, 20.01.2003, dans *Mémoire du XXI^e siècle*, Cahiers 3-4 (mars 2002), *Création et transcréation*, Le Rocher, Paris 2002, pp. 111-120 ; *Le Journal des Chercheurs*, http://www.barbier-rd.nom.fr/journal/article.php3?id_article=61 [a].
- BARLOW John Perry, *The Economy of Ideas*, dans *Wired magazine*, mars 1994 ; http://www.wired.com/wired/archive/2.03/economy.ideas_pr.html [a] ;
- BARLUET Sophie, *Rapport Livre 2010 – Pour que vive la politique du livre*, juin 2007, rapport de la mission « Livre 2010 » au Ministère de la Culture ; http://www.culturecommunication.gouv.fr/content/download/30386/249310/file/Livre_2010_Barluet-Pour-que-vive-la-politique-du-livre.pdf [r].
- BARREAU Hervé, *L'Épistémologie*, Presses Universitaires de France, coll. Que sais-je ?, Paris 2002 [1990].
- BARRELET Denis, EGLOFF Willi, *Le nouveau droit d'auteur*, Staempfli, Berne 2000.
- BARTHES Roland, *La Mort de l'auteur*, dans *Essais critiques IV – Le bruissement de la langue*, Seuil, Paris 1984 [1968], pp. 61-66 [a].
- BATTISTI Michèle, *Libre accès à l'information scientifique et technique : état de l'art et perspectives*, dans *A.B.D.S. Documentaliste-Sciences de l'information*, 2003/1, vol. 40, pp. 37-45 ; http://www.cairn.info/load_pdf.php?ID_ARTICLE=DOCSI_401_0037 [a].

- *Le traitement intellectuel de l'information dans un cadre pédagogique*, dans Mediadoc Fadben, n°4 (mai 2010), <http://www.fadben.asso.fr/Le-traitement-intellectuel-de-l.html> [a].
- BAUDRILLARD Jean, *La société de consommation*, Folio, coll. Folio/Essais, Paris 2008 (1^{ère} éd. Denoël, Paris 1970) ;
- *Pour une critique de l'économie politique du signe*, Gallimard, coll. Tel, Paris 2007 (1^{ère} éd. 1972).
- BAUMAN Zygmunt, *S'acheter une vie*, Le Rouergue/Jacqueline Cambon, Paris 2008.
- BAUM-BOTBOL Mylène, *Après vous, Monsieur*, dans *La Responsabilité – la condition de notre humanité*, Autrement, série Morales, Paris 1995, pp. 51-71.
- BAZAINE Jean, *Le peintre et le monde d'aujourd'hui*, dans Esprit, janvier 1962, pp. 17-28 [a].
- BEAUCARNE Julos, *Dernier message de Christiane Singer*, 04.04.2007, <http://juloland.skynetblogs.be/archive/2007/04/26/dernier-message-de-christiane-singer.html> [a].
- BEAUVOIS Jean-Léon, JOULE Robert-Vincent, *Petit traité de manipulation à l'usage des honnêtes gens*, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble 2002.
- BEDARD Jean, *L'Art et la vérité*, dans BEDARD Jean, MALHERBE Jean-François, *Telle une « œuvre d'art », la vie...*, G.G.C., Sherbrooke (Canada) 2003, pp. 101-126 [a].
- *Le Pouvoir ou la vie – Repenser les enjeux de notre temps*, Fides, Montréal 2008.
- BEGEL Florence, *La Philosophie de l'art*, Seuil, coll. Mémo, Paris 1998.
- BELLERET Robert, *Les Recettes du système Sulitzer*, dans Le Monde, 05.07.2001, p. 12 ; <http://denistouret.fr/constit/sulitzer.html#recettes> [a].
- BEM Anthony, *Commentaire de l'arrêt TGI Paris du 01.07.2011 dans la cause SmartCo c. Multipass*, http://www.legavox.fr/article/imprimer.php?id_article=6453 [a].
- BENABOU Valérie-Laure, *France : les exceptions au droit d'auteur en dehors du droit d'auteur*, rapport, dans *Les Frontières du droit d'auteur, Actes des journées d'études de Cambridge, A.L.A.I.*, 14-17.09.1998, Australian Copyright Council, Cambridge 1999, pp. 252 ss [r] ;
- *Puier à la source du droit d'auteur*, dans RIDA, n°192 (2/2002), pp. 3-109 ;
- *Copie privée : la Cour de Justice prend en main la notion de "compensation équitable" ou rien ne change mais tout change* – *Commentaire de l'arrêt CJUE, Padawan SL c. SGAE*, 21 octobre 2010, C-467/08 ; <http://www.juriscom.net/documents/pla20101031.pdf> [a].
- BENHAMOU Éric, *Le consumérisme a atteint ses limites*, entretien avec Bernard Stiegler, 23.07.2009, dans La Tribune.fr, <http://www.latribune.fr/actualites/economie/france/20090723trib000402565/le-consumerisme-a-atteint-ses-limites.html> [a].
- BENHAMOU Françoise, FARCHY Joëlle, *Droit d'Auteur et Copyright*, La Découverte, coll. Repères, Paris 2007.
- BENJAMIN Walter, *L'Œuvre d'art à l'heure de sa reproductibilité technique*, essai, dans *Écrits français*, pp. 147-248, introduction et notices de Jean-Maurice Monnoyer, Gallimard, coll. Folio essais, Paris 2006 ; version originale éditée par Suhrkamp, Frankfurt am Main 1936.

- BENSAMOUN Alexandra, *La copie privée : victoire ou défaite du droit d'auteur ?*, dans RLDI, suppl. n°49 (mai 2009), pp. 21-28 (*Copie privée*) [a].
- BERGADAA Michelle, *Profils de plagieurs – Rapport d'analyse n°1 (le plagieur-manipulateur)*, avril 2011, http://www.responsable.unige.ch/Documents/Analye1_manipulateur.pdf [r] ;
- *Épidémiologie universitaire : cas du plagiat*, janvier 2013, http://www.responsable.unige.ch/Documents/epidemiologie_universitaire.pdf [a].
- BERGSON Henri, *Les deux sources de la morale et de la religion*, Presses Universitaires de France, Paris 1948 [1932] ; http://matiereapenser.free.fr/philo/docs/bergson_2sources.pdf.
- *La Pensée et le mouvant*, dans *Œuvres*, édition du centenaire, Presses Universitaires de France, Paris 1984 [1934] ;
- BERNAYS Edward Louis, *Propaganda – Comment manipuler l'opinion en démocratie*, préface de Normand Baillargeon, La Découverte, Paris 2007 ; http://www.editions-zones.fr/spip.php?page=lyberplayer&id_article=21 ; version originale éditée par H. Liveright, New York 1928, sous le titre *Propaganda*.
- BERNIER Aurélien, *Comment la mondialisation a tué l'économie – Les politiques contemporaines piégées par le libre échange*, Mille et une nuits, Paris 2012.
- BERRETTA Emmanuel, *Comment la Sacem se goinfre*, 10.04.2010, dans Le Point.fr, <http://www.lepoint.fr/actualites-medias/2010-04-10/comment-la-sacem-se-goinfre/1253/0/442942> [a].
- BERTHELOT Jean-Michel, *Réponse à Wanda Capeller*, dans *Droit et Société*, n°53 (2003), pp. 227-228 ; <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/pdf/ds53/ds053-bib.pdf>.
- BESSEN Stanley M., RASKIND Leo J., *An Introduction to the Law and Economics of the Intellectual Property*, dans *Journal of Economic Perspectives*, vol. 5 (1991), n°1, pp. 3-27 [a].
- BESSARD-BANQUY Olivier, *L'Industrie des lettres – Étude sur l'édition littéraire contemporaine*, Pocket, coll. Agora, Paris 2012 [2009].
- BESSE François, *La Répression pénale de la contrefaçon en droit suisse : avec présentation des droits français et allemand et aperçu de droit international*, Librairie Droz, Genève 1990.
- BEUSCART Jean-Samuel, *Pour Danah Boyd, la « privacy » n'est pas morte*, 15.03.2010, <http://babelweb.blogs.liberation.fr/austin/2010/03/pour-danah-boyd-la-privacy-nest-pas-morte> [a].
- BIHR Alain, *L'Erreur fondamentale d'Adam Smith*, dans *Le Monde Diplomatique*, novembre 1996, p. 3 ; <http://www.monde-diplomatique.fr/2006/11/BIHR/14162> [a].
- BOLDRIN Michele, LEVINE David K., *Against Intellectual Monopoly*, Cambridge University Press, New York 2008 ; <http://levine.sscnet.ucla.edu/papers/imbookfinalall.pdf>.
- BOLTANSKI Luc, CHIAPELLO Ève, *Le Nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard, coll. NRF Essais, Paris 1999.
- BONOD Loys, *J'ai piégé le Net pour donner une bonne leçon à mes élèves*, 22.03.2012, dans Rue89, <http://www.rue89.com/2012/03/22/jai-piege-le-net-pour-donner-une-lecon-mes-eleves-230452> [a].

- BOOTH Stéphanie Jane, *Pirater n'est pas voler, en sept mythes*, 06.06.2009, <http://climbtothestars.org/archives/2009/06/06/pirater-nest-pas-voler-en-sept-mythes> [a].
- BORGERS Marc, JOHNSON Thomas, ROY Ivan du –, *Bernard Stiegler : « Le marketing détruit tous les outils du savoir »*, 20.03.2012, <http://www.bastamag.net/article2202.html> [a].
- BOTTON Alain de –, *Splendeur et misères du travail*, Mercure de France, Paris 2010.
- BOUCHET-LE MAPPIAN Émilie, *L'arrêt « La Vague » de Camille Claudel : le reflux de la notion d'exemplaire original*, dans RLDI, n°85 (août-septembre 2012), pp. 11-16 [a].
- BOUQUIN François, *Cet article va-t-il s'autodétruire ?*, dans Nexus, n°69 (juillet-août 2010), pp. 46-53 [a].
- BOUSQUET Jacqueline, *Science dans la lumière*, Saint Michel, coll. Science en conscience, Paris 1992 ; www.arsitra.org/yacs/files/fetch.php/207/sciencedanslalumiere-ebook.pdf.
- BOUVERESSE Jacques, *La connaissance de l'écrivain. Sur la littérature, la vérité et la vie*, Agone, coll. Banc d'essai, Marseille 2008.
- BOUVRIER Pierre, *Le disciplinaire et l'interdisciplinaire "ordinaire"*, dans Sociologie et Sociétés, vol. 32, n°1 (2000), pp. 229-234 ; <http://id.erudit.org/iderudit/001094ar> [a].
- BOUYER Louis, *Cosmos*, Cerf, Paris 1982.
- BOYER Marcel, *L'Économie du droit d'auteur et de l'utilisation équitable*, Centre interuniversitaire de recherche en analyse des organisations (CIRANO), Les Cahiers de la série scientifique, décembre 2007, <http://www.cirano.qc.ca/pdf/publication/2007s-31.pdf>.
- BOYLE James, *The second enclosure movement and the construction of the public domain*, dans Law and Contemporary Problems, vol. 66 :33 (hiver/printemps 2003), pp. 33-74 ; <http://www.law.duke.edu/pd/papers/boyle.pdf> ; n.b. : 1^{ère} version 2002, mais beaucoup moins étoffée, éditée par Daedalus, *Fencing off Ideas*, ch. 13, accessible à <http://james-boyle.com> [a] ;
- *The Public Domain – Enclosing the Commons of the Mind*, Yale University Press, Yale 2008 ; <http://yupnet.org/boyle>.
- BRAMBILLA Patricia, *L'Art somnambule – Le monde de Christine Sefolosha*, dans Migros Magazine, n°25 (18 juin 2012), pp. 102-103 [a].
- BRANDEAU Michel, *Joseph Beuys, l'homme de feutre*, à propos de la rétrospective Beuys de 1994, dans Le Monde, 23.06.1994.
- BRAQUE Georges, *Le Cahier de Georges Braque*, Maeght, Paris 1994.
- BRAUDEL Fernand, *La Dynamique du capitalisme*, Flammarion, coll. Champs, Paris 1988.
- BRAUNSTEIN Philippe, DELORT Robert, *Venise — portrait historique d'une cité*, Seuil, Paris 1971.
- BRETON Philippe, *L'Utopie de la communication – l'émergence de l'homme sans intérieur*, La Découverte, Paris 2004 (1^{ère} éd. 1992).
- BROUSTRA Jean, LAFARGUE Guy, *L'expression créatrice*, Morisset, coll. Essentialis, Paris 1995.
- BRUGUIERE Jean-Michel, *La Cour de Cassation piégée par les tableaux de Spoerri ?*, dans RLDI 2006/15, pp. 6-9, à propos de l'arrêt Cass 1^{ère} civ., du 15 novembre 2005 [a].

- BRUNON Georges, *L'Art sans l'Histoire de l'art*, L'Harmattan, coll. Métaphysique au quotidien, Paris 2011.
- BUCUREANU Anamaria, *Le modèle européen de protection des droits de l'homme*, dans *Revista de Științe Juridice*, n°38 (1/2007), Bucarest, pp. 97-104 ; http://drept.ucv.ro/RSJ/RSJ_nr1_2007.pdf [a].
- BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE, *Piratage sur Internet : une menace pour votre sécurité*, http://www.wired.com/images_blogs/threatlevel/2009/10/bsareport.pdf [r].
- BUYDENS Mireille, *La Protection de la quasi-crédation*, Larcier, Bruxelles 1993.
- CABANE Pierre, *Entretiens avec Marcel Duchamp*, Somogy, Paris 1995 [1967].
- CABAY Julien, « Ce sont les regardeurs qui font les tableaux – La forme d'une œuvre d'art en droit d'auteur », dans PUTTEMANS Andrée, DEMASSIN Bert (dir.), *Les aspects juridiques de l'art contemporain*, Larcier, Bruxelles 2013, pp. 9-82 [a].
- « CALAMO », *Temps de guerres et droits d'auteur*, 11.03.2007, <http://www.p-s.fr/index.php?2007/03/11/62-temps-de-guerres-et-droits-d-auteur> [a] ;
- *Un peu de gym grâce au Boléro : cas pratique sur les prorogations de guerre*, 14.03.2007, <http://www.p-s.fr/index.php?2007/03/14/69-un-peu-de-gym-grace-au-bolero-cas-pratique-sur-les-proprorogations-de-guerre> [a].
- CALMONT Sébastien, *Le feuilletton HADOPI*, http://www.irpi.ccip.fr/upload/pdf/etudes_juri/09_IRPI_feuilleton_HADOPI.pdf.
- CAMUS Albert, *Noces*, Gallimard, Paris 1936 ;
- *L'Homme révolté*, Gallimard, coll. NRF, Paris 1951, chapitre IV, Révolte en art, pp. 336-342 ; http://classiques.uqac.ca/classiques/camus_albert/homme_revolte/camus_homme_revolte.pdf.
- CANTO-SPERBER Monique, *Éthiques grecques*, essai, Presses universitaires de France, coll. Quadrige, Paris 2001.
- CARCOPINO Jérôme, *Les Secrets de la correspondance de Cicéron*, 2 vol., L'Artisan du livre, Paris 1947.
- CARLUT Christiane, *Contribution à une réflexion sur la liberté artistique d'appropriation*, <http://copycult.constantvzw.org/texts/manifesto.html> [a].
- CARPENTER Humphrey, *J.R.R. Tolkien. Une Biographie*, Christian Bourgois, Paris 1980 ; édition originale éditée par Houghton Mifflin Harcourt, Boston 1977, sous le titre *J.R.R. Tolkien. A Biography*.
- CARR Nicholas, *Web 2.0lier than you*, 23.10.2006, http://www.rougtype.com/archives/2006/10/web_20ier_than.php [a].
- CARRE Stéphanie, *L'Intérêt du public en droit d'auteur*, thèse Montpellier 2004 ; 130.79.225.47/pdf/CentreRecherche/These_Carre_Tome_1.pdf et 130.79.225.47/pdf/CentreRecherche/These_Carre_Tome_2.pdf [r].
- CASTELL Brigitte, *L'Épuisement du droit intellectuel en droits allemand, français et communautaire*, Presses Universitaires de France, Paris 1989.
- CASTETS-RENARD Céline, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, Thèse Paris 11, 2001, L'Harmattan, Paris 2003.

- CENTRE D'ÉTUDES INTERNATIONALES DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (CEIPI), *Quelles limites au droit d'auteur dans la société de l'information ? Réponse du CEIPI au Livre Vert sur « le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance »*, 07.01.2009, <http://www.ceipi.edu/uploads/media/Reponse-livre-vert-07-janvier.pdf> [r].
- CEREZUELLE Daniel, *Technique et désir chez Jean Brun* ✍, dans CHABOT Pascal, HOTTOIS Gilbert (sous la direction de –), *Les Philosophes et la Technique*, actes du Colloque International de Bruxelles organisé sous les auspices de la Fédération Internationale des Sociétés de Philosophie, 2002, Vrin, coll. Pour demain, Paris 2003, pp. 217-230.
- CERQUI Daniela, *La Géolocalisation : un regard anthropologique*, conférence donnée dans le cadre de la journée du 08.12.2011 sur le thème « Bougez, vous êtes localisés ! Opportunités et risques de la géolocalisation », EPFL, Lausanne, http://www.hec.unil.ch/sghernaouti/wp-content/uploads/2011/10/5_8decgeoDCerqui.pdf [p].
- CHAMPEAU Guillaume, *DADVSI : qui arrêtera Renaud Donnedieu de Vabres ?*, 13.03.2006, dans Numerama, <http://www.numerama.com/magazine/2596-dadvs-i-qui-arretera-rddv.html> et <http://www.numerama.com/magazine/2597-dadvs-i-qui-arretera-rddv-eclaircissements.html> [a] ;
- *Décryptage : Sarkozy et son œuvre de contrôle du net*, 20.05.2009, <http://www.numerama.com/magazine/12948-decryptage-sarkozy-et-son-oeuvre-de-contrôle-du-net.html> [a] ;
- *Le Nobel d'économie P. Krugman favorable au téléchargement gratuit* [a], 13.10.2008, <http://www.numerama.com/magazine/10833-le-nobel-d-economie-p-krugman-favorable-au-telechargement-gratuit.html> [a] ;
- *Jean-François Coppe : l'Hadopi « n'est que le point de départ »*, 16.06.2009, <http://numerama.com/magazine/13159-Jean-Francois-Coppe-l-Hadopi-n-est-que-le-point-de-depart.html> [a].
- *Une étude indique que la loi Hadopi augmente le piratage*, 08.03.2010, <http://www.numerama.com/magazine/15210-une-etude-indique-que-la-loi-hadopi-augmente-le-piratage.html> [a] ;
- *Les Prix Nobel d'économie défavorables à la lutte contre le piratage*, 18.09.2010, <http://wwwnumerama.com/magazine/13967-les-prix-nobel-d-economie-defavorables-a-la-lutte-contre-le-piratage.html> [a] ;
- *41 % de logiciels piratés sur les PC des particuliers selon la BSA*, 14.10.2009, <http://www.numerama.com/magazine/14220-4-de-logiciels-pirates-sur-les-pc-des-particuliers-selon-la-bsa.html> [a] ;
- *Les ventes de livres boostées par leur piratage*, 14.10.2009, <http://www.numerama.com/magazine/14232-les-ventes-de-livres-booste-es-par-leur-piratage.html> [a] ;
- *L'évolution de l'industrie du disque en un graphique animé*, 24.08.2011, <http://www.numerama.com/magazine/19622-l-evolution-de-l-industrie-du-disque-en-un-graphique-anime.html> [a].
- *L'Hadopi nomme un hadopi sceptique pour conduire une mission*, <http://www.numerama.com/magazine/17840-l-hadopi-nomme-un-hadopi-sceptique-pour-conduire-une-mission.html> [a].

- CHARNAY Julien, *Pourquoi nous ne lisons plus comme avant*, dans Philosophie Magazine, n°62 (septembre 2012), pp. 40-42 [a].
- CHARTRAND Harry Hillman, *Copyright Creators, Proprietors & Users*, dans Journal of Arts Management, Law & Society, vol. 30, n°3 (automne 2000) ; <http://www.culturaleconomics.atfreeweb.com/cpu.htm> [a].
- CHATUE Jacques, BOVE Laurent, *Épistémologie et transculturalité*, 2 vol. (vol. 1 : *Le paradigme de Lupasco* ; vol. 2 : *le paradigme de Canguilhem*), L'Harmattan, Paris 2009.
- CHAUDENSON Françoise, *À qui appartient l'œuvre d'art?*, thèse Grenoble 2005 ;
- *À qui appartient l'œuvre d'art?*, Armand Colin, Paris 2007.
- CHERPILLOD Ivan, *L'Objet du droit d'auteur: étude critique de la distinction entre forme et idée*, Thèse Lausanne 1985, CEDIDAC, Lausanne 1985.
- CHEVALIER Sébastien, *Qu'est-ce qu'un livre ?*, 22.10.2009, <http://norwitch.wordpress.com/2009/10/22/quest-ce-quun-livre> [a].
- CHIAPELLO Ève, *L'influence idéologique sur la gestion des organisations culturelles : une comparaison France-Angleterre à la lumière des années Thatcher*, dans Les cahiers de recherche de la Chambre de commerce et d'industrie de France, n°457 (1993) [a].
- CHOMSKY Noam, *Sur le contrôle de nos vies*, conférence prononcée à Albuquerque (Nouveau Mexique) le 26 février 2000, Allia, Paris 2007 ;
- *Le lavage de cerveaux en liberté – Plus efficace encore que les dictatures*, entretien recueilli par MERMET Daniel, dans Le Monde diplomatique, août 2007 ; <http://chomsky.fr/entretiens/20070805.html> [a].
- CHOMSKY Noam, BARSAMIAN David, *De la Propagande*, entretiens, Fayard, Paris 2001 ; édition originale éditée par Pluto Press, Londres 2001, sous le titre *Propaganda and the Public Mind*.
- CHOMSKY Noam, HERMAN Edward, *La Fabrication du consentement. De la propagande médiatique en démocratie*, Agone, Marseille 2008 ; version originale éditée par Pantheon Books, New York 1988, sous le titre *Manufacturing Consent / Content – The Political Economy of the Mass Media (la fabrication du consentement)*.
- CHOMSKY Noam, ROBERT Denis, ZARACHOWICZ Weronica, *Deux heures de lucidité – Entretiens avec Noam Chomsky*, Sienné, le 2 novembre 1999, Les Arènes, Paris 2001.
- C.I.G.R.E.F., *Le Phénomène Linux en entreprise – Fiche technologique – Novembre 2000*, http://cigref.typepad.fr/cigref_publications/RapportsContainer/Parus2000/2000_-_Le_phenomene_Linux_en_entreprise.pdf [a].
- CLEMENT-FONTAINE Mélanie, *La Licence publique générale GNU (logiciel libre)*, Mémoire DEA Droit des créations immatérielles, Université de Montpellier I, 1999, dans *Créations Immatérielles et Droit*, 1999 ; <http://crao.net/gpl> ;
- *Bref propos relatif à la valeur juridique de la GPL*, in Multitudes, n°5 (16 mai 2001), *Propriété intellectuelle, logiciels libres, des subjectivités de l'Internet* ; <http://fsffrance.org/gpl/multitudes-gpl.fr.html> [a].
- *Faut-il consacrer un statut légal de l'œuvre libre ?*, janvier 2008, http://www.irpi.ccip.fr/revuepi/article.asp?ART_N_ID=401 [a] ;

- *L'Œuvre libre*, Larcier, Bruxelles 2013.
- C. N. R. S., *Droit d'auteur*, du 07-09-2006, <http://www.sg.cnrs.fr/daj/propriete/droits>.
- Direction des Affaires Juridiques, *Droit d'auteur*, 08.03.2010, <http://www.dgdr.cnrs.fr/daj/propriete/droits/droits.htm> [a].
- COHET Pascal, *Cinquième pouvoir : lobbying citoyen ou contre-lobbying ?*, 22.03.2007, <http://www.agoravox.fr/actualites/citoyennete/article/5e-pouvoir-lobbying-citoyen-ou-21120> [a].
- COLANTINO Frédéric, *Piratage et contrefaçon – Approche socio-criminologique des violations au droit d'auteur et aux droits voisins en matière musicale*, 2000-2001, Mémoire licence en criminologie, Université de Liège (Belgique), http://www.droit-technologie.org/dossiers/piratage_contrefacon_memoire.pdf.
- COLE Julio H., *Étendre les copyrights : une idée contestable*, novembre 2000, <http://www.euro92.com/edi/biblio/cole.htm> [a].
- COLLECTIF, *Déclaration de Berlin sur le Libre Accès à la Connaissance en Sciences exactes, Sciences de la vie, Sciences humaines et sociales*, 2003, http://oa.mpg.de/files/2010/04/BerlinDeclaration_wsis_fr.pdf.
- COLLECTIF, *Initiative de Budapest pour l'Accès Ouvert à l'information scientifique et technique*, du 14 février 2002, (en anglais «*Budapest Open Access Initiative – BOAI*»), <http://www.budapestopenaccessinitiative.org/translations/french-translation> ; réitérée dix ans plus tard : <http://www.budapestopenaccessinitiative.org/boai-10-translations/french>.
- COLLIOT-THELENE Catherine, *Max Weber et l'Histoire*, Presses universitaires de France, Paris 1990.
- COMMISSION EUROPEENNE, *Principes et lignes directrices de la politique audiovisuelle de la Communauté à l'ère numérique*, Communication au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des religions, 14.12.1999, Bruxelles, COM (1999) 657 ; <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1999:0657:FIN:FR:PDF> [r].
- COMMISSION DU PARLEMENT EUROPEEN, *Livre vert – Le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information*, 19.07.1995, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1995:0382:FIN:FR:PDF> [r] ;
- *Suivi du livre vert – Le droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information*, 20.11.1996, COM(96) 568 final ; <http://www.ip-law.be/Lois/communication.droits.auteur.infosoc.1996.pdf> [r] ;
- COMMONER Barry, *L'Encerclement – Problèmes de survie en milieu terrestre*, Stock, Paris 1972; version originale éditée par Alfred Knopf, New York 1971, sous le titre *The Closing Circle – Nature, Man and Technology*.
- COMPAGNON Antoine, *Qu'est-ce qu'un auteur ?*, cours en 12 leçons, <http://www.fabula.org/compagnon/auteur.php>.
- COMTE-SPONVILLE André, *Le Capitalisme est-il moral ? – Sur quelques ridicules et tyrannies de notre temps*, Albin Michel, Paris 2004.

- CORRIGAN Angela, *Antidépresseurs : la France championne du monde toutes catégories*, 26.08.2008, <http://www.continentalnews.fr/actualite/sante,7/antidepresseurs-la-france-championne-du-monde-toutes-categories,2198.html>.
- CORSANI Antonella, DIEUAIDE Patrick, LAZZARATO Maurizio, MONNIER Jean-Marie, MOULIER BOUTANG Yann, PAULRE Bernard, VERCELLONE Carlo, *Le capitalisme cognitif comme sortie de la crise du capitalisme industriel. Un programme de recherche*, Communication au Forum de la régulation, Paris, 11 octobre 2001, http://webu2.upmf-grenoble.fr/regulation/Forum/Forum_2001/Forumpdf/01_CORSANI_et_alii.pdf [a].
- COSTES Lionel, *Actualités – éclairage*, dans RLDI, n°57 (février 2010), p. 5 ; n°61 (juin 2010), p. 5 [a] ; n°63 (août-septembre 2010), p. 5 ; n°64 (octobre 2010), p. 5 ; n°68 (février 2011), p. 5 ; n°72 (juin 2011), p. 5 ; n°73 (juillet 2011), p. 5 ; n°74 (août-septembre 2011), p. 5 ; n°75 (octobre 2011), p. 5 ; n°76 (novembre 2011), p. 5 ; n°77 (décembre 2011), p. 5 [a].
- COTTIN-PERREAU Florence, *Le Principe : un cumul idéal*, 01.05.2006, http://www.fcp-avocats.com/blog/index_files/principe_cumul_ideal.html [a].
- COURTWRIGHT David T., *De Passion à Poison – Les drogues et la construction du monde moderne*, Presses de l'Université de Laval, coll. Paradis artificiels, Laval (Canada) 2008.
- COUSTILLE Charles, *Une histoire du plagiat universitaire*, 19.11.2011, http://www.fabula.org/atelier.php?Histoire_du_plagiat_universitaire [a].
- CRISPINI Patrick, *L'Espace d'un reflet : entre le motif et moi*, décembre 2010, <http://pc-blogspot.com/2010/12/lespace-dun-reflet-entre-le-motif-et.html> [a].
- CROWE Beryl, *The Tragedy of the Commons Revisited*, dans Science Magazine, vol. 166 (1969), n°3909 (28 novembre 1969), pp. 1103-1107 ; <http://www.sciencemag.org/site/feature/misc/webfeat/sotp/pdfs/166-3909-1103.pdf> [a].
- CSIKSZENTMIHALYI Mihaly, *La Créativité – Psychologie de la découverte et de l'invention*, Robert Laffont, coll. Pocket Évolution, Paris 2006 ; version originale éditée par HarperCollins, New York 1996, sous le titre *Creativity : Flow and the Psychology of Discovery and Invention* ;
- CUSIN François, *De la Fonctionnalité à l'accès*, dans Futuribles, n°360 (février 2010), pp. 5-20 [a].
- CUVILLIER Armand, *Nouveau vocabulaire philosophique*, Armand Colin, Paris 1956.
- DAHLBERG Gunilla, MOSS Peter, PENCE Alan, *Au-delà de la qualité dans l'accueil et l'éducation de la petite enfance – Les langages de l'évaluation*, Érès, Toulouse 2012 ; version originale éditée par Routledge, Londres et New-York 1999, sous le titre *Beyond Quality in Early Childhood Education and Care. Language of Evaluation*.
- DAMISCH Hubert, *Le Jugement de Pâris, Iconologie analytique*, vol. 1, Flammarion, coll. Champs Arts, Paris 2011 [1992].
- DARRIEUSSECQ Marie, *Rapport de police – Accusations de plagiat et autres modes de surveillance de la fiction*, P.O.L., Paris 2010 ;
- *Pour son «Procès de Jean-Marie Le Pen», Mathieu Lindon a été condamné. Parce que les juges exigent que les romanciers apportent des preuves – Le procès du roman*, dans Libération, 16.10.1999 ; <http://www.liberation.fr/tribune/0101295741-pour-son-proces->

- de-jean-marie-le-pen-mathieu-lindon-a-ete-condamne-parce-que-les-juges-exigent-que-les-romanciers-apportent-des-preuves-le-proces-du-roman [a].
- DAUDE Raphaëlle, *Gestion des connaissances, société et organisations*, 24.10.2007, <http://calenda.revues.org/nouvelle9218.html> [a].
- DEBAILLEUL Jean-Pascal, *La Synchronicité par les contes – Une ouverture sur l'infini des possibles*, Le Souffle d'or, coll. Champ d'idées, Barret-sur-Méouge (France) 2003.
- DE BIASI Pierre-Marc, *Le Papier, une aventure au quotidien*, Gallimard, coll. Découvertes Gallimard, Paris 1999.
- DE CALLATAÏ Damien, *Le Pouvoir de la gratuité – L'échange, le don, la grâce*, l'Harmattan, coll. L'Esprit économique, Paris 2011.
- DE DUVE Thierry, *Au Nom de l'art (pour une archéologie de la modernité)*, Minuit, Paris 1989.
- DELATTRE Pierre, *Interdisciplinaires (recherches –)*, dans Encyclopedia Universalis, vol. 12, Paris 2002.
- DELCOURT Thierry, *Au risque de l'Art*, L'Âge d'Homme, Lausanne (Suisse) 2007.
- DEJAN Sylvain (laboratoire M@rsouin, CREM), PENARD Thierry, SUIRE Raphaël (Université de Rennes 1), *Une première évaluation de la loi Hadopi sur les pratiques des internautes français*, mars 2010, <http://www.marsouin.org/IMG/pdf/notepadopi.pdf> [r].
- DELEUZE Gilles, *Post-scriptum sur les sociétés de contrôle*, dans *Pourparlers*, Les Éditions de Minuit, Paris 1990, pp. 240-247 ; l'Autre Journal, n°1 (mai 1990) ; <http://infokiosques.net/spip.php?article=214> [a].
- DEL REY Angélique, *À l'École des compétences – De l'éducation à la fabrique de l'élève performant*, La Découverte, Paris 2010.
- DE MELLO Anthony, *Quand la Conscience s'éveille*, Albin Michel, coll. Espaces libres, Paris 2002 ; version originale éditée par Bantam Doubleday Dell, 1990, sous le titre *Awakeness*.
- DENNERY David (dir. de publication), *Apple : la pomme est-elle pourrie ?*, dans Nexus, n°79 (mars-avril 2012), pp. 8-9 [a].
- DERMANGE François, *Le Dieu du Marché – Éthique, économie et théologie dans l'œuvre d'Adam Smith*, Labor et Fides, coll. Le Champ éthique, Genève 2003.
- DESBOIS Henri, *Le droit d'auteur en France*, 3^{ème} éd., Dalloz, Paris 1978.
- DESBOIS Sophie, *Soi-même comme un autre*, 21.02.2013, commentaire du titre éponyme de Paul Ricoeur, http://www.scienceshumaines.com/soi-meme-comme-un-autre_fr_13096.html [a].
- DESCHAMPS Chantal, *Le Chaos créateur*, Guérin, Montréal 2002.
- DESHAIES Bruno, *Michel Foucault, Dits et écrits Volumes III et IV (1976 à 1988)*, compte-rendu de lecture, dans Nuit Blanche n°63 (1996), pp. 19-21 ; <http://www.erudit.org/culture/nb1073421/nb1114660/21210ac.pdf> [a].
- DESHAYES Damien, *Le Parlement européen décide l'extension des droits voisins à 70 ans*, 04.05.2009, <http://www.droit-pi.com/blog/index.php?post/2009/05/04/Le-Parlement-Europeen-decide-l-extension-des-droits-voisins-a-70-ans> [a].
- DESSEMONTET François, *Le droit d'auteur*, CEDIDAC, Lausanne 1999.

- DETIENNE Marcel, VERNANT Jean-Pierre, *Les Ruses de l'intelligence. La mètis des Grecs*, Flammarion, Paris 1974.
- DEVELAY Michel, *La Science et le problème*, dans *Revue internationale de Psychosociologie* 37/2009 (Vol. XV), pp. 55-68 ; http://www.cairn.info/load_pdf.php?ID_ARTICLE=RIPS_037_0053 [a].
- DE WULF Olivier, *Le « Fair use » et les exceptions au droit d'auteur : aspects de droit comparé*, mémoire DEA, Université Paris II, Institut de droit comparé, année 2002-2003, http://www.droit.tic.com/pdf/fair_use.pdf [r].
- DIDEROT Denis, *Lettre sur le commerce de la librairie*, Parangon, Paris 2001 ; version originale éditée en 1763, sous le titre *Lettre sur le commerce des livres* ; http://breese.blogs.com/pi/files/lettre_diderot.pdf.
- DIENG Mahmadane, *Exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection*, Thèse Paris-II, décembre 2012 [r].
- DIETRICH Yann, *Logiciels open source : une réalité juridique au sein des entreprises*, dans *RLDI* 2005/4, n°119.
- DI FILIPPO Éric, *Les logiciels libres*, mémoire DEA Droit Économique des Affaires, Nice - Sophia Antipolis 1999 ; <http://www.juriscom.net/uni/mem/10/log02.rtf> [r].
- DOCK Marie-Claude, *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire*, dans *Histoire internationale du droit d'auteur des origines à nos jours*, dans *Revue internationale du droit d'auteur (RIDA)*, vol. 79 (janvier 1974 – numéro spécial), pp. 127-205 [a].
- DOCKES Pierre, ROSIER Bernard, *L'Histoire ambiguë*, Presses Universitaires de France, Paris 1988.
- DODDS Eric Robertson, *Les Grecs et l'irrationnel*, Flammarion, coll. Champs, Paris 1999 (1^{ère} éd. 1965) ; version originale éditée par University of California Press, Berkeley (CA, USA) 1951, sous le titre *The Greeks and the Irrational*.
- DOMECQ Jean-Philippe, *Misère de l'art – Essai sur le dernier demi-siècle de création (L'Art du Contemporain, vol. 2)*, Pocket, coll. Agora, Paris 1999 ;
- DOUSTE-BLAZY Philippe, *Ne perdons pas la bataille mondiale de l'audiovisuel*, dans *Le Monde*, 30.03.1999 [a].
- DROTHIER Yves, *Licences GPL – Jurisprudences allemandes et françaises*, 18.04.2005, http://solutions.journaldunet.com/0504/050418_fortinet_gpl.shtml [a].
- DU BORD Paul-Henri, *Les écrivains sont-ils des plagiaires ?*, <http://salon-litteraire.com/fr/dossiers/content/1799198-polemique-les-ecrivains-sont-ils-des-plagiaires> [a].
- DUBOST Karl, *Esclavage 2.0 : Eux, nous et moi*, 29.03.2006, <http://www.la-grange.net/2006/03/29.html#web20> [a] ;
- *Esclavage 2.0 : quelques précisions*, 05.05.2006, <http://www.la-grange.net/2006/05/05.html#esclavage-bis> [a].
- DUCHAMP Marcel, *Duchamp du signe*, Flammarion, Paris 1994 [1975].
- DUFOUR Dany-Robert, *Nommer pour penser, la tâche des intellectuels* , dans *La Responsabilité – La condition de notre humanité*, Autrement, série Morales, Paris 1995, pp. 166-181.

- *Le Divin Marché – la révolution culturelle libérale*, Denoël, Paris 2007 ;
- DUFOUR Nicolas, *Une loi pour les libraires plus que pour le livre*, dans *Le Temps*, 01.03.2012, p. 1 [a]
- DUGUAY Benoit, *Spéculation : les origines du capitalisme et de la bourse*, 07.02.2010, <http://benoit-consommation.blogspot.com/2010/02/speculation-les-origines-du-capitalisme.html> [a].
- DUPLESSIS Yvonne, *Une Science nouvelle : la dermo-optique*, Le Rocher, Monaco 1996.
- DURAND Cédric, *Le Capitalisme est-il indépassable ?*, Textuel, Paris 2009.
- DURAND Jean-Pierre, *La Chaîne invisible – Travailler aujourd'hui : flux tendu et servitude volontaire*, Seuil, coll. Économie humaine, Paris 2005.
- DUSOLLIER Séverine, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique – Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Larcier, coll. Création Information Communication, Bruxelles 2005.
- EDELMAN Bernard, *Restons sauvages !*, dans *La Responsabilité – La condition de notre humanité*, Autrement, série Morales, Paris 1995, pp. 132-144 ;
- *L'Adieu aux arts – Rapport sur l'affaire Brancusi*, Aubier, Paris 2001 ;
- *Le Sacre de l'auteur*, Seuil, Paris 2004 [2001].
- *La Propriété littéraire et artistique*, Presses universitaires de France, coll. Que sais-je ?, Paris 2008 [1989] ;
- EGANA Miguel, *Vie de chien, vie d'artiste - Survivre ou sur-vivre ?*, 14.08.2009, <http://miguel-egana.over-blog.com/article-vie-de-chien-vie-d-artiste-survivre-ou-sur-vivre-49549099.html> [a].
- EISENSTEIN Elizabeth L., *La révolution de l'imprimé à l'aube de l'Europe moderne*, La Découverte, Paris 1991 ; version originale éditée par Cambridge University Press, Cambridge 1979, sous le titre *The Printing Revolution in Early Modern Europe*.
- ÉLIE François, *Économie du logiciel libre*, Eyrolles, Paris 2009.
- ELLUL Jacques, *Le Bluff technologique*, Hachette, Paris 1988.
- EMOTO Masaru, *L'Eau, mémoire de nos émotions*, Guy Tredaniel, Paris 2006.
- ENTRAKS, *Non, le droit d'auteur n'est pas mort : éclairage sur la notion d'originalité*, 28.10.2011, <http://www.virusphoto.com/217705-non-le-droit-dauteur-nest-pas-mort-eclairage-sur-la-notion-doriginalite.html> [a].
- EPELBOIN Fabrice, *Rapport Hadopi : le piratage en ligne a détruit 10'000 emplois... fictifs ?*, 18.11.2008, <http://fr.readwriteweb.com/2008/11/18/a-la-une/rapport-hadopi> [a] ;
- *Un rapport commandé par le gouvernement hollandais conclut à un impact « très positif » du peer to peer sur l'économie*, 20.01.2009, <http://fr.readwriteweb.com/index.html?p=2045> [a] ;
- *Votez pour (ou contre) la loi Hadopi*, 10.02.2009, lettre adressée aux députés français, <http://fr.readwriteweb.com/index.html?p=2250> [a] ;

- *Impact positif du P2P : interview des auteurs de l'étude scientifique néerlandaise*, 18.03.2009, <http://fr.readwriteweb.com/2009/03/18/a-la-une/impact-positif-p2p-interview-auteurs-etude-scientifique-neerlandaise> [a].
- ESCARPIT Robert, *Sociologie de la littérature*, Presses universitaires de France, coll. Que sais-je ?, Paris 1992 [1958].
- ETTIGHOFFER Denis, *Libérez, libérez le copyright !*, 13.04.2010, <http://www.ettighoffer.fr/1823/liberez-liberez-le-copyright> [a].
- FAGOT-LARGEAULT Anne, *Petites et grandes fraudes scientifiques – Le poids de la compétition*, Les conférences du Collège de France, <http://conferences-cdf.revues.org/354> [a].
- FARCHY Joëlle, *L'Analyse économique des fondements du droit d'auteur : une approche réductrice pourtant indispensable*, dans *Propriété Intellectuelle*, n°21 (octobre 2006), pp. 388-395 [a].
- FEITZ Anne, *Gallimard double de taille avec le rachat de Flammarion*, dans *Les Échos.fr*, 28.06.2012, <http://www.lesechos.fr/entreprises-secteurs/tech-medias/actu/0202142863461-gallimard-double-de-taille-avec-le-rachat-de-flammarion-338426.php> [a].
- FERAL-SCHUHL Christiane, *Décryptage juridique de la licence Open Source*, <http://www.cio-online.com/parolesdexperts/lire-decryptage-juridique-de-la-licence-open-source-9.html> [a].
- FERRE Vincent, *Tolkien : sur les rivages de la Terre du Milieu*, Christian Bourgois, coll. Agora, Paris 2001.
- FICHTE Johann Gottlieb, *Le Caractère de l'époque actuelle*, cours donnés à Berlin au cours de l'année 1804-1805, Librairie philosophique J. Vrin, Paris 1990 ; version originale publiée par Reimer, xxx 1806, sous le titre *Die Grundzüge des gegenwärtigen Zeitalters. Dargestellt von Johann Gottlieb Fichte, in Vorlesungen, gehalten zu Berlin, im Jahre 1804-1805*.
- FLAHAULT François, « *Be yourself !* » *Au-delà de la conception occidentale de l'individu*, Mille et une nuits, coll. Essais, Paris 2006.
- FLEURY Cynthia, *La Fin du courage – La reconquête d'une vertu démocratique*, Arthème Fayard, Paris 2010.
- FLOCHLAY Nathalie, *L' école doit payer des droits pour une chanson*, dans *Ouest-France*, 13.07.2006 ; http://www.ouest-france.fr/Bretagne_detail.asp?idDOC=315631.
- FÆSSEL Michaël, LAMOUCHE Fabien (textes choisis et présentés par –), *Paul Ricœur – Anthologie*, Seuil, coll. Points Essais, Paris 2007.
- FONTAINE Frédérique, *Droit d'auteur et chocolat*, dans *RLDI* n°50 (juin 2009), pp. 8-9 [a].
- FOUCAULT Michel, *Qu'est-ce qu'un auteur ?*, dans *Bulletin de la Société française de philosophie*, juillet-septembre 1969 ; repris dans *Dits et écrits (1954-1969)*, vol. 1, Gallimard, coll. Bibliothèque des sciences humaines, Paris 1969 [a].
- *Surveiller et punir : naissance de la prison*, Gallimard, Paris 1975.
- FOUCHER Hermine-Charlotte, *Le Concept des arts appliqués au travers de sa protection en droit français et allemand*, <http://m2bde.u-paris10.fr/content/le-concept-des-arts-appliques-au-travers-de-sa-protection-en-droit-francais-et-allemand-par-> [a].

- FOUILLAND Frédéric, *Le Droit moral de l'auteur en droit français*, 2003, mémoire de DEA en droit des affaires, Université Jean Moulin, Lyon III ; <http://www.glose.org/mem016-htm.htm> [r].
- FRANCK Frederick, *L'Œil du zen – Voir selon le Zen ou le dessin comme Méditation*, Éditions du Cercle, Bruxelles 1991; version originale publiée par Vintage Books, New York 1973, sous le titre *The Zen of Seeing – Seeing/Drawing as a Meditation*.
- FREUND Julien, *L'Éthique économique et les religions mondiales selon Max Weber*, dans Archives des sciences sociales des religions, Année 1968, Vol. 26, n°1 (janvier/mars), pp. 3-25 ; http://www.persee.fr/articleAsPDF/assr_0003-9659_1968_num_26_1_1805/article_assr_0003-9659_1968_num_26_1_1805.pdf?mode=light [a].
- FRIEDMAN Milton, *The Social Responsibility of Business is to increase its Profits*, dans The New York Times Magazine, 13.09.1970 ; commentaires en italiques insérés de Craig P. Dunn sous <http://www-rohan.sdsu.edu/faculty/dunnweb/rprnts.friedman.dunn.pdf> [a].
- FROMM Erich, *L'Art de vivre*, Desclée de Brouwer, coll. Psychologie, Paris 2003 ; version originale éditée par Herder, Freiburg (Allemagne) 1993, sous le titre *Die Kunst des Lebens*.
- GADAMER Hans-Georg, *Vérité et Méthode*, Seuil, Paris 1996 ; version originale *Warheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, xxx, xxx 1960.
- GALENSON David, *Painting by Proxy*, 20.03.2012, http://www.huffingtonpost.com/david-galenson/painting-by-proxy_b_1354368.html [a].
- GALLO Marielle, députée européenne, *Droit des auteurs dans l'environnement européen*, 02.12.2009, http://www.mariellegallo.eu/actualites/droits_des_auteurs_dans_l_environnement_europ__en ; http://www.laquadrature.net/files/Projet_de_Rapport_Gallo.pdf [a].
- GARRARD Mary D., *Leonardo da Vinci : Female Portraits, Female Nature*, dans *The expanding Discourse – Feminism and Art History*, Norma Broude and Mary D. Garrard, Westview Press, New-York 1992, pp. 59-86 [a].
- GASC Anne-Valérie, *L'objet de l'intériorité, de l'expression à l'annexion, le déplacement d'une pratique artistique*, thèse Paris 1, décembre 2005.
- GAUDRAT Philippe, *Droits des auteurs, droits moraux. Théorie générale du droit moral*, dans *Juris-Classeur Civil*, annexe Propriété littéraire et artistique, 8 (2001), fasc. 1210 ;
- *Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la «société de l'information»*, dans RTD Com., n°2 (avril-juin 2003), pp. 285-301 (1ère partie) et n°3 (juillet-septembre 2003), pp. 503-520 (2ème partie) [a] ;
- *De l'enfer de l'addiction au paradis des toilettes : tribulations judiciaires au purgatoire du droit d'auteur – Observations sur Civ. 1^{ère} 13 nov. 2008*, dans RIDA 2009, n°220, pp. 81-171 [a].
- GAUDRAT Philippe, SARDAIN Frédéric, *De la copie privée (et du cercle de famille) ou les limites au droit d'auteur*, dans Communication, Commerce électronique, novembre 2005, Études 37, pp. 6 et s. [a].
- GAULEJAC, Vincent de –, *La société malade de la gestion – Idéologie gestionnaire, pouvoir managérial et harcèlement social*, Seuil, coll. Points Économie, Paris 2009 [2005].

- GAUTIER Pierre-Yves, *Propriété littéraire et artistique*, Presses Universitaires de France, coll. Droit fondamental, Paris 2007 (6^{ème} éd.) [xxx] ;
- *Les critères qualitatifs pour la protection littéraire et artistique en droit français*, dans Revue internationale de droit comparé, vol. 46 (1994), n°2, pp. 507-519 ; http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1994_num_46_2_4886 [a].
- GEELAN Jeremy, *Lessig vs. Carr: « It's been a Crazy Couple of Days in the Blogosphere »*, 18.11.2006, http://jeremy.linuxbloggers.com/the_ethics_of_.htm [a].
- GENEREUX Jacques, *Nous, on peut ! Manuel anticrise à l'usage du citoyen*, Seuil, coll. Points Économie, Paris 2012.
- GENETTE Gérard, *L'Œuvre d'art*, 2 vol., (vol. 1 : *Immanence et transcendance* ; vol. 2 : *La Relation esthétique*), Seuil, coll. Poétique, Paris 1994 (vol. 1) et 1997 (vol. 2) (Œuvre).
- GEORGE Susan, *Un autre monde est possible si...*, Fayard, Paris 2004.
- GFS-ZÜRICH, *Résultats de l'enquête de l'institut GFS-Zürich pour la Suisa (extraits)*, janvier 2009, http://www.suisa.ch/fileadmin/user_upload/Dowloads/Medienmitteilungen/Resultats_gfs_SUISA.pdf ; communiqué de presse de la SUIA du 19.05.2009 commentant les résultats du sondage sous <http://www.suisa.ch/fr/nc/news/news-actuel/news/article/2009/05/19/umfrage-zeigt-musik-darf-etwas-kosten> [r].
- GILLMOR Dan, *We The Media – Grassroots Journalism By the People, For the People*, O'Reilly Media, Sebastopol (USA) 2008.
- GINSBURG Jane C., *Histoire de deux droits d'auteur : la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaires*, dans Revue internationale du droit d'auteur (RIDA), vol. 147 (janvier 1991), pp. xxx-xxx ; version originale parue dans Tulane Law Review, vol. 64, n°5 (mai 1990), pp. 991-1031, sous le titre *A Tale of two Copyrights : Literary Property in Revolutionary France and America* ; [http://www.compilerpress.ca/CW/Library/Ginsberg Tale of Two Copyrights TLR 1990.htm](http://www.compilerpress.ca/CW/Library/Ginsberg%20Tale%20of%20Two%20Copyrights%20TLR%201990.htm) [a].
- GIRARD René, *Des choses cachées depuis la création du monde*, entretiens avec Jean-Michel Oughourlian et Guy Lefort, Laffont, Paris 1978.
- GIRARDEAU Astrid, « les Ch'tis » et « Dark Knight » : où est l'impact du piratage ?, xxx, <http://www.ecrans.fr/Les-Ch-tis-et-Dark-Knight-Ou-est-l,5716.html> [a].
- GIRE Pierre, *Christine Marsan – En quoi le mal nous rend plus humain, réflexion sur l'humanisme*, dans Esprit & Vie, n°74 (janvier 2003/2^{ème} quinzaine), Cerf, Paris 2003, pp. 33-34 [a].
- GITTON Antoine, *La Copie privée en perspective*, 2001, <http://www.gitton.net/zedition/CopiePriveePerspective.pdf> [a] ;
- *La Protection de l'environnement intellectuel*, cours de droit littéraire et artistique, 2003-2007, www.gitton.net/Cours/ExtraitCours1.pdf [r] ;
- *Proposition*, <http://www.gitton.net/Editoriaux/proposition.htm> [a].
- GOLDMAN ROHM Wendy, *L'affaire Microsoft – Les charges secrètes contre Bill Gates*, First, Paris 1998; version originale éditée par Time Books, xxx 1998, sous le titre *The Microsoft File*.

- GOMBRICH Ernst, *Méditations sur un cheval de bois ou les origines de la forme artistique*, dans *Méditations sur un cheval de bois et autres essais sur la théorie de l'art*, W, xxx 1986, pp. 15-32.
- GOPNIK Adam, *Le véritable legs d'Adam Smith*, dans Books, n°21 (avril 2011), dossier « Le Capitalisme n'est pas ce que vous croyez », pp. 25-31 ; version originale parue dans The New Yorker, 18.10.2010 [a].
- GORE Al, *La Raison assiégée*, Seuil, Paris 2007.
- GORZ André, *Ecologica*, Galilée, Paris 2008.
- GOWERS Andrew, *Gowers Review of Intellectual Property*, 06.12.2006, http://www.hm-treasury.gov.uk/media/6/E/pbr06_gowers_report_755.pdf [r].
- GRAND Alain, *Journal 1992-1995*, P. et J. Grand, Le Mont-sur-Lausanne 2001.
- GRANGER Gilles-Gaston, *Essai d'une philosophie du style*, Odile Jacob, Paris 1987 (1^{ère} éd. Armand Colin, Paris 1969) ;
- *Épistémologie*, dans Encyclopedia Universalis, vol. 8, Paris 2002, pp. 473-480 [a].
- GRISOT Paul, *Numérisation de la musique et convergence des médias : les mutations de l'industrie musicale*, juin 2008, mémoire, Université Robert Schuman, Institut d'Études politiques de Strasbourg ; http://urs-srv-eprints.u-strasbourg.fr/333/01/GRISOT_Paul_2008.pdf [r].
- GRÜNEBAUM-BALLIN Paul, *Les Serfs mal affranchis – Dialogue sur le droit d'auteur*, dans Le Temps (France), 04.10.1929 p. 3, 05.10.1929 p. 3, 06.10.1929 p. 3 et 08.10.1929 p. 3 [a] ; <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k2476174/f3.texte>.
- GUIGOUX Élisabeth, *Définition des droits fondamentaux*, JO Sénat, 18.11.1999, p. 3808 ; <http://www.senat.fr/questions/base/1999/qSEQ990718050.html> [a].
- GUILLAUD Hubert, *Pourquoi devrions-nous bien accueillir la fin de la vie privée ?*, 27.02.2009, <http://fing.tumblr.com/post/81982246/lift09-pourquoi-devrions-nous-bien-accueillir-la-fin> [a] ;
- *La valeur sociale de la vie privée*, 21.10.2009, dans InternetActu.net, n°241 (23 octobre 2009), <http://www.internetactu.net/2009/10/21/la-valeur-sociale-de-la-vie-privee> [a] ;
- *Que nous faut-il pour « Refaire société » ?*, dans InternetActu.net, n°312 (17 novembre 2011), <http://www.internetactu.net/2011/11/14/que-nous-faut-il-pour-refaire-societe> [a] ;
- *Questions numériques 2012-2013, le temps des ruptures (1/2) : Secessions territoriales*, dans InternetActu.net, n°324 (2 mars 2012), <http://www.internetactu.net/2012/02/22/questions-numeriques-2012-2012-le-temps-des-ruptures-12-secessions-territoriales> [a].
- GUIMONT Fabienne, *Michelle Bergadaà (présidente de la commission d'éthique du Luxembourg) : « Le plagiat universitaire doit être réglé par le monde académique, pas par la justice civile »*, 23.06.2011, <http://www.letudiant.fr/educpros/actualite/michelle-bergadaa-presidente-de-la-commission-dethique-du-luxembourg-le-plagiat-univers.html> [a].
- GUSDORF Georges, *Interdisciplinaire (Connaissance)*, dans Encyclopaedia universalis, Corpus (vol. 8), pp. 1086-1090.

- HACQUARD Georges, DAUTRY Jean, MAISANI Olivier, *Guide romain antique*, 25^{ème} éd., Classiques Hachette, Hachette, Paris 1978 [1952].
- HADDADIN Suhail, *Essai sur une théorie générale en droit d'auteur*, thèse, Université de Poitiers, 22.11.2008, http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/66/23/82/PDF/2008-Haddadin-Suhail-Theses_1_.pdf [r].
- H.A.D.O.P.I., *Rapport d'activité 2010*, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/stockage/rapports-publics/114000603/0000.pdf> [r] ;
- *Hadopi, biens culturels et usages d'Internet : pratique et perception des internautes français – T0*, 23.01.2011, <http://www.scribd.com/doc/47460084/Hadopi-Etude-T0-Biens-culturels-et-usages-d-Internet-pratiques-et-perceptions-des-internautes-francais> [r] ;
- *Hadopi, biens culturels et usages d'Internet : pratique et perception des internautes français – 2^{ème} vague barométrique*, 18.05.2011, http://www.hadopi.fr/download/sites/default/files/page/pdf/t1_etude_longue.pdf [r].
- HARDIN Garrett, *The Tragedy of the Commons*, dans *Science*, vol. 162, n°3859 (13 décembre 1968), pp. 1243-1248 ; <http://www.physics.ohio-state.edu/~wilkins/sciandsoc/tragedy.pdf> [a].
- HARDOUIN Ronan, *Existe-t-il des limites aux exceptions ?*, 10.04.2008, <http://www.p-s.fr/index.php?2008/04/10/111-existe-t-il-des-limites-aux-exceptions> (a).
- HARMAN Willis, RHEINGOLD Howard, *Créativité transcendante – devenir le cocréateur de sa vie*, de Mortagne, coll. Par 4 chemins, Montréal 1992 ; version originale éditée par Penguin/Putnam, New York 1984, sous le titre *Higher Creativity – Liberating the Unconscious for Breakthrough Insights*.
- HARRIS Michael Bond, *The effects of performing one altruistic act on the likelihood of performing another*, dans *Journal of Social Psychology*, n°88 (1972), pp. 65-73.
- HARRISON Robert, *Forêts – Essai sur l'imaginaire occidental*, Flammarion, coll. Champs, Paris 1992.
- HAYECK Friedrich A. von –, *Constitution de la liberté*, Litec, Paris 1994 [1960].
- HEIDEGGER Martin, *Concepts fondamentaux*, Gallimard, Paris 1985 ; version originale publiée en 1941, sous le titre *Grundbegriffe*.
- HEINICH Nathalie, *Pour en finir avec la querelle de l'art contemporain*, dans *Le Débat*, n°104 (1999/2 ; mars-avril 1999), Gallimard, Paris, pp. 106-115 [a].
- HELLMANN Françoise, *ΣΩΚΡΑΤΕΣ – Socrate ou la pesée de l'âme*, Edition 2&1, Guilherand-Granges (France) 1997.
- HELPRIN Mark, *A Great Idea Lives Forever : Shoudn't Its Copyright ?*, dans *New York Times*, 20.05.2007; <http://www.nytimes.com/2007/05/20/opinion/20helprin.html> [a].
- HENRY Michel, *La Barbarie*, essai, Grasset, Paris 1987 ;
- *Art et phénoménologie de la vie*, entretien avec Michel Henry à propos de son œuvre éponyme, <http://www.philagora.net/philofac/henryart.htm> [a].
- HILLIOT Dana, *De la Dissémination de la musique* [a], février 2005, www.outsiderland.com/danahilliot/pdf/dissemination.pdf [a].

- HIRSCHBERG Lynn, *Nothing Random*, dans *The Times Magazine*, 20.07.2003 ; <http://www.nytimes.com/2003/07/20/magazine/20RANDOM.html> [a].
- HIRTLE Peter B., *Copyright Term in the Public Domain in the United States*, 01.01.2012, <http://www.copyright.cornell.edu/resources/docs/copyrightterm.pdf> [r].
- HOMS Clément, *Le droit de propriété intellectuelle ?... C'est le vol ! Proudhon, Victor Hugo, Orwell et quelques autres...*, du 13 avril 2007, <http://decroissance.info/Le-droit-de-proprieite#nb1> [a].
- HÖNER Christian, *Qu'est-ce que la valeur ? De l'essence du capitalisme. Une introduction*, 14.10.2010, <http://palim-psao.overblog.fr/article-35929096.html> [a].
- HUGHES Justin, *Fair Use Across Time*, dans *Ucla Law Review*, vol. 50 (février 2003), pp. 775-800, http://www.aipla.org/Content/ContentGroups/Speaker_Papers/Annual_Meeting_Speaker_Papers/200717/Hughes-paper2.pdf [a].
- HUMBERT Geneviève (dir.), *La Tradition manuscrite en écriture arabe*, *Revue des mondes musulmans et de la Méditerranée (REMM)*, n°99-100 (2002), Édisud, Aix-en-Provence 2002.
- HUYGEN Dear Annelies, POORT Joost, VAN EIJK Nico, RUTTEN Paul et al. (TNO ET IVIR), 18.02.2009, *Ups and Downs – The economic and cultural effects of file sharing on music, film and games*, http://www.ivir.nl/publicaties/vaneijk/Ups_And_Downs_authorised_translation.pdf [r].
- IAN Janis, *From the Majors to the Minors*, dans *Performing Songwriter Magazine* n°46 (avril 2000) ; <http://www.janisian.com/reading/majors.php> [a] ;
- *The Internet Debacle : An Alternative View*, dans *Performing Songwriter Magazine*, mai 2002 ; <http://www.janisian.com/reading/internet.php> [a] ;
- *Fallout: A Follow Up To The Internet Debacle*, 01.08.2002, <http://www.janisian.com/reading/fallout.php> [a].
- I.F.P.I. SUISSE, *Les Dispositifs anti-copie sur les CD*, http://www.ifpi.ch/f/docs/kopierschutz_f.html [a] ;
- *La Duplication des CD audio*, http://www.ifpi.ch/f/docs/cdcopy_f.html [a] ;
- *Histoire du droit d'auteur*, <http://www.urheberrecht.ch/F/heute/duh10.php?m=5&s=1> [a] ;
- *MP3 : Qu'est-ce qui est permis ?*, http://www.ifpi.ch/f/docs/mp3_f.html [a].
- INCHAUSPE Irène, GODEAU Rémy, *Main basse sur la musique – Enquête sur la Sacem*, Calmann-Lévy, Paris 2003.
- IOSIF Corina, *L'Entreprise de la parenté – Réseaux d'échanges entre les Aroumains de Costanța*, *Fundației Pentru Studii Europene*, Cluj-Napoca 2009.
- JACQUES Alexia, LEFEBVRE Alex, *La Création artistique... Un en-deçà du désir*, dans *Cahiers de psychologie clinique*, n°24 (2005/1), pp. 199-225 ; http://www.cairn.info/load_pdf.php?ID_ARTICLE=CPC_024_187 [a].
- JAPPE Anselm, *Les Aventures de la marchandise. Pour une nouvelle critique de la valeur*, Denoël, Paris 2003.

- JAUFFRET Magali, *Bill Gates bientôt devant la justice française ?*, dans l'Humanité, 22.08.2011 ; <http://www.humanite.fr/culture/bill-gates-bientot-devant-la-justice-francaise-478373> [a].
- JAUSS Hans-Robert, *Pour une esthétique de la réception*, Gallimard, coll. Tel, Paris 1990 ; version originale éditée par Cornell University Press, New York 1978, sous le titre *The Theory of Reception: A Retrospective of its Unrecognized Prehistory*, dans *Literary Theory Today*.
- JIMENEZ Marc, *Qu'est-ce que l'esthétique?*, Gallimard, coll. Folio essais, Paris 1997.
- JOLLIEN Alexandre, *Petit traité de l'abandon – Pensées pour accueillir la vie telle qu'elle se propose*, Seuil, Paris 2012.
- JORION Paul, *Le Rapport entre la valeur et le prix – Ou comment revisiter la théorie smithienne de la valeur en mobilisant Aristote*, 11.04.2007, dans Revue du MAUSS permanente, <http://www.journaldumauss.net/spip.php?article39> [a].
- JOUARY Jean-Paul, *Préhistoire de la beauté – Et l'art créa l'homme*, Les Impressions Nouvelles, coll. Réflexions faites, Bruxelles 2012.
- JOURDAIN Anne, *Ce que sait la main*, 08.02.2011, à propos du livre éponyme de Richard Sennett, dans Sociologie, comptes rendus, 2011 ; <http://sociologie.revues.org/685> [a].
- JUNG Carl Gustav, *Problèmes de l'âme moderne*, Buchet / Castel, Paris 1976.
- JURISPEDIA, *Copyright et droit d'auteur*, [http://fr.jurispedia.org/index.php/Copyright_et_droit_d_auteur_\(int\)](http://fr.jurispedia.org/index.php/Copyright_et_droit_d_auteur_(int)) [a].
- *Épistémologie du droit*, http://fr.jurispedia.org/index.php/épistémologie_du_droit.
- KAHN Alfred E., *Fundamental Deficiencies of the American Patent Law*, dans The American Economic Review, vol. 30, n°3 (septembre 1940), pp. 475-491 [a].
- KANDINSKY Wassily, *Du spirituel dans l'art et dans la peinture en particulier*, Gallimard, coll. Folio Essais, Paris 1989 ; version originale éditée par xxx, xxx 1919, sous le titre xxx [1919].
- KANT Immanuel, *Critique de la Raison pratique*, dans Kant, *Œuvres complètes*, Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, Paris xxx, pp. Xxx-xxx ; version originale éditée par xxx ;
- *Qu'est-ce que les Lumières ?*, dans Kant, *Œuvres complètes*, Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, Paris xxx, pp. Xxx-xxx ; version originale éditée par xxx ;
- *Critique de la faculté de juger* (partie 1 : esthétique), Flammarion, coll. GF, Paris 2008 ; version originale publiée en 1790 par xxx sous le titre xxx ;
- *Qu'est-ce qu'un livre ?*, dans *Œuvres philosophiques*, t. III, *Métaphysique des Mœurs, Doctrine universelle du droit*, §31, II, Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, Paris 1986, p. 551 ; version originale publiée en 1797 par xxx sous le titre xxx.
- KAPRIELIAN Nelly, *Marie Darrieussecq : « L'accusation de plagiat est une mise à mort »*, 09.01.2010, <http://www.lesinrocks.com/2010/01/09/actualite/marie-darrieussecq-laccusation-de-plagiat-est-une-mise-à-mort-1134747> [a].
- KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd. fortement remaniée, trad. fr. Charles Eisenmann, Dalloz, coll. Philosophie du droit, Paris 1989 (voir aussi L.G.D.J., Paris 1999) ; édition

- de 1962 consultable sous Gallica, <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5839204w.r=.langFR> ; version originale éditée par Franz Deuticke, Vienne 1934 ; 2^{ème} éd. fortement remaniée et augmentée, Vienne 1960, sous le titre *Reine Rechtslehre*.
- KEMPF Hervé, *Pour sauver la planète, sortez du capitalisme*, Seuil, coll. L'Histoire immédiate, Paris 2009.
- KENAÏSSI Abderrahim, *Épistémologie de la complexité*, février 1998, Texte de validation du module Épistémologie, Maîtrise I.U.P. Métiers de la formation, USTL-CUEEP, Lille, <http://abder.kenaissi.pagesperso-orange.fr/texte3.htm> [a].
- KERROS Aude de –, *L'Art caché – Les dissidents de l'Art contemporain*, Eyrolles, Paris 2007.
- KERVEGAN Jean-François, *La critique schmittienne du normativisme kelsénien*, à propos de l'ouvrage dirigé par Serge Diebolt, *Penser la norme. Approches juridiques et philosophiques*, Université de Rennes, Rennes 1996, <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/nomos8.htm> [a].
- KIRKPATRICK Marschall, *Facebook's Zuckerberg Says The Age of Privacy is Over*, 09.01.2009, http://www.readwriteweb.com/archives/facebook_zuckerberg_says_the_age_of_privacy_is_ov.php [a] ;
- KLEE Paul, *Théorie de l'art moderne*, Denoël, coll. Folio essais, Paris 1985 ; version originale éditée par Schwabe & Co, Bâle 1956, sous le titre *Das Bildnerische Denken, Schriften zur Form- und Gestaltungslehre*.
- KLEIN Naomi, *La stratégie du choc – La montée d'un capitalisme du désastre*, Actes Sud, Paris 2008 ; version originale éditée par Metropolitan Books, Londres 2007, sous le titre *The Choc Doctrine : The Rise of Disaster Capitalism (Stratégie du Choc)*
- KITCH Edmund W., *Elementary and persistent Errors in the economic Analysis of Intellectual Property*, dans *Vanderbilt Law Review*, vol. 53 (2000), pp. 1727-1741 [a].
- KOKOPELLI, *La Biodiversité sacrifiée sur l'autel de la productivité - La Cour de Justice de l'Union Européenne désavoue Kokopelli et son avocat général*, 13.07.2012, http://kokopelli-semences.fr/juridique/proces_perdu_2012 [a].
- KRAFFT Camille, *Corruption : comment le milieu politique suisse se prostitue au profit de qui veut bien l'acheter*, dans *24 Heures*, 03.12.2004 ; http://www.interet-general.info/article.php3?id_article=3358 [a].
- KRIEGEL Blandine, *La Violence à la télévision*, novembre 2002, rapport au ministre de la Culture et de la Communication, <http://www.ladocumentation-francaise.fr/var/storage/rapports-publics/024000584/0000.pdf> [r].
- KRIM Tariq, *Le peer to peer un autre modèle économique pour la musique*, 16.06.2004, étude remise à l'ADAMI, <http://www.irma.asso.fr/IMG/pdf/Etude-P2P-Tariq-KRIM-ADAMI.pdf> [r].
- KOCH Simon, *Le Téléchargement à tout va reste permis*, dans *Le Matin*, 01.12.2011, p. 12 [a].
- LA BOETIE Étienne de –, *Discours sur la servitude volontaire*, 1548, <http://www.forget-me.net/LaBoetie/servitude.pdf>.
- LACROUX Jean-Pierre, *Une petite histoire du papier*, Quintette, Paris 2001.
- LADRIERE Jean, *L'engagement*, Encyclopaedia Universalis, Paris xxx.

- LAGUEUX Maurice, *Un défi pour la pédagogie universitaire : le plagiat inconscient*, dans Pédagogiques, revue de pédagogie de l'enseignement supérieur, vol. 4, n°1 (automne 1983), pp. 97-103 ; http://classiques.uqac.ca/contemporains/lagueux_maurice/defi_pour_pedagogie_universitaire/pour_pedagogie_universitaire.pdf [a].
- LALIGANT Olivier, *La Révolution française et le droit d'auteur ou pérennité de l'objet de la protection*, dans Revue internationale du droit d'auteur (RIDA), vol. 147 (janvier 1991), pp. 2-123 [a].
- *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ?*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix 1999.
- LAMBERTERIE Isabelle de —, *De l'incitation à la création au droit à la culture. Quelle dynamique pour les droits d'auteur aujourd'hui ?*, dans Réseaux, vol. 16, n°88-89 (mars-juin 1998), pp. 77-90 ; http://www.persee.fr/articleAsPDF/reso_0751-7971_1998_num_16_88_3225/article_reso_0751-7971_1998_num_16_88_3225.pdf [a].
- LANÇON Philippe, *L'Art à part d'Edward Hopper*, 05.10.2012, http://www.liberation.fr/culture/2012/10/05/l-art-a-part-d-edward-hopper_851257 [a].
- LANDES David Saul, *Richesse et pauvreté des nations*, Albin Michel, Paris 2000 ; version originale publiée par W.W. Norton, New York 1998, sous le titre *The Wealth and Poverty of Nations – Why Some Are So Rich and Others So Poor*.
- LANDES William M., POSNER Richard A., *An Economic Analysis of Copyright Law*, dans Journal of Legal Studies, vol. 18 (1989), pp. 325-363 [a] ;
- *Indefinitely Renewable Copyright*, (2003) 70 dans University of Chicago Law Review, n°70 (2003), pp. 471-518 [a].
- LANDLER Mark, *Random House Chief to Step down, Executives say*, dans The New York Times, 06.05.2008 ; <http://www.nytimes.com/2008/05/06/books/06book.html?partner=rssnyt&emc=rss> [a].
- LANG Luc, *Délit de fiction – La littérature, pourquoi ?*, Gallimard, coll. Folio essais, Paris 2011.
- LANNOYE Paul, *Technologies et société : des technologies pour l'homme ou le marché ?*, Les Dossiers du Groupe de réflexion et d'action pour une politique écologique (GRAPPE) asbl, http://www.bio-info.be/pages/espacedossierpdf/TECHNOLOGIES_et_societe.pdf [r].
- LA PORTE Xavier de —, *L'Accès à l'Internet n'est pas un droit de l'homme*, 16.01.2012, dans InternetActu.net, n°319 (20 janvier 2012) ; <http://www.internetactu.net/2012/01/16/l'accès-a-l'internet-n'est-pas-un-droit-de-l'homme> [a].
- LARRIEU Jacques, *Le téléchargement au Paradis ? À propos de l'arrêt de la cour de Montpellier du 10 mars 2005*, du 21.03.2005, <http://www.juricom.net> [a].
- LASKE Karl, *La grande manipulation*, entrevue avec Olivier Bonnet, auteur du livre « La Grande Manipulation », 12.06.2008, dans Contre-Journal, http://contrejournal.blogs.liberation.fr/mon_weblog/2008/06/bla-bla/comments/page/2 [a].
- LATOURNERIE Anne, *Petite histoire des batailles du droit d'auteur*, du 01.06.2001, dans Multitudes, mai 2001 ; http://freescape.eu.org/biblio/article.php3?id_article=33 [a].
- LAUNET Édouard, « *Présumés* » non coupables, dans Libération, 26.06.2009 [a].

- LAURENT Philippe, *Logiciels libres : le droit d'auteur contre le droit d'auteur*, 2002-2003, Mémoire de D.E.A. en droit intellectuel, Namur (Belgique), http://www.droit-technologie.org/dossiers/logiciels_libres_ph_laurent.pdf [r].
- LAWLESS Jill, *Lucas Loses UK Battle Over Stormtrooper Helmets*, 27.07.20011, dans Huffington Post; http://www.huffingtonpost.com/2011/07/27/lucas-loses-uk-battle-ove_n_910987.html [a].
- LE BOT Marc, *Paul Klee*, Maeght, coll. Chroniques anachroniques, Paris 1992.
- LE CHAPELIER Isaac-René-Guy, Rapport du 17 janvier 1791 à l'Assemblée nationale au nom du Comité de Constitution, sur la Pétition des Auteurs dratiques, <http://www.juriscom.net/documents/RapportLeChapelier.pdf> [r].
- LE CROSNIER Hervé, *Une bonne nouvelle pour la théorie des Biens Communs*, 12.10.2009, <http://vecam.org/article1122.html> [a].
- LE GOFF Jacques, TRUONG Nicolas, *Une histoire du corps au Moyen Âge*, Liana Levi, coll. Piccolo Histoire, Paris 2003.
- LEGROS Martin, *Apprendre à l'ère d'Internet*, dans Philosophie Magazine, n°62 (septembre 2012), pp. 36-37 [a] ;
- *Moteurs de recherche*, dans Philosophie Magazine, n°62 (septembre 2012), pp. 54-56 [a].
- LEHRER Jonah, *Imagine – How Creativity Works*, Houghton Mifflin Harcourt, Boston 2012.
- LEMYRE Pierre-Paul, WILLEMANT Richard, *Problématiques juridiques des logiciels libres et ouverts : défis et solutions pour le gouvernement du Québec (RESOLL)*, Rapport de projet, Montréal 2005, <http://cirano.qc.ca/pdf/publication/2005RP-06.pdf>.
- LEPAGE Henri, *Faut-il repenser les droits de propriété intellectuelle dans la société du savoir ?*, xxx, <http://www.eurolibnetwork.net/espacelepage.php> [a].
- LESPER Avelina, *Six dogmes pour un non-art*, dans Books, septembre 2013, pp. 32-37 [a].
- LESSIG Lawrence, *Culture libre – Comment les medias utilisent la technologie et la loi pour confisquer la culture et contrôler la créativité*, http://fr.readwriteweb.com/wp-content/uploads/Culture_Libre-Lawrence_Lessig.pdf ; version originale éditée par The Penguin Press, xxx 2004, sous le titre *Free Culture : How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, <http://www.free-culture.cc/freeculture.pdf>.
- *L'Avenir des idées : le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques*, Presses Universitaires de Lyon, Lyon 2005 ; version originale publiée par Random House, New York 2002, sous le titre *The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a Connected World*.
- *Créatifs hyperactifs*, dans Libération n°7690 (28.01.2006), cahier spécial, p. 7 ; article original paru dans The Financial Times [a] ;
- *The Ethics of Web 2.0 : YouTube vs. Flickr, Revver, Eyespot, blip.tv, and even Google*, 20.10.2006, http://lessig.org/blog/2006/10/the_ethics_of_web_20_youtube_v.html [a].
- *Against Term Extension Archives*, 07.11.2006, 06.12.2006, 07.12.2006, 08.12.2006, http://lessig.org/blog/against_term_extension [a] ;

- *Corruption – The General Idea*, <http://wiki.lessig.org/Corruption> ; *Corruption – Criticism of the General Idea*, http://wiki.lessig.org/Criticism_of_the_General_Idea [a] ;
- *Against perpetual Copyright*, http://wiki.lessig.org/Against_perpetual_Copyright [a].
- LE TOURNEAU Philippe, *L'Éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, essai, Dalloz et Dunod, Paris 2001 [2000] ; <http://pagesperso-orange.fr/philippe-le-tourneau/media/EthiqueAffaires.htm> [r] ;
- *Folles idées sur les idées*, dans *Communication, Commerce électronique*, 2001/2, chron. 4 ; <http://www.philosophiedudroit.org/le%20tourneau,%20folles%20idees.htm> [a].
- LEVINAS Emmanuel, *Totalité et infini*, Martinus Nijhof, La Haye 1971.
- LEVY Bruno, Laurence Parisot : « *Le projet de François Hollande représente une charge écrasante pour les entreprises* », dans *Les Échos*, 13.03.2012, <http://www.lesechos.fr/economie-politique/france/actu/0201943542891-laurence-parisot-le-projet-de-francois-hollande-represente-une-charge-eccrasante-pour-les-entreprises-300992.php> [a].
- LEVY Steven, STONE Brad, *The New Wisdom of the Web*, dans *Newsweek*, 03.04.2006 ; <http://www.newsweek.com/id/45976> [a].
- LEVY-GARBOUA Louis, LESTANG-PRECHAC Véronique, *Fraude : bien mal acquis ne profite jamais*, dans *Le Fil de Paris*, journal de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, n°9 (mars 2011), pp. 1-4 ; <http://www.responsable.unige.ch/Documents/n9-Sorbonne.pdf> [a].
- L'EXPANSION.COM, *10 chiffres pour comprendre la crise du disque*, 20.01.2009, http://lexpansion-lexpress.fr/high-tech/10-chiffres-pour-comprendre-la-crise-du-disque_172553.html [a].
- LIBOIS Boris, STROWEL Alain (dir.), *Profils de la création – Technoscience, art et politique*, interventions du colloque international organisé par le Centre de droit de la culture des Facultés universitaires Saint-Louis, 22 et 23 septembre 1994, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles 1997.
- LIEBOWITZ Stan J., *Policing Pirates in the Networked Age*, dans *Cato Policy Analysis*, n°438 (15.05.2002), <http://www.cato.org/pubs/pas/pa438.pdf> [a].
- LIGUE ODEBI, *Le DADvSI pour les nuls* ; <https://www.odebi.org/dadvsi/LeDADvSIpourlesnuls.html> [a].
- LINANT DE BELLEFONDS Xavier, *Droits d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Dalloz, Paris 2004.
- LINSOLAS Julien, *Le statut du logiciel libre*, du 18.02.2003, <http://www.droit-ntic.com>.
- LOCKE John, *Traité du gouvernement civil*, trad. Davuk Mazel, Garnier-Flammarion, coll. Texte intégral, Paris 1992 [1990] ; édition originale publiée par xxx, Londres 1690, sous le titre *Two Treatises of Government, in the former the false Principles, and Fondation of Sr. Robert FILMER and his Followers are detected and overthrown : The later is an Essay concerning the true Origine, Extent and End of Civil Government* ; http://classiques.uqac.ca/classiques/locke_john/traite_du_gouvernement/traite_du_gouv_civil.doc.
- LOUBET DEL BAYLE Jean-Christophe, *Les premiers livres imprimés en Corée*, octobre 1999, d'après LEE Hee-Jae, *La Typographie coréenne au XV^e siècle*, CNRS, Paris 1987, http://typographie.org/gutenberg/coree/coree_01.html [a].
- LOVE Courtney, *Courtney Love does the Math*, 14.06.2000, http://www.salon.com/2000/06/14/love_7 [a].

- LOWRY Martin J., *Le Monde d'Alde Manuce. Imprimeurs, hommes d'affaires et intellectuels dans la Venise de la Renaissance*, Promodis - Cercle de la librairie, coll. Histoire du Livre, Paris 1989 ; version originale éditée par Blackwell, Oxford 1979, sous le titre *The World of Aldus Manutius : Business and Scholarship in Renaissance Venice*.
- LUCAS André, LUCAS Henri-Jacques, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2e éd., Litec, Paris 2001.
- LUCAS André, SIRINELLI Pierre, *L'Originalité en droit d'auteur*, dans J.C.P G., 1993, I, 3681 [a].
- MACKAAY Ejan, *Les droits intellectuels entre propriété et monopole*, dans Revue internationale de droit économique, 10 (1986), pp. 43-88, puis dans Revue des Etudes Humaines, n°1 (mai 1990) ; résumé sous <http://www.libres.org/francais/articles/mache/mackaay11b.htm> [a] ;
- *Le marché du progiciel – licence ou vente*, dans Cahiers de propriété intellectuelle 6/3 (2003), pp. 401-416 ; http://www.cdaci.umontreal.ca/pdf/mackaay_marche_progiciel.pdf [a] ;
- *Analyse économique de la vie – Réflexions sur la durée du droit d'auteur*, journées de l'ALAI, Vienne, 9-11 septembre 2010, <http://www.cirano.qc.ca/pdf/publication/2011s-39.pdf> [a].
- MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane, *Analyse économique du droit*, Dalloz-Sirey et Thémis, Paris et Montréal 2008.
- MAGARINOS-REY Blanche, *Retour sur un procès perdu*, juillet 2012, <http://kokopelli-semenes.fr/juridique/proces-perdu> [a].
- MALHERBE Jean-François, *Le Langage théologique à l'âge de la science – Lecture de Jean Ladrière*, Cerf, coll. Cogitatio fidei, Paris 1985 ;
- *Le Nomade polyglotte*, Érasme, Namur (Belgique) 2003 ;
- *L'Art et sa violence*, dans BEDARD Jean, MALHERBE Jean-François, *Telle une « œuvre d'art », la vie...*, G.G.C., Sherbrooke (Canada) 2003, pp. 73-77 [a] ;
- *Qu'est-ce qu'une œuvre d'art ?*, dans BEDARD Jean, MALHERBE Jean-François, *Telle une « œuvre d'art », la vie...*, G.G.C., Sherbrooke (Canada) 2003, pp. 127-149 [a].
- *La Démocratie au risque de l'usure – L'éthique face à la violence du crédit abusif*, Liber, Montréal 2004 ;
- *Sujet de vie ou objet de soins ? Introduction à la pratique de l'éthique clinique*, Fides, Montréal 2007 ;
- *La philosophie de Karl Popper et le positivisme logique*, PUF, Paris 1979 ;
- *Maître Eckhart – « Souffrir Dieu » – La prédication de Maître Eckhart*, Cerf, Paris 2003 ;
- *Les germes de totalitarisme dans la « Raison pratique » kantienne*, dans LACROIX André (éd.), *Redéployer la raison pratique : pour une éthique pragmatique*, Liber, Montréal 2011, pp. 11-34 [a] ;
- *Tendre l'oreille à l'inouï – L'éthique des hérétiques*, Cerf, coll. La nuit surveillée, Paris 2013.

- MANACH Jean-Marc, *La Vie privée, un problème de vieux cons ?*, 12.03.2009, dans InternetActu.net, n°221 (13 mars 2009), <http://www.internetactu.net/2009/03/12/la-vie-privee-un-probleme-de-vieux-cons> [a].
- *La vie privée peut tuer*, 02.03.2010, dans InternetActu.net, <http://www.internetactu.net/2010/03/02/la-vie-privee-peut-tuer> [a].
- MARIS Bernard, *Anti-manuel d'économie*, 2 vol. (vol. 1 : les Fourmis ; vol. 2 : les Cigales), Bréal, Rosny sous Bois (France) 2003 (*Anti-manuel*).
- MASMEJAN Denis, *Les baladeurs frappés par le droit d'auteur*, dans Le Temps, 12.07.2007, p. 27 [a].
- MATHIEU Jean-Baptiste, *La Représentation comme fiction – Une relecture de Kendall Walton, Mimesis as make-believe*, www.fabula.org/revue/cr/197.php [a].
- MATTEI Thierry, *Un vol de l'intime*, dans *Les Plagiaires*, dossier, Télérama, n°3219 (21.09.2011), pp. 29-36, p. 32 [a].
- MAUCOURANT Jérôme, *Karl Polanyi, une biographie intellectuelle*, dans La Revue du MAUSS, n°29 (1^{er} semestre 2009), *Avec Karl Polanyi, contre la société du tout-marchand*, pp. 35-62 ; <http://www.journaldumauss.net/spip.php?article662> [a].
- MAUREL Lionel, *Le copyright des casques de Stormtrooper !*, mars 2009, <http://scienceextra.wordpress.com/2011/09/10/le-copyright-des-casques-de-stormtrooper> [a].
- *Réforme du droit d'auteur et financement de la création : il est temps de passer à l'offensive !*, 31.07.2012, <http://scinfolex.wordpress.com/2012/07/31/reforme-du-droit-dauteur-et-financement-de-la-creation-il-est-temps-de-passer-a-loffensive>.
- MAUREL-INDART Hélène, *Du Plagiat*, Presses Universitaires de France, coll. Perspectives critiques, Paris 1999 ;
- *Plagiats, les coulisses de l'écriture*, La Différence, coll. Les Essais, Paris 2007 ;
- *Itinéraire d'une recherche en littérature*, http://leplagiat.net/data/doc_de_synthese_hdr.doc [r].
- *Le Système citationnel à géométrie variable*, dans RLDI, n°82 (mai 2012), pp. 79-81 [a].
- MAY Benjamin, *Contrats informatiques : gare au charivari des licences de logiciel*, du 29.07.2005, <http://www.economag.com/2005/07/29/contrats-informatiques-gare-au-charivari-des-licences-de-logiciel>.
- *Le triple test à l'ère du numérique*, xxx
- MAZUIR Françoise, *Le Processus de rationalisation chez Max Weber*, dans Sociétés, n°86 (4^{ème} trim- 2004), pp. 119-124 [a] ; http://www.cairn.info/load_pdf.php?ID_ARTICLE=SOC_086_0119 [a].
- MEDA Dominique, *Au-delà du PIB : pour une autre mesure de la richesse*, Flammarion, coll. Champs actuel, Paris 2008.
- MEIKSINS WOOD Ellen, *L'Origine du capitalisme. Une étude approfondie*, trad. François Tétreau, Lux, Montréal 2009 ; <http://www.contretemps.eu/printpdf/550> ; version originale éditée par Verso Books, Londres 2002, sous le titre *The Origin of Capitalism. A Longer View* [1999] ;

- MENGER Pierre-Michel, *Portrait de l'artiste en travailleur – Métamorphoses du capitalisme*, Seuil, coll. La République des idées, Paris 2003.
- MERLEAU-PONTI Maurice, *Le Visible et l'invisible*, Gallimard, Paris 1979.
- MIAILLE Michel, *La Critique du droit*, dans *Droit & Société*, n°20-21 / 1992, pp. 75-92 ; <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/pdf/ds20-21/ds020021-06.pdf> [a].
- MICHEL Pamela, *La Monétisation des contenus musicaux dans l'espace numérique : la téléphonie mobile*, mémoire de Master 2 Administration et gestion de la musique, Paris IV Sorbonne, 2009, chap. 1.1.1.3 « La théorie de la longue Traîne » ; http://www.memoireonline.com/11/09/2880/m_La-monetisation-des-contenus-musicaux-dans-lespace-numerique-la-tele5.html#fnref39 [r].
- MILLE Edouard, *DADVSI : la copie privée en miettes ?*, 05.08.2006, dans L 111-1 – Propriété intellectuelle et nouvelles technologies, <http://www.l111-1.fr/public/Billets/EM050806.pdf> [a].
- MILLER Arthur I., *Intuitions de génie : images et créativité dans les sciences et les arts*, Flammarion, Paris 2000.
- MODESTE Victor, PASSY Frédéric, PAILLOTTET Prosper, *Études sur la propriété intellectuelle*, Guillaumin-Dentu, Paris 1859.
- MON IPHONE M'A TUER, *Marielle Gallo ou Lady Gaga ?*, <http://moniphonematuer.blogspot.com/search/label/Piratage> [a].
- MONTERO Étienne, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, Larcier, Bruxelles 2005.
- MOREAU Antoine, *Le copyleft appliqué à la création artistique*, mémoire DEA Art des Images et Art contemporain, Paris VIII, juin 2005, http://antomoro.free.fr/left/dea/DEA_avec_annexes_copyleft_Antoine_Moreau.pdf ;
- *Le Copyleft appliqué à la création hors logiciel – Une reformulation des données culturelles ?*, thèse Nice Sophia Antipolis 2011 ; http://antoinemoreau.org/fichiers/These_copyleft_Antoine_Moreau.pdf [r].
- MORIN Edgar, *La Connaissance de la Connaissance (La Méthode, t. 3)*, Seuil, coll. Points Essais, Paris 1992 [1986] ;
- *Les Idées. Leur habitat, leur vie, leurs mœurs, leur organisation (La Méthode, t. 4)*, Seuil, coll. Points Essais, Paris 1995 (1^{ère} éd. Seuil, Paris 1991) ;
- *L'Éthique (La Méthode, t. 6)*, Seuil, coll. Points Essais, Paris 2006 (1^{ère} éd. Seuil, Paris 2004) ;
- *Sur l'Interdisciplinarité*, dans *Bulletin Interactif du CIRET*, n°2 (juin 1994) ; <http://basarab.nicolescu.perso.sfr.fr/ciret/bulletin/b2c2.htm> [a] ;
- *Fraternité et compréhension*, entretien avec Edgar Morin, propos recueillis par Alain Delourme, dans *Cultures en mouvement*, n°4 (août-septembre 1997), pp. 32-36 [a] ;
- *La Voie – Pour l'avenir de l'humanité*, Fayard, Paris 2011.
- MORIN Pierre-Henri, *Phénomène de société : l'obsolescence programmée*, dans *CultureEnJeu*, n°30 (juin 2011), Lausanne, pp. 17-18 [a].

- MORISSETTE Yves-Marie, *Épistémologie du droit – L'impact des disciplines exogènes au droit sur le métier des praticiens*, avril 2006, conférence présentée lors du congrès annuel de l'Association des professeur(e)s de droit du Québec, dans R.J.T., 43 (2009), pp. 455-465 ; http://www.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/2298_morissette.pdf [a].
- MORTAIGNE Véronique, VULSER Nicole, *Après la chute des ventes de disques, l'industrie musicale se recompose*, dans Le Monde, 25.01.2008 ; http://www.lemonde.fr/culture/article/2008/01/25/apres-la-chute-des-ventes-de-disques-l-industrie-se-recompose_1003673_3246.html [a].
- MOUNIER Emmanuel, *Le Personnalisme*, Presses Universitaires de France, coll. Que sais-je ?, Paris 1961 [1949] ; http://classiques.uqac.ca/classiques/Mounier_Emanuel/personnalisme/le_personnalisme.pdf.
- MOUNIER Pierre, *Ce que sait la main*, compte rendu personnel de lecture du livre éponyme de Richard Sennett, 14.03.2010, <http://blog.homo-numericus.net/article10434.html> [a].
- MOURON Philippe, *De la contrefaçon en matière musicale stricto sensu*, <http://junon.u-3mrs.fr/03ired01/Main%20docn/PLA/chron-contrefaçon.pdf> [a].
- MONTEIRO José, *Table ronde sur le cumul de protection*, 16.09.2011, intervention dans le cadre de l'association des praticiens du droit des marques et des modèles (APRAM), sur le thème « 10 ans d'application du nouveau droit des Dessins & Modèles : bilan et perspectives », université Lyon II.
- MOYSE Pierre-Emmanuel, *La Nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole ?*, 1998, <http://www.robic.ca/publications/Pdf/073-PEM.pdf> [a] ;
- MULLER Jean-Pierre, AGENCE FRANCE PRESSE, *Feu vert au rachat de Flammarion par Gallimard*, dans Le Monde.fr, 30.08.2012, http://www.lemonde.fr/livres/article/2012/08/30/feu-vert-au-rachat-de-flammarion-par-gallimard_1753358_3260.html [a].
- NASR Seyyed Hossein, *La Connaissance et le sacré*, L'Âge d'Homme, coll. Delphica, Lausanne (Suisse) 1999.
- NEIRYNCK Jacques, *Le Huitième jour de la création – Un mode d'emploi pour la technique*, Presses polytechniques romandes, Lausanne (Suisse) 2005 [1986] ;
- *La grande illusion de la technique – Manifeste pour un développement durable*, Jouvence, coll. Poches Jouvence, Saint-Julien-en-Genevois (France) 2006. Mise à jour et vulgarisation de *Le Huitième jour*.
- NETLEX FOCUS, *La loi HADOPI : une préparation de l'opinion à la répression ?*, 11.03.2009, <http://www.netlexfrance.net/2009/03/11/la-loi-hadopi-une-preparation-de-lopinion-a-la-repression> [a].
- NGEDAR Mélik, *D'où nous viennent nos idées ?*, http://www.nouvellescles.com/article.php3?id_article=1770 [a].
- NICOLAS André (OBSERVATOIRE DE LA MUSIQUE), *L'évolution des marchés de la musique en France 2003-2010*, http://rmd.cite-musique.fr/observatoire/document/MME_2003_2010.pdf, pp. 12-13.
- NICOLESCU Basarab, *La Transdisciplinarité*, manifeste, Le Rocher, coll. Transdisciplinarité, Monaco 1996 ;
- *Le Tiers secrètement inclus*, Babel, Mazamet (France) 2003 ;

- *Qu'est-ce que la réalité ? – Réflexions autour de l'œuvre de Stéphane Lupasco*, Liber, Montréal 2009.
- NISOLE Jean-André, *Psychothérapie des états pathologiques – Considérations cliniques*, Presses de l'Université de Montréal, Montréal 1986 ;
- *De la vérité sur l'être humain – Essai d'épistémologie généralisée*, Cascatelle, Sherbrooke (Québec, Canada) 2000.
- NORBERG-SCHULZ Christian, *La Signification dans l'architecture occidentale*, Mardaga, Bruxelles 1977.
- NOTTALE Laurent, *La Relativité dans tous ses états*, Hachette, Paris 1998.
- NUMERAMA, *Prix des CD : où va votre argent ?*, 20.11.2003, <http://www.numerama.com/magazine/d/1/8051-Prix-des-CD-ou-va-votre-argent.html> [a].
- NUSSBAUM Martha, *Des tortionnaires comme vous et moi*, dans Books, n°5 (mai 2009), pp. 21-23 [a].
- OBERHOLZER-GEE Felix, STRUMPF Koleman, *The Effect of File Sharing on Record Sales: an Empirical Analysis*, mars 2004, Harvard Business School / University of North Carolina, Chapel Hill; www.unc.edu/~cigar/papers/FileSharing_March2004.pdf.
- OLIVENNES Denis, *Le Développement et la protection des œuvres culturelles sur les nouveaux réseaux*, 23-11-2007, Rapport au ministre de la culture et de la communication (« Rapport « Olivennes »), <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/conferen/albanell/rapportolivennes231107.pdf>.
- ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES (OCDE), *OECD Report on Digital Music : Opportunities and Challenges*, rapport n°100, 13.12.2005, http://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oecd-report-on-digital-music_232088236784 [r].
- O'RIORDAN Ciarán, *Tivoisation explained – implementation and harms*, 29.12.2006, [http://www.fsfe.org/en/layout/set/print/fellows/ciaran_s_free_software_notes/\(tag\)/tivoxxx](http://www.fsfe.org/en/layout/set/print/fellows/ciaran_s_free_software_notes/(tag)/tivoxxx) [a].
- OSTROM Elinor, HESS Charlotte, *Understanding Knowledge as a Commons*, MIT Press, Cambridge (MA, USA) 2006.
- OVERBLOG.FR, *Discussion avec Anselm Jappe autour de son livre "Les Aventures de la marchandise. Pour une nouvelle critique de la valeur"*, compte-rendu de l'entretien du 23.11.2004 qui eut lieu à la Maison des Sciences Économiques, Paris, XIII^e arrondissement, devant un parterre d'économistes, http://sd-1.archive-host.com/membres/up/4519779941507678/Discussion_avec_Anselm_Jappe_novembre_2004.pdf [a].
- PAILLARD Jean-François, « *L'Antidote au mondial est du côté du singulier* », entretien avec Jean Baudrillard, dans Philosophie Magazine, n°18 (avril 2008), pp. 48-53 [a].
- PARIS Thomas, *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, PUF, Paris 2002.
- PARLEMENT EUROPEEN, Service de presse, Direction des médias, *Les droits fondamentaux doivent aussi s'appliquer sur Internet*, communiqué de presse du 25.03.2009, http://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/expert/infopress/20090325IPR52612/20090325IPR52612_fr.pdf [a] ;

- PASSA Jérôme, *Caractère impératif ou supplétif des exceptions au droit d'auteur ?*, dans RDLI, supplément au n°94 (juin 2013), pp. 13-17 [a].
- PASTORINI Chiara, *Pourquoi nous n'étudions plus comme avant – entrevue avec le linguiste italien Raffaele Simone*, dans Philosophie Magazine, n°62 (septembre 2012), pp. 52-53 [a].
- PATTERSON Lyman Ray, *Copyright in Historical Perspective*, Vanderbilt University Press, xxx 1968.
- PAUL (DIGITAL MUSIC NEWS), *30 Years of Music Industry Change, in 30 Seconds or less*, 16.08.2011, <http://www.digitalmusicnews.com/stories/081611thirty> [a].
- PAYOT Marianne, *Marie Darrieussecq et Camille Laurens règlent leurs comptes*, dans L'Express, 07.01.2010 ; http://www.lexpress.fr/culture/livre/marie-darrieussecq-et-camille-laurens-reglent-leurs-comptes_840090.html [a].
- *Antoine Gallimard : « Le rachat de Flammarion, une opportunité historique »*, dans L'Express, 05.09.2012, http://www.lexpress.fr/culture/livre/antoine-gallimard-les-francais-restent-tres-attaches-au-livre_1156895.html [a].
- PC EXPERT, *Plus fermé que l'écosystème Microsoft*, juillet-août 2010, p. 71 [a].
- PEPIN Charles, *Quand la Beauté nous sauve*, Robert Laffont, coll. Les mardis de la philo, Paris 2013.
- PERENS Bruce, *La définition de l'Open Source*, 1998, http://www.linux-France.org/article/these/the_osd/fr-the_open_source_definition_monoblock.html [a].
- PERRET François, *L'Autonomie du régime de protection des dessins et modèles – Essai d'une théorie générale des droits de propriété intellectuelle*, thèse Genève 1974, Georg, Genève 1974 [r].
- *La nouvelle loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992*, dans SJ 1995 pp. 17-45 [a].
- PERRIN Jacques, *Création de la valeur dans l'économie de l'information*, Communication au Forum de la régulation, Paris, 11 octobre 2001, http://web.upmf-grenoble.fr/regulation/Forum/Forum_2001/Forumpdf/PERRIN_Jacques.pdf [a].
- PERRIN Jean-François, avec la collaboration de MANAÏ Dominique, ROTH Robert, GUIBENTIF Pierre, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Droz, Genève 1979.
- *Épistémologie juridique*, dans ARNAUD André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Paris 1993, p. 228 [a].
- PERSE Saint-John, *Allocution au banquet Nobel du 10 décembre 1960*, dans *Amers*, suivi de *Oiseaux*, Gallimard, coll. NRF Poésie, Paris 2012 [1960], pp. 165-xxx ;
- PETAZZONI Thomas, *Le Tribunal de Munich confirme de nouveau la validité de la GPL*, 16.04.2005, <http://linuxfr.org/2005/04/16/18740.html>
- PETITMENGIN Claire, *De l'activité cérébrale à l'expérience vécue*, dans Sciences Humaines, n°3 (juin-juillet-août 2006), Les nouvelles psychologies, pp. xxx-xxx ; http://www.scienceshumaines.com/de-l-activite-cerebrale-a-l-experience-vecue_fr_14712.html [a].

- PFISTER Laurent, *L'Auteur, propriétaire de son œuvre ? La formation du droit d'auteur du XVI^e siècle à la loi de 1957*, 2 vol., thèse de doctorat en droit, Université Robert Schuman (Strasbourg III), septembre 1999 [r] ;
- *Mort et transfiguration du droit d'auteur ? – Éclairages historiques sur les mutations du droit d'auteur à l'heure du numérique*, juillet 2006, dans bbf 2006, t. 51, n°5, pp. 5-13 ; <http://bbf.enssib.fr/consulter/bbf-2006-05-0005-001.pdf> [a].
- PHERSV, *Miéville sur le concept de « sous-crétation »*, 17.06.2009, sur le site Anniceris, <http://anniceris.blogspot.ch/2009/06/mieville-sur-le-concept-de-sous.html>, consulté le 20.01.2012 [a] ;
- PIGNATARI Olivier, *La Cour de cassation récidive...*, dans RLDI n°46 (février 2009), pp. 10-13 [a] ;
- *Téléchargement illicite d'œuvres musicales : l'articulation – toujours – délicate avec les données personnelles et le rejet persistant de la copie privée*, dans RLDI, n°60 (mai 2010), pp. 14-18 [a].
- PINOTTI Andrea, *Archéologie des images et logique rétrospective – Note sur le « Manétisme » de Warburg*, dans Images Re-vues, hors série n°4, (2013, *Survivance d'Aby Warburg*) ; http://www.academia.edu/3666480/Archeologie_des_images_et_logique_retrospective [a].
- PIRIOU Florence-Marie, *Légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle*, dans Diogène, n°196 (2001/4), pp. 119-143 ; http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=DIO&ID_NUMPUBLIE=DIO_196&ID_ARTICLE=DIO_196_0119 [a].
- PLAISANT Robert, *Le Droit des auteurs et des artistes exécutants*, Delmas, Paris 1970.
- PLATON, *Phèdre*, dans *Œuvres de Platon*, trad. Victor Cousin, vol. 6, P.-J. Rey, Paris 1849 ; <http://remacle.org/bloodwolf/philosophes/platon/cousin/phedre.htm>.
- *La République*, trad. Georges Leroux, Flammarion, Paris 2002.
- POIDEVIN Blandine, *Les contours du droit à la parodie, exception au droit d'auteur*, 22.04.2009, <http://www.legalbiznext.com/droit/Les-contours-du-droit-a-la-parodie> [a].
- POLANYI Karl, *La grande transformation : aux origines politiques et économiques de notre temps*, Gallimard, coll. Bibliothèque des sciences humaines, Paris 1983 ; version originale éditée par Farrar & Rinebart, New York 1944, sous le titre *The Great Transformation. The political and economic origins of our time*.
- POLLAUD-DULIAN Frédéric, *Compte-rendu de lecture de « La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ? » d'Olivier Laligant*, dans Revue internationale de droit comparé, I-2000, pp. 270-275 [a].
- POLLOCK Rufus, *Forever minus a Day ? Some Theory and Empirics of Optimal Copyright*, 07.08.2007, dans Review of Economic Research on Copyright Issues, vol. 6 (2009), pp. 35-60 ; http://www.rufuspollock.org/economics/papers/optimal_copyright.pdf [a].
- POMPEY Julien, *Avatar bat des records... de piratage*, dans Les Échos, 13.01.2010 ; <http://www.lesechos.fr/info/comm/300403507.htm> [a].
- PONTOISE Marjorie, *L'exception de copie privée face aux dispositifs techniques de protection des œuvres*, mémoire de maîtrise 2, septembre 2006, <http://www.memoireonline.com/>

12/06/297/m_1-exception-de-copie-privee-face-aux-dispositifs-techniques-de-protection-des-oeuvres.html.

PORTEVIN Catherine, *Bernard Stiegler : « Il y a beaucoup d'inventions qui ne produisent aucune innovation »*, entretien avec Bernard Stiegler, dans *Télérama* n°3099 (juin 2009 ? xxx) ; <http://www.telerama.fr/techno/bernard-stiegler-il-existe-beaucoup-d-inventions-qui-ne-produisent-aucune-innovation,43551.php> [a].

POSNER Richard A., *Symposium : Law, Knowledge, and the Academy – Legal Scholarship Today*, dans *Harvard Law Review*, vol. 115, pp. 1314 ss [a].

POSTEL-VINAY Grégoire, *Conférence sur la mondialisation et l'économie de la connaissance*, 09.10.2006, http://postel-vinay.net/osi/061008mondialisation_et_OCDE_oct2006.doc.

PROSPERE Sarah, *Éthique des affaires, mythe et réalité*, 2006, www.aje-apreev.com/rotary/mention-1700.pdf [a].

PROUD'HON Pierre-Joseph, *Les Majorats littéraires. Examen d'un projet de loi ayant pour but de créer, au profit des auteurs, inventeurs et artistes, un monopole perpétuel*, dans *Œuvres complètes*, vol. XVI, Librairie internationale, Paris 1868 ; extraits dans BAETENS Jan, *Le Combat du droit d'auteur : anthologie historique*, Les Impressions Nouvelles, Bruxelles 2001, pp. 141-153.

PUECH Michel, *La Technique et la nature humaine – Pour l'« homo sapiens technologicus », ce n'est pas « technologicus » qui pose problème, c'est « sapiens »*, 11.09.2005, conférence tenue dans le cadre du 1^{er} Festival francophone de Philosophie, http://michel.puech.free.fr/docs/technique_nature_humaine.pdf [a] ;

PULVER Jonas, *Marché musical, nouvelles voies – Pour se relancer, l'industrie doit séduire trois types de consommateurs*, dans *Le Temps*, 10.02.2011, p. 3 [a].

— *La licence globale, ou la rétribution récompensée*, entrevue avec Jérémie Zimmermann, porte-parole de la Quadrature du Net, dans *Le Temps*, 26.01.2012 [a].

QUEAU Philippe, *À qui appartiennent les connaissances ? La nécessaire définition d'un bien public mondial*, 01.01.2000, http://www.freescape.eu.org/biblio/article.php3?id_article=57 [a].

QUEMIN Laurent, *L'Art contemporain international: entre les institutions et le marché*, juin 2001, rapport au ministère français des Affaires étrangères, Jacqueline Cambon, Nîmes 2002.

RAUSTIALA Kal, SPRIGMAN Christopher, *The Privacy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design*, dans *Virginia Law Review*, vol. 92 (2006), pp. 1687 ss ; <http://ssrn.com/abstract=878401> [a].

RAYNAUD Philippe, *Christopher Lasch : les malheurs de Narcisse*, dans *Le Monde des livres*, 28.03.2008, critique du livre de Christopher Lasch *Le Moi assiégé – Essai sur l'érosion de la personnalité*, <http://colblog.blog.lemonde.fr/2008/03/27/christopher-lasch-le-moi-assiege-essai-sur-lerosion-de-la-personnalite> [a].

REES Jean-François, FONCK Philippe, LEBRUN Marcel, DOCK Françoise (UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN), *Le plagiat dans les e-productions des étudiants : importance, prévention et solutions pour l'Université*, rapport de synthèse – septembre 2007 ; <http://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/ipm/documents/RapportSynthesePlagiat.pdf> [r].

REES Marc, *Réponse de Xavier Niel (Free) à l'attaque de la FSF France*, 15.11.2007, <http://www.pcimpact.com/actu/news/40073-xavier-niel-FSF-GNU-GPL-iptables.htm> [a] ;

- *Prête à consommer – Une étude chiffre l'impact économique du piratage en France*, 13.11.2008, <http://www.pcinpact.com/news/47256-chiffre-piratage-emploi-economie-equancy.htm> [a] ;
 - « *Le piratage détruit les emplois* »... et la mémoire, 12.05.2010, <http://www.pcinpact.com/actu/news/56914-rapport-tera-acta-rebonds-liberation.htm> [a] ;
 - *Copie privée, les pistes des professionnels du support*, 02.08.2013, <http://www.pcinpact.com/dossier/704-copie-privee-les-propositions-des-professionnels-du-support/1.htm> [a].
- REILLIER Fred, *Une crise de la propriété littéraire et artistique ?*, <http://www.fredreillier.com/index.php/droits-dauteur/une-crise-de-la-proprieete-intellectuelle-et-artistique> [a].
- RICŒUR Paul, *Soi-même comme un autre*, Seuil, coll. Points-essais, Paris 1997 [1983].
- *Le Conflit des interprétations*, xxx
- RIFKIN Jeremy, *L'Âge de l'Accès*, Pocket, Paris 2002 ; version originale éditée par J. P. Tarcher, Los Angeles 2000, sous le titre *The Age of Access : The New Culture of Hypercapitalism Where All of Life Is Paid-For-Experience*.
- *Une nouvelle conscience pour un monde en crise – Vers une civilisation de l'empathie*, Les Liens qui Libèrent, Paris 2011 ; version originale éditée par Jeremy P. Tarcher / Penguin, Los Angeles 2010, sous le titre *The Empathic Civilization : The Race to Global Consciousness in a World in Crisis*.
- RILKE Rainer Maria, *Lettres à un jeune poète*, 1929, dans *Œuvres* (vol. 1 : *Prose*), Seuil, Paris 1966, pp. 315-355.
- RINGER Barbara A., *Study N°31: Renewal of Copyright*, juin 1960, Government Printing Office, Washington D.C. 1961, pp. 105-224 ; <http://www.copyright.gov/history/studies/study31.pdf> [a].
- ROCHELANDET Fabrice, *Are Copyright collecting societies efficient organisations ?*, dans GORDON Wendy J., WATT Richard (dir. publ.), *The Economics of Copyright*, Edward Elgar, Cheltenham (UK) / Northampton (USA) 2003, pp. xxx-xxx [a].
- RODRICK Philippe, *Moins de 150 entreprises contrôlent la planète*, dans Tribune de Genève, 24.10.2011, <http://archives.tdg.ch/actu/economie/150-entreprises-controlent-planete-2011-10-24> [a].
- ROJINSKY Cyril, *Le projet Jean Zay de 1936, une page oubliée de l'histoire française du droit d'auteur*, dans Propriétés intellectuelles, n°27 (avril 2008), pp. 160-163 ; http://www.irpi.ccip.fr/upload/pdf/private/revue/20080515103712_27_LO_le-projet-Jean-Zay-de-1936-une-page-oubliee-de-l-histoire-française-du-droit-d-auteur.pdf [a].
- ROJINSKY Cyril, GRYNBAUM Vincent, *Les licences libres et le droit français*, dans Propriétés Intellectuelles n°4 (juillet 2002), pp. 29 ss ; <http://www.freelists.org/archives/cedar/09-2002/msg00000.html> [a].
- ROLIN Frédéric, *Le mouvement critique du droit en colloque*, 04.03.2008, <http://frederic-rolin.blogspot.com/archive/2008/03/04/le-mouvement-critique-du-droit-en-colloque.html> [a].
- ROMER Paul, *When should we use Intellectual Property Rights ?*, dans The American Economic Review, mai 2002, vol. 92 (2002), n°2, Papers and Proceedings of the ne Hundred Fourteenth Annual Meeting of the American Economic Association, pp. 213-216 [a].

- RONAI Maurice, *Le Rapport Olivennes en quelques chiffres – Rapport Olivennes : indigeste et indigent*, 28.11.2007, http://www.ronai.org/article.php?id_article=89 [a] ;
- *L'Innovation selon Denis Olivennes*, 08.12.2007, <http://catalyseurs-numeriques.generationmp3.com/2007/12/08/linnovation-selon-denis-olivennes> [a] ;
- ROQUEPLO Philippe, *Penser la technique pour une démocratie concrète*, Seuil, Paris 1983.
- ROTHBARD Murray N., *L'Éthique de la liberté*, Les Belles Lettres, coll. Bibliothèque classique de la liberté, Paris 2011 ; version originale éditée par Humanities Press, Atlantic Highlands, N.J. 1982, sous le titre *The Ethics of Liberty*.
- ROTHKO Mark, *Écrits sur l'art (1934-1969)*, Flammarion, coll. Champs, Paris 2007 ;
- ROWLING Joanne Kathleen, *Harry Potter et les Reliques de la Mort*, (Harry Potter, tome 7), notice sur Joanne Kathleen Rowling, pp. 887 s.
- RUDOLF Florence, *La Dimension collective et individuelle de la société du risque*, dans *Alliage*, n°48-49 (2001), *Pour une nouvelle culture du risque*, pp. 39-55 ; <http://revel.unice.fr/alliage/index.html?id=3776> [a].
- S.A.C.D. (SOCIÉTÉ DES AUTEURS ET COMPOSITEURS DRAMATIQUES), *L'Auteur et son œuvre*, <http://www.sacd.fr/L-auteur-et-son-œuvre.202.0.html> [a] ;
- *Définition de l'œuvre*, <http://www.sacd.fr/Le-statut-juridique.88.0.html> [a].
- S.A.C.E.M. (SOCIÉTÉ DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE), *La rémunération des auteurs pour la copie privée*, http://saceml.deepsound.net/copie_privée.html [a] ;
- *Les chiffres de la copie privée et de la taxe sur les supports vierges*, http://saceml.deepsound.net/chiffres_copie_privée.html [a].
- SAGOT-DUVAUROUX Dominique, *La Propriété intellectuelle, c'est le vol. Pierre-Joseph Proudhon, les majorats littéraires*, Les Presses du Réel, Dijon 2002 ;
- *La Propriété intellectuelle, c'est le vol ! Le débat sur le droit d'auteur au milieu du XIX^e siècle*, dans *L'Économie politique*, n°22 (avril 2004), www.lespressesdureel.com/PDF/224.pdf [a].
- SAGOT-DUVAUROUX Jean-Louis, *La Frontière de la gratuité*, dans *Le Passant Ordinaire*, n°40-41 (mai 2002 - septembre 2002) ; www.passant-ordinaire.com/revue/40-41-423.asp [a] ;
- *De la Gratuité*, l'Éclat, Paris 2006 (1^{ère} édition xxx) ; <http://www.lyber-eclat.net/lyber/sagot1/gratuite.html>.
- SAINT-EXUPÉRY Antoine de –, *Citadelle*, Gallimard, coll. Folio, Paris 1980 [1948].
- SAINT-HILAIRE Maxime, *Pour un développement de l'épistémologie juridique au Canada... comme ailleurs*, 02.06.2004, <http://www.law.utoronto.ca/documents/zcalt04/SAINT-HILAIRE.doc> [a].
- SAINT MARC Philippe, *L'Économie barbare*, Frison-Roche, Paris 1994.
- SALORD Géraldine, *La Propriété collective des œuvres – Contribution du modèle du droit d'auteur au droit commun*, Thèse Université Panthéon-Assas, 2007 [r].
- SALVADE Vincent, *L'exception de parodie ou les limites d'une liberté*, dans *Medialex*, 2/98 (juin-août 1998), pp. 92-99 [a].

- SAMUELSON Pamela, *Legally Speaking: The NII Intellectual Property Report*, publication des Délibérations de l'ACM, décembre 1994 ; <http://www.virtualschool.edu/mon/ElectronicProperty/LehmanACMCritique.html> [a] ;
- *Unbundling Fair Uses*, dans *Fordham Law Review*, vol. 77 (2009), pp. 2537-2621 ; <http://law2.fordham.edu/publications/articles/500flspub17887.pdf> [a].
- SAMUELSON Paul A., *The Pure Theory of Public Expenditure*, dans *Review of Economics and Statistics*, vol. 36 (1954), n°4, pp. 387-399 [a].
- SAPIRO Gisèle, GOBILLE Boris, *Propriétaires ou travailleurs intellectuels ? Les écrivains français en quête d'un statut*, dans *Le Mouvement Social*, n°214 (2006-1), pp. 113-139 ; http://www.cairn.info/load_pdf.php?ID_ARTICLE=LMS_214_0113 [a].
- SCHAEFFER Jean-Marie, *Pourquoi la fiction ?*, Seuil, coll. Poétique, Paris 1999.
- SCHELLING Friedrich Wilhelm Joseph von –, *Das älteste Systemprogramm des deutschen Idealismus* [1795/1797].
- SCHIFFRIN André, *L'Édition sans éditeurs*, La Fabrique, Paris 1999 ;
- *Le Contrôle de la parole – L'édition sans éditeurs, suite*, La Fabrique, Paris 2005.
- SCHLEIERMACHER Friedrich Daniel Ernst, *Esthétique – Tous les hommes sont des artistes*, Cerf, coll. Passages, Paris 2004 ; Introduction de Christian Berner et Denis Thouard.
- SCHLESSER Thomas, *Et si c'était Léonard, le copiste ? – Quatre étapes pour mieux comprendre le processus de l'atelier de Vinci*, dans *Beaux-Arts*, hors série mars 2012, *Léonard de Vinci – Les secrets d'un génie*, pp. 44-45 [a].
- SCHMITT Éric-Emmanuel, *La Part de l'autre*, biographie romancée, suivi du journal de *La Part de l'autre*, Albin Michel / Le Livre de poche, Paris 2001.
- SCHWINT David, *La Routine dans le travail de l'artisan*, dans *Ethnologie française*, vol. 35 (2005), n°3, pp. 521-529 [a].
- SEARLE John Rodgers, *Langage, conscience, rationalité : une philosophie naturelle – Entretien avec John Searle*, www.socrates.berkeley.edu/~jsearle/ledebat.pdf [a].
- SEGUY Jean, *Rationalisation, modernité et avenir de la religion chez Max Weber*, dans *Archives des Sciences sociales en religion*, 31^{ème} année (1986), vol. 61, n°1 (janvier/mars), pp. 127-138 ; http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/assr_0335-5985_1986_num_61_1_2388 [a].
- SEMPRUN Jorge, *L'Écriture ou la vie*, Gallimard, Paris 1994.
- SENNETT Richard, *Ce que sait la main – La culture de l'artisanat*, Albin Michel, Paris 2010 ; version originale éditée en 2008, sous le titre *The Craftsman*.
- SIMONNET Dominique, *Philippe Starck : « Il faut en finir avec le design »*, 22.10.1998, http://www.lexpress.fr/informations/il-faut-en-finir-avec-le-design_630776.html [a].
- SIMONNOT Philippe, *L'Erreur économique – Comment économistes et politiques se trompent et nous trompent*, Denoël, Paris 2004.
- SINGER Christiane, *Du bon usage des crises*, Albin Michel, Paris 1996.

- SIRINELLI Pierre, *Brèves observations sur le « raisonnable » en droit d'auteur*, dans COLOMBET Claude, SIRINELLI Pierre (éd.), *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, Paris 1995, pp. 397-413 [a] ;
- *La Reconnaissance d'une garantie d'exception de copie privée*, dans RLDI, suppl. n°20 (2006), pp. 21-24.
- SMITH Adam, *Théorie des sentiments moraux*, Guillaumin, Paris 1860 ; version originale éditée par A. Millar, in the Strand 1759, sous le titre *The Theory of Moral Sentiments* ;
- *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des Nations*, Economica, Paris 2000 ; http://classiques.uqac.ca/classiques/Smith_adam/richeesse_des_nations_extraits/richeesse_nations_extraits.doc ; version originale éditée par Methuen & Co., Londres 1776, sous le titre *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*.
- S.O.F.I.A. (SOCIETE FRANÇAISE DES INTERETS DES AUTEURS DE L'ÉCRIT), *Historique législatif de la copie privée numérique en France*, <http://www.la-sofia.org/sofia/Adherents/lang/fr/cpn.jsp> [a].
- SOLER Léna, *Introduction à l'épistémologie*, Ellipses, coll. Philo, Paris 2000.
- SONTAG Susan, *Devant la douleur des autres*, Christian Bourgois, Paris 2003 ; version originale publiée par Farrar, Straus and Giroux, New-York 2003, sous le titre *Regarding the Pain of Others*.
- SOUFRON Jean-Baptiste, *La Licence Publique Générale : un système original de protection juridique pour les créations issues de systèmes de développement coopératifs*, du 04.02.2002, DESS Multimédia et Systèmes d'Information, Université Strasbourg III, <http://soufron.free.fr/files-/gpl.pdf>.
- SOULAGES Pierre, *Outrenoir – Entretiens avec Françoise Jaunin*, La Bibliothèque des Arts, Lausanne 2012.
- SOUZENELLE Annick de –, *Le féminin de l'être*, Albin Michel, coll. Spiritualités vivantes, Paris 2000 (1^{ère} éd. 1997).
- SPITZ Brad, *Le droit d'auteur en France: un monopole menacé ?*, 13.05.2013, contribution au colloque « Le droit de la concurrence et l'analyse économique », dans Le Concurrentialiste, chroniques de droit économique, <http://leconcurrentialiste.com/2013/05/17/le-droit-dauteur-en-france-un-monopole-menace-me-spitz> [a].
- STALLMAN Richard M., *Le droit de lire (contribution à « La route de Tycho »)*, février 1997, dans Communications of the ACM, vol. 40, n°2 (février 1997) ; <http://www.gnu.org/philosophy/right-to-read.fr.html> [a] ;
- *Logiciel libre : liberté et coopération*, 29.05.2001, transcription d'une conférence donnée à l'Université de New-York, <ftp://ftp.heanet.ie/disk1/www.gnu.org/events/rms-nyu-2001-transcript.fr.html> [a] ;
- *Copyright et mondialisation à l'âge des réseaux informatiques*, 04.09.2001, <http://sawwww.epfl.ch/SIC/SA/publications/FI01/fi-sp-1/sp-1-pages63.html> [a] ;
- *Pouvez-vous faire confiance à votre ordinateur ?*, 2002, <http://www.gnu.org/philosophy/can-you-trust.fr.html> [a] ;

- *Droit d'auteur et mondialisation à l'âge des réseaux informatiques*, 19.04.2009, retranscription d'un discours donné au MIT lors du Forum des Communications, <http://www.gnu.org/philosophy/copyright-and-globalization.fr.html> [a] ;
- *Pourquoi l'« Open Source » passe à côté du problème que soulève le logiciel libre*, <http://www.gnu.org/philosophy/open-source-misses-the-point.fr.html> [a].
- STIEGLER Bernard, *Amateur d'art ou consommateur*, enregistrement d'une conférence donnée dans le cadre des rencontres Public/Auteur organisées par Libre Accès avec Richard Stallman, <http://www.arsindustrialis.org/amateur-d'art-ou-consommateur> [e].
- STIEGLER Bernard, ARS INDUSTRIALIS, *Réenchâter le monde : la valeur esprit contre le populisme industriel*, Flammarion, coll. Champs essais, Paris 2006.
- STRAUSS Frédéric, *Cent contrefaçons*, dans *Les Plagiaires*, dossier, Télérâma, n°3219 (21.09.2011), pp. 29-36, p. 34 [a].
- STROWEL Alain, *Droit d'auteur et copyright. Divergences et convergences – Étude de droit comparé*, L.G.D.J. / Bruylant, Bruxelles 1993.
- SUCHSLAND Rüdiger, *Nutzer von kino.to gehen überdurchschnittlich oft ins Kino...*, 16.07.2011, <http://www.heise.de/tp/blogs/6/150152> [a].
- SUISA, *Statuts*, http://www.suisa.ch/fileadmin/user_upload/Downloads/Publikationen/Statuts.pdf ;
- *Modèle de contrat de gestion*, [http://www.suisa.ch/fr/membres/auteurs/documents-pour-auteurs/?redirect_url=?index.php=id&tx_damdownloadcenter_pi1\[file\]=689&cHash=8e76ec045e52f31462d396625df85848](http://www.suisa.ch/fr/membres/auteurs/documents-pour-auteurs/?redirect_url=?index.php=id&tx_damdownloadcenter_pi1[file]=689&cHash=8e76ec045e52f31462d396625df85848).
- TALEB Mohammed, *Itinéraire d'une féminité spirituelle, écologique et rebelle*, dans *La Chair et le Souffle*, Vol. 3, n°1 (2008) « Vers une écospiritualité – Jalons », Bellarmin, Montréal 2008 [a].
- TALLMO Karl-Erik, *The Misunderstood Idea of Copyright*, <http://www.nisus.se/archive/050902e.html> [a].
- TAMARO Normand, *Le Droit d'auteur : fondements et principes*, Les Presses de l'Université de Montréal, Montréal 1994.
- TEMPLE Dominique, *Réciprocité ou rapport de forces – Réponse à Paul Jorion*, 20.02.2011, <http://dominique.temple.free.fr/reciprocite.php?article500> [a].
- TEMPS REELS, *Les droits du travailleur intellectuel. Retour à Jean Zay ?*, entretien avec Anne Latournerie, <http://www.temps-reels.net/article645.html> [a].
- TERA CONSULTANTS, *Rapport Hadopi ; Impact économique de la copie illégale des biens numérisés en France – Quand le chaos économique s'immisce dans la révolution technologique*, novembre 2008, rapport commandé par la société Equancy, <http://www.guim.fr/blog/files/Equancy-Tera-Rapport-Hadopi.pdf> [r].
- *Building a Digital Economy : The Importance of saving Jobs in the EU's Creative Industries*, mars 2010, http://www.teraconsultants.fr/assets/publications/PDF/2010-Mars-Etude_Piratage_TERA_full_report-En.pdf [r].
- TERCIER Pierre, *Les Contrats spéciaux*, Schulthess, Zurich/Bâle/Genève 2003 (3^{ème} édition) ;
- *Droit des obligations*, 3^{ème} édition, Shulthess, Zurich/Bâle/Genève 2004.

- TERESTCHENKO Michel, *Un si fragile vernis d'humanité – Banalité du mal, banalité du bien*, La Découverte, coll. La Découverte/Poche, Paris 2007 (1^{ère} édition 2005) ;
- *Bref retour sur un parcours de pensée*, dans Revue du MAUSS semestrielle, n° 27 (1^{er} sem. 2006) ; <http://www.journaldumauss.net/spip.php?article493> [a].
- THIOLLIÈRE Michel, *Rapport n°308 du 12.04.2006 au Sénat français relatif au Droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (DADVSI)*, <http://www.senat.fr/rap/105-308/105-3081.pdf> [r].
- THOUMSIN Pierre-Yves, *Creative Commons – Le meilleur des deux mondes ?*, mai 2008, <http://www.droit-technologie.org/upload/dossier/doc/183-1.pdf>.
- THUREAU-DANGIN Philippe, *La Concurrence et la mort*, Syros, Paris 1995.
- TIROLE Jean, *Protection de la propriété intellectuelle : une introduction et quelques pistes de réflexion*, 2003, rapport du Conseil d'Analyse Économique ; <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/034000448/0000.pdf> [r].
- TISSERON Serge, *Psychanalyse de l'image – Des premiers traits au virtuel*, Arthème Fayard, coll. Pluriel, Paris 2010 [1995].
- TODOROV Tzvetan, *L'Esprit des Lumières*, Robert Laffont, coll. Biblio essais, Paris 2006.
- TOF, *Musiciens attention, le contrat Sacem est une grosse arnaque*, 18.02.2005, <http://www.diogene.ch/fuckshowbiz/index.php?2005/02/18/14-sacem-la-grosse-arnaque> [a].
- TOFFLER Alvin et Heidi, *Les Nouveaux Pouvoirs – Savoir, richesse et violence à la veille du XXI^e siècle*, Fayard, Paris 1991 ; version originale éditée par Bantam Books, New-York 1990 sous le titre *Powershift : Knowledge, Wealth and Violence at the Edge of the 21st Century*.
- TOLKIEN John Ronald Reuel, *Du Conte de fées*, 1939, dans *Faërie*, Christian Bourgois, Paris 1974, pp. 131-203.
- TRAORE Aminata Dramane, *Le Viol de l'imaginaire*, Arthème Fayard, Paris 2002.
- TREMBLAY Raymond Robert, *Charles Sanders Peirce*, 1997, <http://www.cvm.qc.ca/encephi/CONTENU/PHILOSOP/peirce.htm> [a].
- TRICOIRE Agnès, *Le Droit d'auteur au service de l'industrie ou la mort de l'autonomie de l'art*, 26, 27 et 28 septembre 2006, colloque international « Mutations des industries de la culture, de l'information et de la communication », La Plaine Saint-Denis (France), <http://www.observatoire-omic.org/colloque-icic/pdf/TricoirereTR2.pdf> [a] ;
- *La Cour de Cassation au secours des «victimes» de l'art contemporain : le tableau-piège se referme sur Spoerri*, dans Dalloz, 2006, p. 1116-1120, à propos de l'arrêt Cass 1^{ère} Civ., du 15 novembre 2005 [a] ;
- *L'Art et l'idée*, 19.06.2009, dans La Gazette Drouot ; http://www.gazette-drouot.com/static/magazine_ventes_aux_encheres/guide_juridique_des_encheres/067_guide_juridiques_des_encheres.html [a] ;
- *Les Dangers du relativisme pour la liberté de l'art*, dans L'Étrangère (La Lettre volée), juillet 2009, pp. 121-156 ; http://www.agnestricoire-avocat.fr/IMG/pdf/etrangere_def.pdf [a] ;

- *Protection de l'œuvre*, dans *Étapes*, septembre 2009, pp. 68-69 ; http://www.agnestricoire-avocat.fr/IMG/pdf/A_tricoire_etapes172.pdf [a] ;
- *Petit Traité de la liberté de création*, La Découverte, Paris 2011.
- *La Définition de l'œuvre*, thèse Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2012.
- TRISTAN Dominique, *La Notion d'originalité et sa preuve en droit d'auteur*, mémoire de Master 2 en droit de la communication, Université Paris II Panthéon-Assas, 2009-2010, <http://dea-dtcom.u-paris2.fr/memoires/MemoireDTristan.pdf> [r].
- TROLLER Kamen, *Précis du droit suisse des biens immatériels*, 2 vol., 2^e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle - Genève - Munich 2006.
- TRUCHET Didier (Université Panthéon-Assas), *Prohibition et prévention du plagiat*, 02.06.2009, <http://www.responsable.unige.ch/ProhibitionPlagiat.pdf> [r].
- TURNER Ted, *My Beef with big Media*, dans *Washington Monthly*, juillet-août 2004 ; <http://www.washingtonmonthly.com/features/2004/07/0407.turner.html> [a].
- UNIVERSITE PARIS XI (LABORATOIRE ADIS), UFC-QUECHOISIR, *Peer-to-peer, gravure, échanges – Une étude inédite des comportements des internautes*, 20.12.2005, <http://www.quechoisir.org/telecom-multimedia/image-son/musique/communiquer-peer-to-peer-gravure-echanges-une-etude-inedite-des-comportements-des-internautes> [r].
- UPINSKY Arnaud-Aaron, *La Perversion mathématique – L'œil du pouvoir*, Bureau International de l'Édition Française (BIEF), Paris 1985 ;
- *La Science à l'épreuve du Linceul – La crise épistémologique*, O. E. I. L., Paris 1990 ;
- VAAS Sébastien, *L'Enfer du virtuel – La communication naturelle pour sortir de l'isolement technologique*, L'Âge d'Homme, Lausanne 2009.
- VACQUIN Monette, *Préface*, dans *La Responsabilité – la condition de notre humanité*, Autrement, série Morales, Paris 1995, pp. 10-17 [a].
- VAIDHYANATHAN Siva, *Copyrights and Copywrongs – The rise of intellectual property and how it threatens creativity*, New York University Press, New York 2001 ; résumé sous http://law.suffolk.edu/highlights/stuorgs/jhtl/book_reviews/2003_2004/connarn.pdf.
- VALADE Bernard, *Le « sujet » de l'interdisciplinarité*, dans *Sociologie et sociétés*, vol. 31, n°1 (printemps 1999), pp. 11-21 ; <http://www.erudit.org/revue/socsoc/1999/v31/n1/001814ar.pdf> [a].
- VALENTI Jack, *P2P : le témoignage de Jack Valenti devant le Sénat US – 20 ans après avoir fustigé le magnétoscope, le retour du boss d'Hollywood*, du 30.09.2003, traduction Éléonore Pamart, http://www.freescape.eu.org/biblio/article.php3?id_article=169 ; témoignage recueilli par le Sénat le 30.09.2003, http://www.senate.gov/~gov_affairs/index.cfm?Fuseaction=Hearings.Testimony&HearingID=120&WitnessID=415 [a].
- VALLIERE Arnaud (alias Maître Eolas), *Les droits d'auteur pour les nuls*, 20.02.2009, <http://www.maitre-eolas.fr/post/2009/02/20/1321-les-droits-d-auteur-pour-les-nuls> [a].
- VANISTENDAEL Stefan, LECOMTE Jacques, *Le bonheur est toujours possible. Construire la résilience*, Bayard, coll. Psychologie, Paris 2000.
- VARILLON François, *Joie de croire, joie de vivre*, conférences, Bayard, coll. Spiritualités, Montrouge (France) 2000.

- VEERAPEN Jennifer, *La mise en place officielle de l'Autorité de régulation des mesures techniques (ARMT)*, <http://www.legalbiznext.com/droit/La-mise-en-place-officielle-de-1,1153> [a].
- VERBRUGGE Joëlle, *Originalité : brume épaisse sur la Champagne Ardenne*, 14.04.2012, <http://blog.droit-et-photographie.com/originalite-brume-epaisse-sur-la-champagne-ardenne> [a].
- VIALLO-SCHONEVELD Marie, *Infortune et fortune d'un historiographe vénitien : Martin Sanudo*, dans France (2001), pp. 27-42 ; http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/15/88/62/PDF/Marino_Sanudo.pdf [a].
- VIAU Claude (Université de Montréal), *Le Plagiat au DSEST – Résistez à la tentation !*, <http://www.mdtrav.umontreal.ca/documents/plagiat.pdf> [a].
- VILLA Vittorio, *La science juridique entre descriptivisme et constructivisme*, dans AMSELEK Paul (dir.), *Théorie du droit et science*, Presses Universitaires de France, Paris 1994, pp. 288-291 [a].
- VILLETTE Michel, VUILLERMOT Catherine, *Portrait de l'homme d'affaires en prédateur*, La Découverte, Paris 2005.
- VILONA VERNIORY Maria-Grazia, MALHERBE Jean-François, *Transmuter la violence en milieu scolaire*, LEP Loisirs et Pédagogie, Le Mont-sur-Lausanne (Suisse) 2010.
- VITALI Stefania, GLATTFELDER James B., BATTISTON Stefano (EPFZ), *The Network of Global Corporate Control*, 19.09.2011; <http://fr.scribd.com/doc/68663351/Stefania-Vitali-James-B-Glattfelder-Stefano-Battiston-The-Network-of-Global-Corporate-Control> [r].
- VIVANT Michel, *Un petit déjeuner indigeste pour la première chambre civile. Ou des pièges du sens commun*, dans *Propriété Intellectuelle*, xxx, p. 358, à propos de l'arrêt Cass., 1^{ère} Civ., du 15 novembre 2005 [a] ;
- *Quand le mot recouvre le réel. Glissement de sens inaperçu et changement subreptice de topos*, dans *Propriétés intellectuelles* 2005, n°15, pp. 231 ss [a].
- *Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété...*, dans *Propriétés intellectuelles*, n°23 (avril 2007), pp. 193 ss ; dans *Panorama de la Presse juridique et administrative*, n°189 (avril 2007), pp. 37-44 [a].
- *Les Métamorphoses de l'œuvre – Des Mythologies aux mythes informatiques*, reprise actualisée d'une communication présentée en 2008 au Sénat français lors du colloque de l'AFPIDA, dans *Recueil Dalloz* 2010, pp. 776 ss ; <http://www.dalloz.fr/lien?id=RECUEILCHRON20100102&produit-id=RECUEIL&famille-id=REVUES> [a] ;
- *L'Art, le vrai et le droit*, Exposé introductif général du Colloque du 20^{ème} anniversaire de l'Association des juristes franco-britanniques, Paris 17.09.2010, dans *Propriétés intellectuelles*, n°38 (janvier 2011), pp. 8-16 ; http://fbis.eu/wp-content/uploads/2010/09/Actes-du-Colloque-tels-que-publiés-dans-la-revue-Propriétés-Intellectuelles-de-Janvier-2011-publiée-par-lInstitut-de-recherche-en-propriété-intellectuelle-IRPI-www.irpi_.ccip_.fr_.pdf [a].
- *Droit d'auteur : le Paradis pour le boulon ? L'enfer pour le parfum ?*, dans *RLDI*, n°91 (mars 2013), pp. 57-60 [a].
- VIVANT Michel, BRUGUIERE Jean-Michel, *Droit d'auteur*, Dalloz-Sirey, coll. Précis, Paris 2009 ;

- VIVANT Michel, VERCKEN Gilles, *copies privées et mesures techniques : un équilibre encore à trouver*, dans *Légipresse* n°227 (2005, III), pp. 233 ss [a].
- VIVERET Patrick, *Pourquoi ça ne va pas plus mal ?*, Arthème Fayard, Paris 2005.
- VOLLE Michel, *Prédation et prédateurs*, Economica, Paris 2008 ; <http://www.volle.com/ouvrages/predation/predation2.pdf> ;
- *Le suicide d'une entreprise*, 09.10.2009, <http://michelvolle.blogspot.com/2009/10/Le-suicide-dune-entreprise.html> [a].
- VOYER Gilles, *Pour une éthique du raisonnable*, Fides, Montréal 2007 ;
- *L'Éthique clinique comme critique : la contribution de Malherbe*, dans *Cheminer vers soi – Hommage à Jean-François Malherbe pour son soixantième anniversaire*, Liber, Montréal 2011, pp. 129-136.
- WAELEBROECK Patrick, PEITZ Martin, *The Effect of Internet Piracy on Music Sales : Cross-Section Evidence*, dans *Review of Economic Research on Copyright Issues*, 2004, vol. 1(2), pp. 71-79 ; http://www.serci.org/docs_1_2/waelbroeck.pdf [a] ;
- *Why the Music Industry May Gain from Free Downloading – the Role of Sampling*, dans *International Journal of Industrial Organization*, vol. 24, issue 5 (octobre 2005), pp. 907-913 ; <http://ssrn.com/abstract=829544> [a] ;
- *Piracy of Digital Products : A Critical Review of the Theoretical Literature*, dans *Information Economics and Policy*, vol. 18, issue 4, pp. 449-476 ; <http://ssrn.com/abstract=466063> [a].
- WAELEBROECK Patrick, BOUNIE Daniel, BOURREAU Marc, *Pirates or Explorers ? Analysis of Music Consumption in French Graduate Schools*, 09.06.2005, <http://ssrn.com/abstract=739284> [a].
- WALRAVENS-MARDARESCU Nadia, *La notion d'originalité et les œuvres d'art contemporaines*, dans *RIDA*, n°181 (1999), pp. 97-167 [a] ;
- *Tableau-piège et délégation de l'exécution de l'œuvre : le droit piégé par l'art contemporain !*, dans *RLDI* 2006/14, n°394, pp. 6-11, à propos de Cass 1^{ère} civ., du 15 novembre 2005 [a] ;
- *Le choix, critère déterminant de l'originalité de Paradis*, dans *RLDI*, n°19 (septembre 2006), pp. 8-12 [a] ;
- *Le Ready-made « Fountain », œuvre de l'esprit ?*, dans *RLDI*, n°27 (mai 2007), pp. 13-17 [a] ;
- *De l'Art conceptuel comme création et sa protection par le droit d'auteur*, dans *RIDA*, n°220 (avril 2009), pp. 4-79 [a] ;
- *Consécration de la protection de « Paradis », œuvre d'Art conceptuel, par la Cour de cassation*, dans *RLDI*, n°47 (février 2009), n°1534, pp. 13-18 [a] ;
- *Les tables d'Yves Klein et le constat de contrefaçon : une protection effective par le droit d'auteur*, dans *RLDI*, n°74 (août/septembre 2011), pp. 6-11 [a].
- WARBURG Aby, *Le « Déjeuner sur l'herbe » de Manet – La fonction préfiguratrice des divinités élémentaires païennes pour l'évolution du sentiment moderne de la nature*, dans

- COLLECTIF, *Miroirs de faille. À Rome avec Giordano Bruno et Edouard Manet*, M.Ghelardi, Les presses du réel, Paris 2011 [1928-29].
- WEBER Max, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Gallimard, Paris 2003 [1904-1905] ; http://classiques_uqac.ca/classiques/Weber/ethique_protestante/Ethique_protestante.doc ; version originale composée en 1904-1905 et éditée par J.C.B. Mohr, Tübingen 1934, sous le titre *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*.
- WIENER Norbert, *Cybernétique et société – de l'usage humain des êtres humains*, 10/18, Paris 1971 (édition synoptique des versions de 1954 et de 1962) ; version originale éditée par Wiley and Sons, New York 1948, sous le titre *Cybernetics – The Human use of Human Beings*.
- WIKIPEDIA, L'ENCYCLOPÉDIE LIBRE, *Bentham, Jeremy*, http://fr.wikipedia.org/wiki/Bentham_Jeremy, consulté le 27.03.2012 [a] ;
- *DVD*, <http://fr.wikipedia.org/wiki/DVD>, consulté le 20.01.2012 [a] ;
- *Éthique des affaires*, http://fr.wikipedia.org/wiki/Éthique_des_affaires, consulté le 13.05.2009 [a] ;
- *Licence globale*, http://fr.wikipedia.org/wiki/Licence_globale, consulté le 23.09.2011 [a] ;
- *Liste des majors du disque*, http://fr.wikipedia.org/wiki/Liste_des_majors_du_disque, consulté le 12.08.2008 [a] ;
- *Michel Foucault*, http://fr.wikipedia.org/wiki/Michel_Foucault, consulté le 25.11.2009 [a].
- *S.A.C.E.M.*, http://www.wikipedia.org/wiki/Société_des_auteurs_compositeurs_et_éditeurs_de_musique [a] ;
- *Sociétés de production de cinéma américaines*, http://fr.wikipedia.org/wiki/Sociétés_de_production_de_cinéma_américaines, consulté le 12.08.2008 [a].
- WILDENSTEIN Daniel, *Monnet, vie et œuvre – Biographiet et catalogue raisonné*, 5 vol., La Bibliothèque des Arts, Lausanne et Paris 1979.
- WINNICOTT Donald Woods, *Jeu et Réalité – L'espace potentiel*, Gallimard, coll. Nrf - Connaissance de l'inconscient, Paris 1975 ; version originale éditée par xxx, xxx 1971, sous le titre *Playing and Reality*.
- WU Tim, *Harry Potter and the International Order of Copyright – Should « Tanya Grotter and the Magic Double Bass » be banned ?*, du 27.06.2003, <http://www.slate.com/id/2084960> [a].
- YOO Christopher S., *Towards a Differentiated Products Theory of Copyright*, dans GORDON Wendy J., TAKEYAMA Lisa, TOWSE Ruth (dir.), *Developments in the Economics of Copyright*, Edward Elgar, Cheltenham (UK) / Northampton (USA) 2005, pp. xxx-xxx [a].
- ZAPPERI Giovanna, *L'Artiste est une femme. La modernité de Marcel Duchamp*, Presses universitaires de France, coll. Lignes d'art, Paris 2012.
- ZAY Jean, *Projet de loi sur le droit d'auteur et le contrat d'édition*, recueil officiel des sessions parlementaires, annexe n°1164 (session du 13 août 1936, 2^{ème} séance), pp. 1706-1712 ; http://www.freescape.eu.org/biblio/IMG/pdf/Zay_Projet_1936.pdf [r].

- ZENATI-CASTAING Frédéric, *Observations à propos de la décision du 10 mars 1999 de la 1^{ère} Ch. Civ.*, dans R.D.T. Civ., 1999, p. 868.
- ZIEMANN George, *RIAA's Statistics Don't Add Up to Piracy*, 11.12.2012, <http://www.azoz.com/music/features/0008.html> [a].
- ZIMMERMANN Jean-Benoît, *Logiciel et propriété intellectuelle : du Copyright au Copyleft*, 01.09.1999, http://www.vcharite.univ-mrs.fr/GREQAM/pdf/working_papers/1999/99b07.pdf [a].
- ZUNDEL Maurice, *Recherche de la personne*, Mame, Paris 2012 [1938] ;
- *Quel homme et quel Dieu ? – Retraite au Vatican*, Saint-Augustin, Saint-Maurice (Suisse) 2008 [1976].

Bibliographie secondaire

- AIGRAIN Philippe, *Internet et création – Comment reconnaître les échanges hors-marché sur internet en finançant et rémunérant la création ?*, In Libro Veritas, Cergy-Pontoise (France) 2008 ; http://www.ilv-edition.com/librairie/internet_et_creation.html.
- ALBERONI Francesco, *Le Choc amoureux – L'amour à l'état naissant*, trad. Jacqueline Raoul-Duval et Teresa Matteucci-Lombardi, Ramsay, Paris 1981 ; version originale éditée par Aldo Garzanti, Milan 1979, sous le titre *Innamoramento e amore*.
- ANDERS Günter, *L'Obsolescence de l'homme*, Encyclopédie des Nuisances & Ivrea, Paris 2002 ; version originale éditée par C. H. Beck, Munich 1956, sous le titre *Die Antiquiertheit des Menschen* ;
- ARCHAMBAULT Jean-Pierre, *Économie du savoir : coopération ou concurrence*, du 01.02.2004, http://freescape.eu.org/biblio/article.php3?id_article=184 [a].
- ASCH Solomon, *Effects of group pressure upon the modification and distortion of judgments*, dans GUETZKOW H. (éd.), *Groups, leadership and men*, Carnegie Press, Pittsburg PA 1951 [a].
- AUDI Paul, *L'Éthique mise à nu par ses paradoxes, même*, Presses Universitaires de France, Paris 2000.
- BALMARI Marie, *La Divine origine*, Grasset & Fasquelle, coll. Poche Grasset & Fasquelle, Paris 1993.
- BARSALOU Geneviève, *Les véritables enjeux de l'appropriation artistique au regard du droit d'auteur*, novembre 2001, mémoire de maîtrise université McGill, Montréal, http://digitool.Library.McGill.CA:80/R/-?func=dbin-jump-full&object_id=32796&current_base=GEN01 [r].
- BAUMAN Zygmunt, *L'Éthique a-t-elle une chance dans un monde de consommateurs ?*, Climats, Paris 2009 ; version originale éditée par Harvard University Press, Cambridge (USA) 2008, sous le titre *Does ethics have a chance in a world of consumers ?*.
- BAUWENS Michel, *P2P and Human Evolution : Peer to peer as the Premise of a new Mode of Civilization*, version 3 (2007) ; version 2 (2005) sous http://www.meetopia.net/virus/pdf-ps_db/Mbauwens_P2P_essay.pdf.

- BENICHOU Paul, *Le Sacre de l'écrivain, 1750-1830. Essai sur l'avènement d'un pouvoir spirituel laïc dans la France moderne*, Gallimard, coll. NRF, Paris 1996.
- BENGHOZI Jean-Pierre, *Le Cinéma, entre l'art et l'argent*, L'Harmattan, Paris 1989.
- BOURRIAUD Nicolas, *Formes de vie. L'art moderne et l'invention de soi*, Denoël, coll. Essais, Paris 1999.
- BOUVERESSE Jacques, *La Connaissance de l'écrivain. Sur la littérature, la vérité et la vie*, Agone, coll. Banc d'essais, Marseille 2008.
- CANFORA Luciano, *Le copiste comme auteur*, Anarcharsis, Paris 2012 ; version originale éditée par Sellerio, coll. Essais, Palerme 2002, sous le titre *Il copista come autore*.
- CASTEL Robert, HAROCHE Claudine, *Propriété privée, propriété sociale, propriété de soi – Entretiens sur la construction de l'individu moderne*, Fayard, Paris 2001.
- CHANTEPIE Philippe, *Analyses économiques de la communication de contenus numériques sur les réseaux – DRMs ou/et Peer-to-Peer : appropriabilité de revenus et financement de la création*, rapport n°2004-46 au Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, octobre 2004, http://cocreation.blogs.com/alban/files/analyse_eco_du_p2p_chantepie.pdf ;
- COMPAGNON Antoine, *Les Cinq paradoxes de la modernité*, Seuil, Paris 1997 [1990].
- CYRULNIK Boris, *L'Ensorcellement du monde*, Odile Jacob, coll. Poches Odile Jacob, Paris 2001 (1^{ère} éd. 1997).
- DAVIES J. Eric, *Document de réflexion sur les dimensions éthique, juridique et politique de la gestion des données à caractère personnel*, 74^{ème} Congrès et Assemblée générale de l'IFLA, Québec, 10-14.08.2008, trad. Claire Tranne, <http://archive.ifla.org/IV/ifla74/papers/165-Davies-trans-fr.pdf> [a].
- DERMANGE François, FLACHON Laurence, *Éthique et droit*, Labor et Fides, coll. Champ éthique, Genève 2003.
- DERRICK Christopher, *Merveilleuse Création – Pour une théologie de l'environnement*, Téqui, Paris 1983 ; version originale éditée par The Devin-Adair Company, Old Greenwich (Connecticut, USA) xxx, sous le titre *The delicate creation – Towards a theology of the environment*.
- ÉLIADE Mircea, *L'Épreuve du labyrinthe, entretiens avec Claude-Henri Rocquet*, Le Rocher, coll. Transdisciplinarités, Monaco 2006.
- DERMANGE François, FLACHON Laurence (dir.), *Éthique et droit*, Labor et Fides, Genève 2002.
- FONDATION ANTI-SACEM, *Dévoilement des principes d'exploitation du « droit d'auteur » et du « copyright » dont auteurs et compositeurs ne sont pas*, <http://centrebombe.org/anti-sacem.html> [a].
- GEIST Michael, *Harvard Study finds Weaker Copyright Protection has benefited Society*, 17.06.2009, <http://www.michaelgeist.ca/content/view/4062/125> [a].

- GINSBURG Jane C., *Évolution du droit d'auteur aux États-unis depuis le «Digital Millenium Copyright Act»*, dans *Revue internationale du droit d'auteur*, n°197 (juillet 2003), pp. 77-203 [a].
- HABERMAS Jürgen, *La Technique et la science comme « idéologie »*, Denoël / Gallimard, Paris 1978.
- HEINICH Nathalie, *Être écrivain : création et identité*, La Découverte, coll. Armillaire, Paris 2000.
- HENRY Michel, *Voir l'invisible, sur Kandinsky*, Presses Universitaires de France, coll. Quadrige, Paris 2005 (1^{ère} éd. 1988) ;
- ICKOWICZ Judith, *Le Droit face à la dématérialisation de l'œuvre d'art : une analyse juridique de l'art contemporain*, Thèse Paris-I 2009 ; Les Presses du réel, coll. Figures, Paris 2012.
- JEANCOLAS Jean-Pierre, MEUSY Jean-Jacques, PINEL Vincent, *L'Auteur du film – description d'un combat*, S.A.C.D., Institut Lumière, Actes Sud, Arles (France) 1996.
- JONAS Hans, *Le Principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Le Cerf, Paris 1990 ; version originale éditée par xxx, xxx 1979, sous le titre xxx.
- KANT Immanuel, *D'un supposé droit de mentir par humanité*, dans *Kant, Œuvres complètes*, Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, Paris xxx, pp. Xxx-xxx ; version originale éditée par xxx ;
- KERLAN Alain, *L'Art pour éduquer. La dimension esthétique dans le projet de formation postmoderne*, dans *Éducation et Sociétés*, n°19 (2007-1), pp. 83-97.
- KEYNES John Maynard, *Essais sur la monnaie et l'économie*, Payot, Paris 1990 [1930], dernier chapitre : *Perspectives économiques pour nos petits-enfants*.
- KLEIN Naomi, *No Logo*, Actes Sud, Arles (France) 2003 ; version originale éditée par xxx, xxx
- LACROIX André, *L'éthique et les limites du droit*, dans *Revue de droit de l'université de Sherbrooke*, vol. 33, n°1-2, pp. 195-218.
- LANDES William M., POSNER Richard A., *An Economic Analysis of Copyright Law*, 1989, dans *Journal of Legal Studies*, University of Chicago Press, vol. 18/2 (juin 1989), pp. 325-363 [a] ;
- LATOUR Bruno, *Morale et technique : la fin des moyens* ✍, dans *Réseaux. Communication – Technologie – Société*, vol. 18 (2000), n°100, pp. 39-58 ; <http://www.bruno-latour.fr/articles/article/080.html>.
- LEROI-GOURHAN André, *Évolution et techniques*, Albin Michel, Paris 1945 ;
- *Le geste et la parole*, Albin Michel, Paris 1964.
- LEWINSKI Silke von –, *Réflexions sur le rôle et le fonctionnement des sociétés d'auteurs*, dans *Propriétés intellectuelles*, n°18 (janvier 2006), pp. 22 et ss [a].

- LINE Maurice B., *Les Bibliothèques dans une économie de l'information – Des bastions de la liberté d'information et de la culture*, dans BBF, dans BBF, t. 45 (2000), n°2, pp. 17-25 ; <http://bbf.enssib.fr/consulter/bbf-2000-02-0017-001> [a].
- LOEWY Raymond, *La Laideur se vend mal*, Gallimard, coll. L'Air du temps, Paris 1953 ; version originale éditée par xxx, xxx xxx, sous le titre xxx.
- MARZANO Michela, *Extension du domaine de la manipulation de l'entreprise à la vie privée*, Grasset, Paris 2008.
- MAUSS Marcel, *Essai sur le don – Formes et raisons de l'échange dans les sociétés archaïques*, dans Marcel Mauss, *Sociologie et anthropologie*, Presses Universitaires de France, coll. Quadrige, Paris 2001 [1923-1924] ; http://classiques.uqac.ca/classiques/mauss_marcel/socio_et_anthropo/2_essai_sur_le_don/essai_sur_le_don.html.
- MERLEAU-PONTI Maurice, *L'Œil et l'Esprit*, Gallimard, coll. Folio Essais, Paris 1986.
- MILGRAM Stanley, *Soumission à l'autorité – Un point de vue expérimental*, Calmann-Lévy, coll. Liberté de l'esprit, Paris 2004 [1974] ; version originale éditée par Harper & Row (act. Harper Collins), New-York 1974, sous le titre *Obedience to Authority – An experimental View*.
- MISRAHI Robert, *La vraie joie*, dans Temporel, 22.09.2007 ; <http://temporel.fr/La-vraie-joie-par-Robert-Misrahi> [a].
- MORTIER Roland, *L'Originalité – Une nouvelle catégorie esthétique au siècle des Lumières*, Droz, Genève 1983.
- NOISETTE Thierry et Perline, *La Bataille du logiciel libre : dix clefs pour comprendre*, La Découverte, coll. Sur le vif, Paris 2006.
- QUEAU Philippe, *Intérêt général et propriété intellectuelle*, 1999, http://www.freescape.eu.org/biblio/article.php3?id_article=71 [a] ;
- REBOUL Sylvain, *Liberté et éthique*, du 20.06.1992, <http://sylvainreboul.free.fr/liberte.htm>.
- SCARAMOZZINO Yannick-Eléonore, *DRMS et protection de la vie privée*, <http://www.scaraye.com/article.php?rub=6&sr=12&a=54> [a].
- SEARLE John Rodgers, *Sens et expression – Études de théorie des actes du langage*, Minuit, coll. Le sens commun, Paris 1992 [1982] ; version originale publiée par Cambridge University Press, Cambridge (Grande Bretagne) 1979, sous le titre *Expression and Meaning – Studies in the Theory of Speech Acts*.
- SENIK André, *Déterminisme et liberté : l'interminable débat ?*, dans *La Responsabilité – La condition de notre humanité*, Autrement, série Morales, Paris 1995, pp. 34-50 [a].
- SERENY Gitta, *Au Fond des ténèbres – Un bourreau parle : Franz Stangl, commandant de Treblinka*, Denoël, Paris 2007 [1975] ; version originale éditée par Vintage Books, Londres 1974, sous le titre *Into That Darkness : An Examination of Conscience – from Mercy Killing to Mass Murder, a study of Franz Stangl, the commandant of Treblinka*.
- SIBONY Daniel, *Don de soi ou partage de soi ? – Le Drame Levinas*, Odile Jacob, coll. Odile Jacob Poches, Paris 2004 (1^{ère} éd. 2000).

- SOLOVE Daniel J., *The Digital Person : Technology and Privacy in the Information Age*, New York University Press, New York 2006 ;
- « *I've Got Nothing to Hide* » and Other Misunderstandings of Privacy, dans San Diego Law Review, vol. 44 (2007), pp. 745-772 ; http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=998565 [a] ;
- SOURGINS Christine, *Les Mirages de l'art contemporain*, La Table Ronde, Paris 2005
- STIGLITZ Joseph Eugene, *Le Triomphe de la cupidité*, Les Liens qui libèrent, Paris 2010.
- TEMPLE Dominique, CHABAL Mireille, *La réciprocité et la naissance des valeurs humaines*, L'Harmattan, Paris 1995.
- TROCME-FABRE Hélène, *Apprendre aujourd'hui à lire et à écrire le livre de la vie*, 02.10.2001, dans Bulletin Interactif du CIRET, n°16 (février 2002), *L'Apprentissage dans le creuset* ; <http://basarab.nicolescu.perso.sfr.fr/ciret/bulletin/b16/b16c13.htm> [a] ;
- VANISTENDAEL Stefan, *La résilience ou le réalisme de l'espérance – Blessé mais pas vaincu*, Les cahiers du Bice, Bureau International Catholique de l'Enfance, Genève 2006
- VIVANT Michel, *Propriété intellectuelle et mondialisation*, Dalloz, Paris 2004.
- ZIMBARDO Philip, *The Lucifer Effect. How Good People Turn Evil*, Random House, New-York 2007.

Conférences, colloques

- *Maîtriser les aspects contractuels des projets informatiques*, conférence donnée dans le cadre de la Société suisse de management de projet, Lausanne, 08.05.2007.
- *La licence libre GNU GPL : une universalité juridique contestée*, conférence donnée dans le cadre des Linux Days 2007, Genève, 22.05.2007.
- *Licences libres et marchés publics*, conférence donnée dans le cadre des Linux Days 2007, Genève, 23.05.2007.
- *Helvétisation de la licence GNU GPL par la Conférence Suisse de l'Informatique*, présentation donnée dans le cadre d'Open Expo 2008, Berne, 13.03.2008.
- *L'Importance des SaaS*, présentation donnée dans le cadre de l'European Open source Lawyers Event (EOLE) 2008, Paris, 25.09.2008 ; [http://www.eolevent.eu/sites/default/files/EOLE_2008 - Pascal Verniory - L'importance des SaaS_1.pdf](http://www.eolevent.eu/sites/default/files/EOLE_2008_-_Pascal_Verniory_-_L'importance_des_SaaS_1.pdf).
- *Le droit d'auteur et l'enjeu des œuvres libres*, cours donné à la Haute École d'Art et de Design (HEAD), Genève, 09.11.2009 et 17.03.2010.
- *Logiciels libres et éthique du droit d'auteur*, cours donné à la Haute École d'Art et de Design (HEAD), Genève, 24.01.2012.

Publications

- *Le droit privé suisse est-il adapté au monde informatique ? À propos du passage à l'an 2000*, dans *Revue de Droit Suisse (RDS)* n°5/1999, pp. 481 ss.
- « *Human Sciences* » or « *Disciplines of the Subject* » ?, dans *Human and Social Studies – Research and Practices*, Iași (Roumanie), septembre 2013.
- *La licence libre GNU/GPL est-elle adaptée au droit suisse ? À propos du projet de licence CeCILL helvétisée*, 19.10.2006, <https://forge.sik.ch/documents/show/38>.
- *Un Voyage vers le Cœur*, récit, en cours de publication.
- *Théorie et pratique des contrats de l'informatique en droit suisse*, en attente de publication.
- *Vraie vie ou jeux vidéo ? – Impact des jeux vidéo et de l'Internet*, en cours de rédaction en collaboration avec Maria-Grazia Viloni Verniory.