

# Heurs et malheurs du droit de destination strada

Séverine Dusollier, chargée de cours aux Facultés universitaires  
Notre-Dame de la Paix de Namur,  
directrice du Centre de recherche informatique et droit

*Le droit de destination est généralement présenté comme un dérivé du droit de reproduction par lequel l'auteur pourrait contrôler l'usage qui peut être fait des exemplaires de son œuvre. Ce droit, à défaut d'une assise légale, trouve sa source dans une jurisprudence déjà ancienne et une doctrine relativement majoritaire. Mais son concept flou pose de réelles difficultés d'interprétation et d'application. Deux décisions belges récentes le prouvent et soulignent les imprécisions et les excès auxquels la théorie du droit de destination peut conduire.*

*Het bestemmingsrecht wordt meestal voorgesteld als een afgeleide van het reproductierecht waarop de auteur zich kan beroepen om het mogelijke gebruik van kopieën van zijn werk te controleren. Dit recht vindt, bij gebrek aan een wettelijke basis, zijn oorsprong in een reeds oude rechtspraak en een relatieve meerderheid in de rechtsleer. Maar de vaagheid van het begrip geeft aanleiding tot ernstige interpretatie- en toepassingsmoeilijkheden. Twee recente Belgische beslissingen tonen dit aan en benadrukken de onzekerheden en de excessen tot dewelke de theorie van het bestemmingsrecht aanleiding kan geven.*

Le droit de destination reprendrait-il du service? Ces derniers mois, plaideurs et juges ont en tout cas extirpé cet étrange objet du droit d'auteur belge, pour tenter de l'appliquer, avec plus ou moins de succès à des utilisations d'œuvres que les titulaires du droit souhaitaient voir interdire. Là, un juge l'a utilisé pour sanctionner l'inclusion d'une œuvre existante dans une création d'art conceptuel<sup>(1)</sup>; ailleurs, un autre juge a refusé de l'employer pour empêcher l'utilisation de logiciels légitimement acquis<sup>(2)</sup>. Ce flottement jurisprudentiel prouve sans doute qu'un certain flou règne encore sur cette théorie qui ne s'arrime qu'à un arrêt, déjà ancien, de la Cour de cassation, à des décisions de fond éparses et à une doctrine qui ne fait plus l'unanimité. J'avais, il y a quelques années, dénoncé ce droit qui ne m'apparaissait ni légitime ni opportun et avait annoncé (trop hâtivement?) sa disparition<sup>(3)</sup>.

Loin de vouloir reprendre ici le fil de la critique alors développée, je me contenterai de relire celle-ci à la lumière de deux décisions récentes. Bien que ces applications jurisprudentielles divergent quant à leur appréciation du droit de destination, elles se rejoignent toutefois sur l'impression qu'elles donnent d'un attribut du droit de reproduction, qui reste vague et mal compris, menant à des applica-

tions désordonnées et peu assurées. Elles donnent en tout cas l'occasion de revoir la théorie du *bestemmingsrecht* et d'en souligner les imprécisions et les possibles excès.

## I. Un regain d'intérêt jurisprudentiel pour le droit de destination

Une première décision émane de la cour d'appel d'Anvers<sup>(4)</sup> et se prononce sur un renvoi après cassation sur un moyen relatif au droit moral d'intégrité (dont il ne sera pas question ici). Pour sanctionner l'apposition sur une sculpture, par un artiste conceptuel, d'un panneau critiquant cette œuvre, la première cour d'appel avait refusé l'application du droit moral d'intégrité, considérant que l'artiste conceptuel n'avait en aucune manière porté atteinte à l'intégrité de l'œuvre puisqu'il n'avait pas modifié celle-ci. Cette décision avait été cassée au motif que «le droit au respect de son œuvre protège aussi l'auteur contre des modifications non matérielles, qui portent atteinte au génie de l'œuvre»<sup>(5)</sup>. Mais le pourvoi en cassation invoquait également une violation du droit de destination dans la mesure où l'utilisation de

(1) Anvers, 29 mars 2010, publiée dans ce numéro, p. 489.

(2) Civ. Gand, 23 septembre 2009, *A&M*, 2010, p. 42.

(3) S. DUSOLLIER, «Le droit de destination: une espèce franco-belge vouée à la disparition», *Propr. intell.*, juillet, 2006, pp. 281-289.

(4) Anvers, 29 mars 2010, *op. cit.*

(5) Cass., 8 mai 2008, *A&M*, 2009, p. 102, obs. F. GOTZEN, «Een Brugse beeldenstorm in een glas water – Cassatie bekijkt het recht op integriteit van de auteur».

l'œuvre pour un objectif auquel elle n'était pas destinée et sans l'autorisation de l'auteur ne pouvait être admise, selon les demandeurs. La Cour de cassation n'a malheureusement pas traité de cette branche du moyen, ce qui laisse le champ libre à la cour d'appel de Gand à laquelle est renvoyée l'affaire.

Cette dernière délaisse curieusement le droit moral et cherche une base patrimoniale à la condamnation des agissements de l'artiste «détourneur». Elle la trouve dans le droit de destination, estimant que «la sculpture était destinée à être exposée dans l'espace public de la ville de Bruges, et non à être utilisée dans le cadre d'une autre œuvre, qu'elle soit conceptuelle ou non», ce qui constitue, selon la cour, un irrespect de la destination de l'œuvre.

Quelques mois plus tôt, un juge du tribunal de première instance de Gand, avait en revanche rejeté le droit de destination<sup>(6)</sup>. Il s'agissait en l'espèce de programmes d'ordinateur rachetés à des sociétés faillies et revendues, avec leur contrat de licence, à de nouveaux utilisateurs. Les sociétés informatiques, titulaires des droits d'auteur sur les logiciels, souhaitaient voir interdire cette pratique. Le contrat de licence ainsi que des mentions explicites sur les cédéroms incluant le programme d'ordinateur interdisaient son utilisation en dehors du preneur de licence.

Le tribunal donne tort aux ayants droit sur quelque moyen qu'ils aient tenté d'invoquer (par exemple, la subsistance du droit de distribution, en dépit du principe de l'épuisement, ou l'application du contrat de licence refusant le transfert de celle-ci à des tiers). S'agissant du droit de destination, le tribunal considère en premier lieu que ce droit n'a pas d'existence autonome mais doit être compris comme un dérivé du droit de communication au public<sup>(7)</sup>. Il conclut ensuite que le droit de destination est inapplicable à l'espèce, pour deux raisons. La première est que le droit de destination ne peut s'étendre à l'in-

terdiction d'une utilisation privée de l'œuvre, sans qu'aucune communication au public ne soit réalisée<sup>(8)</sup>. La seconde explication donnée par le juge gantois est que le droit de destination ne peut empêcher l'application de l'épuisement du droit de distribution<sup>(9)</sup>.

## II. Une notion mal comprise

### A. Une prérogative liée au droit de reproduction

Le droit de destination est une création jurisprudentielle dans son esprit et doctrinale dans sa lettre. La Cour de cassation belge a, enseigne-t-on généralement, consacré ce droit dans un arrêt de 1956<sup>(10)</sup>, sans toutefois lui donner un nom, lacune à laquelle F. Gotzen a remédié dans sa thèse de doctorat publiée en 1975 sur le *bestemmingsrecht* ou droit de destination. Selon F. Gotzen, le propre du droit de destination permettrait à l'auteur de conserver une maîtrise étendue de chaque exemplaire de l'œuvre en vertu du droit de reproduction qui «s'étend dans une telle mesure qu'il peut imposer le respect d'une limitation de l'usage [des exemplaires de l'œuvre] non seulement à son cessionnaire immédiat, mais également, à chaque stade de la commercialisation, à tout tiers qui acquiert des exemplaires de son œuvre»<sup>(11)</sup>.

Le droit de destination est également reconnu en France, par la doctrine<sup>(12)</sup> et la jurisprudence<sup>(13)</sup>. Dans aucun des deux pays, la loi n'y fait une référence explicite et les recherches d'une base légale, même indirecte, esquissées par la doctrine sont loin d'emporter la conviction<sup>(14)</sup>.

Ce qui est difficile à comprendre dans le droit de destination est qu'il se rattache au droit de reproduction. L'espèce soumise à la Cour de cassation en 1956 permet de l'expliquer. Ce qui y fut sanctionné

(6) Civ. Gand, 23 septembre 2009, *A&M*, 2010, p. 42.

(7) *Ibidem*, p. 49.

(8) *Ibidem*, p. 50.

(9) *Ibidem*, pp. 50-51.

(10) Cass., 1<sup>re</sup> ch., 19 janvier 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 484; *R.C.J.B.*, 1956, p. 172, note J.-G. RENAULD, «Les destinées récentes du droit de reproduction mécanique et le droit d'auteur»; voy. également les conclusions conformes de l'avocat général Ganshof van der Meersch, publiées dans la *Pasicrisie*.

(11) F. GOTZEN, *Het bestemmingsrecht van de auteur*, Larcier, 1975, p. 35.

(12) *Le droit de destination – Le sort des exemplaires en droit d'auteur*, L.G.D.J., 1989; A. FRANÇON, «Conditions contractuelles concernant les différents aspects de la diffusion des exemplaires publiés», *Nordiskt Immateriellt Rättskydd*, 1982, p. 385; T. DESURMONT, «Droit de destination et droit de distribution en France», in *L'importance économique*

*du droit d'auteur*, Journées d'étude de l'A.L.A.I. 1988, A.L.A.I. (éd.), 1989, p. 88.

(13) Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 1<sup>er</sup> mars 1988, *J.C.P.*, éd. G, 1988, II, 21120, note A. FRANÇON; Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 22 mars 1988; *J.C.P.*, éd. G, 1988, II, 21120, note A. FRANÇON; Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 19 avril 1988; *J.C.P.*, éd. G, 1988, II, 21120, note A. FRANÇON; Cass. fr., ch. crim., 25 janvier 1990; *J.C.P.*, éd. G, IV, p. 156. S'agissant de l'utilisation de disques du commerce par les bibliothèques, voy. l'abondante jurisprudence citée par F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, p. 217, note 12.

(14) H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 1978, n° 288, p. 370; T. DESURMONT, *op. cit.*, p. 88; F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, p. 179 et s.; A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, Larcier, 2005, n° 84, p. 148. Sur ces arguments de texte et leur réfutation, voy. S. DUSOLIER, *op. cit.*, pp. 283-284.

est l'utilisation, pour une diffusion radiophonique, de disques qui avaient été fabriqués pour une utilisation seulement privée. Cette radiodiffusion constituait certes une atteinte au droit de communication au public, mais l'organisme de radiodiffusion avait obtenu une autorisation des titulaires de droit à ce titre. Une autre société de gestion collective, exerçant le droit de reproduction des auteurs, appuyait sur ce droit une demande de rémunération pour l'acte de diffusion. Pour rattacher celle-ci au droit de reproduction, la Cour de cassation a considéré que «maître du droit de reproduire, l'auteur ou le cessionnaire de ces prérogatives peut n'autoriser la reproduction que dans une mesure qu'il fixe, ou la subordonner à telles conditions qu'il détermine» et «peut contrôler si celui à qui a été cédé l'objet matériel par le moyen duquel la reproduction a eu lieu, ne l'affecte pas à des usages interdits»<sup>(15)</sup>.

C'est en quelque sorte en octroyant aux limitations que pose l'auteur à la reproduction qu'il autorise, le même caractère d'opposabilité absolue qu'au droit exclusif lui-même<sup>(16)</sup>, que la Cour de cassation parvient à dire que toute violation de ces limitations est une atteinte au droit de reproduction, même si cette violation ne s'opère pas par un acte de copie. La Cour de cassation va ainsi pouvoir énoncer que la radiodiffusion fait partie du droit de reproduction! Peu orthodoxe *a priori*<sup>(17)</sup>... mais elle l'explique par le fait que l'interdiction de la radiodiffusion posée par l'auteur fait rentrer l'émission radiophonique en violation de cette interdiction dans le champ du contrôle de l'auteur au titre de son droit de reproduction puisque c'est à cette occasion que cette interdiction a vu le jour.

Que le droit de reproduction permette de sanctionner des actes de communication au public de l'œuvre est un des aspects du droit de destination les plus difficiles à comprendre et à expliquer. C'est conceptuellement étrange et c'est surtout pragmatiquement inutile, cet acte de communication pouvant généralement être prohibé par le biais du droit de communication lui-même!

La décision du tribunal de Gand opère une confusion qui montre cette difficulté à saisir le droit de destination comme étant rattaché à la prérogative du droit de reproduction. À plusieurs reprises,

la décision martèle que le droit de destination est un attribut lié au droit de communication au public de l'auteur, ce qui révèle une incompréhension de la notion<sup>(18)</sup>. Si le droit de destination permettait de contrôler des exploitations de l'œuvre constituant des actes de communication au public, il ne serait que d'un intérêt réduit, ces utilisations pouvant être absorbées par l'étendue, relativement large et souple, du droit de communication lui-même.

En outre, le droit de destination a été utilisé dans un premier temps pour contrôler des actes de distribution, de location ou de prêt, exploitations que l'on a ensuite associées au droit de reproduction et non au droit de communication au public.

## B. Un contrôle de l'exploitation des exemplaires de l'œuvre

Ce qui en réalité est visé par la logique du droit de destination est l'utilisation publique d'exemplaires de l'œuvre qui, par hypothèse, ne peut être rencontrée par le droit de communication au public. On doit en effet comprendre les prérogatives patrimoniales octroyées par le droit d'auteur comme un contrôle de l'exploitation de l'œuvre, soit comme une maîtrise de la manière dont l'œuvre est diffusée dans le public, que ce soit directement (par le droit de communication et ses appendices) ou indirectement, par le biais des copies disponibles dans le public (droit de reproduction). L'exploitation qui forme le cœur du droit d'auteur couvre en principe tout acte par lequel l'œuvre est mise à la disposition d'un public. À chaque nouveau public créé ou suscité par un acte d'utilisation de l'œuvre, devrait correspondre la possibilité d'un contrôle du titulaire du droit d'auteur, sous réserve des exceptions applicables. C'est dans ce sens que se prononce la Cour de justice des Communautés européennes en considérant que la mise à disposition de programmes télévisés dans des chambres d'hôtel constitue une communication au public car elle ouvre la possibilité d'un nouveau public pour l'œuvre<sup>(19)</sup>. Il y a par cette naissance d'un nouveau public, un acte d'exploitation de l'œuvre que l'auteur doit en principe autoriser.

Le droit de contrôler les copies des œuvres constitue un premier moyen de déterminer, par le

(15) Cass., 19 janvier 1956, précit.

(16) J.-G. RENAULD, «Les destinées récentes du droit de reproduction mécanique et le droit d'auteur», note sous Cass., 19 janvier 1956, *R.C.J.B.*, 1956, p. 191.

(17) F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, 2000, p. 84.

(18) Voy., Civ. Gand, 23 septembre 2009, *op. cit.*, p. 50. La décision rattache pareillement les droits de distribution, de location et de prêt au droit de communication. Son raisonnement n'est toutefois pas exempt

d'ambiguïtés et pourrait également être compris comme adhérent à la thèse selon laquelle le droit de destination n'existerait pas en droit belge mais que les hypothèses qu'il couvre peuvent en réalité être contrôlées par le seul biais du droit de communication au public.

(19) C.J.C.E., 7 décembre 2006, aff. C-306/05, *SGAE c. Rafael Hoteles*, point 40. Voy. également B. MICHAUX, «La Cour de justice interprète la notion de communication au public: l'arrêt *SGAE c. Rafael Hoteles*», *A&M*, 2007, p. 309.

biais du nombre d'exemplaires en circulation, l'éten-  
due du public ayant accès à l'œuvre. Mais ce moyen  
s'est vite révélé insuffisant car de nouveaux publics  
pouvaient être atteints par certaines utilisations  
des copies de l'œuvre, sans qu'une communication  
ou une nouvelle reproduction ne soit nécessaire. Le  
droit de destination, parce qu'il permettait d'at-  
teindre les actes de distribution, de prêt, de location,  
ou de radiodiffusion des exemplaires mis en vente  
par l'auteur sans intention de permettre ces nou-  
velles exploitations, s'est alors révélé utile. Utilité  
qui tend à s'estomper au fur et à mesure que ces actes  
d'exploitation se retrouvèrent soumis à des droits  
exclusifs spécifiques. Droits de location, de prêt  
et de distribution ont progressivement été recon-  
nus par le législateur, européen et ensuite national,  
comme faisant partie de l'escarcelle du titulaire de  
droit d'auteur<sup>(20)</sup>, ce qui devrait diminuer logique-  
ment l'intérêt du droit de destination comme moyen  
de maîtriser la mise à disposition des exemplaires de  
l'œuvre à de nouveaux publics.

Ce n'est pourtant pas ainsi que l'entendent la  
doctrine et la jurisprudence qui persistent à appli-  
quer le droit de destination soit à des hypothèses  
dans lesquelles des droits exclusifs seraient désormais  
susceptibles de s'appliquer<sup>(21)</sup>, soit à toute hypothèse  
d'utilisation d'exemplaires de l'œuvre.

La décision de la cour d'appel d'Anvers s'inscrit  
dans ce dernier courant. Particulièrement généreuse  
dans son application du droit de destination, elle  
définit celui-ci comme le droit de l'auteur d'exercer  
un contrôle sur la distribution et l'utilisation sub-  
séquente de son œuvre et le respect des conditions  
définies par l'auteur relativement aux circonstances,  
à la nature et au domaine d'utilisation autorisés<sup>(22)</sup>.  
Les auteurs de la sculpture avaient autorisé son  
exposition dans l'espace public, mais aucune autre  
utilisation, et certainement pas la réappropriation  
de l'œuvre dans une performance d'art conceptuel,  
visant à critiquer celle-ci. Ce détournement de  
l'œuvre violait en conséquence, selon les juges d'ap-  
pel, la destination implicite de la sculpture.

(20) Le droit de distribution étant octroyé successive-  
ment aux auteurs de programmes d'ordinateur (directive  
91/250/CEE du 14 mai 1991 concernant la protection  
juridique des programmes d'ordinateur), de bases de  
données (directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant  
la protection juridique des bases de données), et, enfin  
de toutes œuvres ainsi qu'aux titulaires de droits voisins  
(directive 2001/29 du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur  
dans la société de l'information); les droits de location  
et prêt ayant également fait l'objet d'une harmonisation  
européenne (directive 92/100/CEE du 19 novembre 1992  
relative au droit de location et de prêt et à certains droits  
voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété  
intellectuelle).

Ce changement de contexte de l'œuvre ne sus-  
cite pourtant aucun nouveau public pour l'œuvre et  
peut difficilement, à mon sens, entrer dans le cadre  
du droit de destination tel que défini par la Cour de  
cassation et la doctrine.

En 1956, notre Cour suprême avait défini le  
droit de destination comme le droit pour le titulaire  
du droit de reproduction, «de n'autoriser la repro-  
duction que dans une mesure qu'il fixe, ou la subor-  
donner à telles conditions qu'il détermine»<sup>(23)</sup>. Il ne  
s'agissait pas pour l'auteur de définir les limites de  
toute utilisation de son œuvre, mais uniquement de  
déterminer les limites d'une exploitation de copies  
de son œuvre. Ce n'est donc pas l'œuvre elle-même  
dont les conditions d'utilisation sont ainsi délimi-  
tées par l'auteur, mais l'utilisation des exemplaires  
qu'il met sur le marché. C'est effectivement par le  
biais des exemplaires, nés de l'exercice du droit de  
reproduction, que de nouveaux publics peuvent  
avoir accès à l'œuvre. L'original de l'œuvre est certes  
l'exemplaire premier de l'œuvre et peut également  
servir de base à des actes de location, prêt ou revente,  
la mettant à disposition de nouveaux publics, mais y  
associer un droit d'en contrôler toute utilisation est  
excessif en l'espèce. Seule une utilisation de l'œuvre  
qui suscite un acte d'exploitation, la mettant à dis-  
position d'un nouveau public, peut faire partie des  
actes patrimoniaux de l'auteur. Un changement de  
contexte de l'œuvre peut être interdit par l'auteur,  
mais sur la seule base de son droit moral (ce qui peut  
changer l'ampleur des dommages et intérêts qu'il  
pourrait légitimement invoquer). Il y a, dans la déci-  
sion de la cour d'appel, un excès de zèle qui mène à  
une confusion des genres dommageable pour la com-  
préhension du droit d'auteur.

### III. Une application excessive

Même à admettre que le droit de reproduction  
comprend un droit de contrôler l'utilisation des  
exemplaires de l'œuvre, *quod non*, l'application qu'en  
fait la jurisprudence, et spécialement dans l'affaire

(21) Voy. la jurisprudence citée à ce titre *in* S. DUSOL-  
LIER, *op. cit.*, pp. 286-287.

(22) «Het bestemmingsrecht is het recht van een auteur  
om controle uit te oefenen op het verder verhandelen  
en gebruik van zijn werk en op de eerbiediging van  
dienaangaande door hem eenzijdig opgelegde voorwaar-  
den, voorwaarden die betrekking kunnen hebben op de  
omstandigheden van het gebruik, op de aard van het  
gebruik, alsook op het gebied waarin het gebruik werd  
toegestaan».

(23) Cass., 19 janvier 1956, *op. cit.*, pp. 499-500.



de la critique des sculptures de Bruges, est excessive et maladroite. Elle ne répond en tout cas que très imparfaitement aux conditions dont la doctrine avait entouré le droit de destination.

## A. Le droit de destination ne s'applique pas à toute utilisation de l'œuvre

Les partisans du droit de destination n'ont jamais souhaité atteindre toute utilisation de l'œuvre<sup>(24)</sup>. Délimité naturellement par le fait que l'utilisation des exemplaires doit viser une exploitation publique de l'œuvre, le droit de destination n'a pas vocation à s'appliquer à toute utilisation des exemplaires des œuvres, en ce compris les actes d'utilisation privée, de réception ou de simple «consommation» des œuvres. La décision du tribunal de Gand en matière de logiciels y insiste particulièrement, refusant d'appliquer le droit de destination à des actes qu'il qualifie d'utilisation privée de l'œuvre. En l'espèce, recourir au droit de destination aurait permis aux auteurs des programmes légitimement revendus, en vertu de l'épuisement de leur droit de distribution, d'empêcher leur réutilisation par leurs acquéreurs, ce qui excède, selon le juge, les limites du droit d'auteur.

Dans l'espèce soumise à la cour d'appel de Gand, il n'est pas question bien entendu d'une utilisation simplement privée de la sculpture. L'artiste ayant apposé la plaque «Interdiction de regarder» entendait bien réaliser ainsi un acte artistique public. Cet acte d'utilisation reste toutefois étranger au droit de destination: il ne suscite aucun nouveau public pour l'œuvre exposée et n'équivaut donc pas en une nouvelle exploitation de l'œuvre.

On pourrait y ajouter que cet acte d'appropriation artistique devrait en tout cas ouvrir une réflexion sur l'application de l'exception de parodie, ce que la cour d'appel a refusé de faire, sans autre explication. La parodie a déjà été reconnue par une cour d'appel dans un cas similaire d'appropriation artistique<sup>(25)</sup>, la détachant ainsi du seul objectif humoristique, mais y incluant la critique artistique<sup>(26)</sup>.

(24) T. DESURMONT, «Le droit de l'auteur de contrôler la destination des exemplaires...», *op. cit.*, p. 2; F. GOTZEN, *Het bestemmingsrecht...*, *op. cit.*, pp. 40 et s.; F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, p. 256.

(25) Bruxelles, 14 juin 2007, *A&M*, 2008, p. 23, note VOORHOOF, spéc. p. 27 («pour examiner le caractère parodique d'une œuvre, (...) il s'agit de vérifier si l'emprunt est perçu par l'observateur comme impertinent, extravagant, insolent»).

(26) Voy. également, Paris, 1<sup>er</sup> ch., 13 janvier 2010, cité dans A. LUCAS, V.-L. BENABOU et J.-M. BRUGUIÈRE, «Propriété littéraire et artistique – Chronique», *Propr. intell.*, avril 2010, p. 716 (reconnait que la parodie peut

L'inclusion de cet acte d'appropriation contextuelle de l'œuvre dans le champ du droit de destination démontre en tout cas les ressorts inattendus de la théorie du droit de destination et son imprécision. Progressivement dépouillé de ses conséquences légitimes par la reconnaissance explicite des droits de distribution, de location et de prêt, le droit de destination risque bel et bien de s'appliquer sans discernement, à des hypothèses d'utilisation qu'il ne devrait pas viser.

## B. Le droit de destination ne s'applique qu'aux destinations explicitement exclues par l'auteur

La doctrine considère généralement que l'application du droit de destination est sujette à une condition de connaissance des conditions posées par l'auteur: celui-ci doit avoir fait connaître la destination qu'il entend affecter à l'exemplaire de l'œuvre que ce soit par l'apposition d'une mention sur l'exemplaire matériel ou par toute autre indication<sup>(27)</sup>. Cette condition imposée à l'exercice de cet attribut du droit de reproduction vise, selon ses partisans, à modérer la gourmandise possible du droit de destination. J'ai déjà exposé ailleurs combien cette condition supplémentaire ne devrait pas, par principe, s'appliquer à un droit que l'on reconnaît comme exclusif, ne pouvant par conséquent être réduit à un droit d'interdire, et qui s'applique indépendamment de la bonne ou mauvaise foi de l'auteur de l'atteinte<sup>(28)</sup>. Exiger cet élément de connaissance ajoute à la curiosité du droit de destination et à son fondement juridique bancal.

Dans l'affaire de la sculpture, la cour d'appel ne fait aucunement allusion à la connaissance, par l'artiste conceptuel, des conditions d'utilisation définies par l'auteur, ce qui, à suivre la doctrine classique du droit de destination, devrait en invalider l'application. F. Gotzen admet que la détermination, par l'auteur, des destinations autorisées de son œuvre, peut être implicite mais doit résulter de manière certaine des circonstances. Il va de soi qu'aucun artiste ne souhaite a priori voir son œuvre détournée et critiquée

s'appliquer en matière d'appropriation artistique en cas de «retournement» de l'œuvre originale «pour exprimer quelque chose de totalement étranger, d'inverse au thème, à l'image et au sujet de la photographie originale», ce qui n'était pas le cas en l'espèce).

(27) F. BRISON, *Het naburig recht van de uitvoerende kunstenaar*, Larcier, 2001, p. 398, n° 900; H. DESBOIS, *op. cit.*, p. 640, n° 528; F. GOTZEN, «De algemene beginselen van de vermogensrechten en van de morele rechten van de auteur volgens de Wet van 30 juni 1994», in *Le renouveau du droit d'auteur en Belgique*, Bruxelles, 1996, n° 5, p. 232.

(28) S. DUSOLLIER, «Le droit de destination...», *op. cit.*, p. 285.

par un confrère iconoclaste, mais cela suffit-il pour valoir comme délimitation implicite de la destination de l'œuvre, qui empêcherait alors toute critique?

### C. Le droit de destination ne s'applique qu'à l'auteur de l'exploitation non autorisée

Dans la décision de la cour d'appel sur la sculpture exposée à Bruges, le nombre des personnes jugées responsables d'une atteinte au droit de destination est impressionnant. Les juges ont visé très large, ce qui souligne une fois encore le flou qui entoure les limites de ce droit. Le premier responsable est bien entendu celui qui utilise l'œuvre pour en faire une critique. Si l'on accepte de suivre le juge dans son application tortueuse du droit de destination, l'atteinte est consommée par celui qui réalise cette utilisation en contravention du souhait de l'auteur.

Mais la cour d'appel ne s'arrête pas là et met également en cause le propriétaire de l'œuvre d'art concernée, pour la seule raison qu'il aurait autorisé l'apposition de la banderole litigieuse. C'est aller très loin... Le propriétaire du support d'une œuvre protégée doit certes composer avec le droit d'auteur, mais si on admet que le droit de destination permet d'interdire toute utilisation de l'œuvre, que reste-t-il de l'usus, composante essentielle du droit de propriété? Pas grand-chose.

La décision mentionne au passage que le propriétaire n'avait reçu de l'auteur que l'autorisation d'exposer l'œuvre, ce qui laisse perplexe, car la solution retenue par le droit belge, s'agissant du droit d'exposer l'œuvre, est d'attribuer ce dernier au propriétaire du support, dans des conditions non préjudiciables à l'honneur ou à la réputation de l'auteur<sup>(29)</sup>. Que les faits ayant donné lieu à cette décision puisse être constitutifs d'une atteinte à l'honneur de l'auteur de la sculpture et donc déchoir de son droit d'exposition le propriétaire de l'œuvre, qui a accepté de telles conditions dégradantes d'exposition de l'œuvre, on peut en débattre. Mais il s'agirait dans ce cas d'une atteinte au droit moral de l'auteur qui l'emporte sur le droit d'exposition et non d'une application du droit de destination<sup>(30)</sup>. En outre, cela ne permettrait pas pour autant de poser pour principe que l'auteur

doit soumettre à son autorisation préalable toute exposition de son œuvre.

Sont également jugés responsables d'une atteinte au droit de destination, les organisateurs de la manifestation culturelle au cours de laquelle l'«outrage» a pris place, ce qui paraît encore plus difficile à comprendre. Qu'on leur reproche une faute sur base de l'article 1382 du Code civil aurait pu, à la limite, être envisagé, mais certainement pas une atteinte au droit de destination puisqu'ils n'ont eux-mêmes effectué aucune utilisation de l'œuvre ainsi attaquée.

### D. Le droit de destination s'efface devant le principe de l'épuisement

Plus raisonnable, la décision du tribunal de Gand prend soin de limiter le droit de destination en prenant position sur la question délicate de l'intersection entre le droit de destination et le droit de distribution. La consécration de ce dernier dans l'acquis communautaire signifie-t-il l'absorption du droit de destination? Si la réponse à cette question est négative, comment ces deux attributs du droit de reproduction cohabitent-ils et, plus particulièrement, quel rôle joue le principe de l'épuisement du droit de distribution?

Le juge gantois penche pour la cohabitation, reconnaissant un droit de destination mais le limitant lorsque son application irait à l'encontre du principe d'épuisement du droit de distribution<sup>(31)</sup>. En l'espèce, alors que la règle de l'épuisement du droit de distribution empêchait les titulaires de droits sur les programmes d'ordinateur d'interdire la revente des logiciels à de nouveaux utilisateurs, l'invocation d'un droit de destination, s'il avait été accueilli, aurait contourné l'application de l'épuisement, ce que le juge n'admet pas. Néanmoins, la décision accepte que l'épuisement ne s'applique pas à l'ensemble du droit de destination, mais uniquement si l'exercice du droit de destination entraîne un contrôle de la redistribution des exemplaires de l'œuvre mis légitimement sur le marché.

La question a surtout été discutée en France, puisque le législateur y a décidé de ne pas transposer le droit de distribution et de continuer à s'appuyer sur la doctrine du droit de destination<sup>(32)</sup>. L'épuisement

(29) Voy. l'article 9 de la L.D.A.

(30) *Contra* mais à tort selon moi, E. Cornu, «La propriété d'une œuvre d'art face aux droits de l'artiste», in G. KEUTGEN (éd.), *L'art et le droit*, Larcier, collection de la Conférence du Jeune barreau, 2010, p. 60.

(31) Civ. Gand, 23 septembre 2009, *op. cit.*, pp. 50-51.

(32) Le législateur français s'était fondé pour ce faire sur deux considérants de la directive affirmant que le droit de distribution n'affectait pas les dispositions en matière de prêt et de location, ainsi que sur l'exposé des motifs

de la proposition initiale de directive qui avait reconnu aux États membres la possibilité de continuer à appliquer leur propre notion du droit de distribution (avec une référence explicite au droit de destination) pour autant qu'il existe une équivalence sur le fond. Cette deuxième référence signifie à mon sens que les États ne sont pas obligés de transposer *expressis verbis* un droit de distribution si un autre mécanisme juridique aboutit au même résultat pour les ayants droit mais ne prend pas parti sur la subsistance de droits exclusifs plus étendus.

par contre a bien été inscrit dans la loi (limitant paradoxalement un droit qui n'existe pas explicitement). A. et H.-J. Lucas considèrent par exemple qu'un des effets de l'harmonisation européenne est de limiter le contrôle de l'usage des exemplaires matériels de l'œuvre à la location, au prêt et à la première circulation<sup>(33)</sup>. À l'inverse F. Gotzen est d'avis que le droit de destination se perpétue en droit belge, en dépit de toute reconnaissance explicite dans la loi modifiée en 2005 et que les droits de distribution, location et prêt n'en sont que des applications qui permettent de revenir au principe général, le cas échéant<sup>(34)</sup>.

Un nouvel argument en faveur de l'absorption du droit de destination par un droit de distribution plus étroit peut cependant être trouvé dans l'arrêt *Casina* de la Cour de justice des Communautés européennes<sup>(35)</sup>. À l'occasion de questions préjudicielles sur la définition et l'étendue du droit de distribution, la juridiction européenne a affirmé qu'il « n'appartient pas à la cour de créer, au profit des auteurs, des droits nouveaux qui n'ont pas été prévus par [les directives communautaires] et, partant, d'élargir ainsi la notion de distribution de l'original d'une œuvre ou d'une copie de celle-ci au-delà du sens envisagé par le législateur communautaire »<sup>(36)</sup>. Fut ainsi rejeté le principe d'une interprétation extensive des droits exclusifs des auteurs et d'une prétention au contrôle de tout usage de l'œuvre, s'il ne consiste pas en un acte d'exploitation couvert par les droits exclusifs. Ces derniers seraient en conséquence consacrés par la directive 2001/29 sur le droit d'auteur dans la société de l'information, non pas comme des notions minimales sur lesquelles les législateurs nationaux pourraient asseoir des concepts plus larges, mais comme des droits proprement délimités qui doivent recevoir une approche identique dans l'ensemble des États membres. Voilà en tout cas de quoi contredire les tenants de la thèse selon laquelle la directive de 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information, qui précise les droits patrimoniaux reconnus aux titulaires de droit d'auteur et de droits voisins, aurait implicitement admis la subsistance du droit de destination en France et en Belgique<sup>(37)</sup>. La Cour de justice ne semble pas si bienveillante quant à la survivance, dans les droits nationaux, de prérogatives plus étendues que celles admises à l'échelon communautaire.

(33) A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *op. cit.*, n° 252, p. 219.

(34) F. GOTZEN, « Commentaire de l'article 1<sup>er</sup> de la loi sur le droit d'auteur », in F. BRISON et H. VANHEES (éd.), *Hommage à Jan Corbet – La loi belge sur le droit d'auteur – Commentaire par article*, Larcier, 2008, 2<sup>e</sup> éd., pp. 10-11.

(35) C.J.C.E., 17 avril 2008, *Peek & Cloppenburg c. Casina*, C-456/06.

(36) *Ibidem*, point 38. Cette limitation des droits exclusifs à leur notion communautaire est confirmée par l'arrêt

## IV. Conclusion

Les partisans de la théorie du droit de destination ne manqueront pas d'ajouter ces deux décisions au fleuron de la jurisprudence confirmant l'existence de cet appendice au droit de reproduction dans notre droit d'auteur. Elles s'ajouteront à une litanie de décisions qui sont régulièrement citées à l'appui du droit de destination. J'ai déjà passé au crible cette liste, en enlevant les décisions qui pouvaient se comprendre comme une violation par le cocontractant du titulaire du droit d'auteur des conditions mises à l'exploitation de l'œuvre, les décisions appliquant le droit de destination antérieurement à la reconnaissance légale d'un droit de distribution, de location ou de prêt et, plus simplement encore, les décisions sanctionnant en réalité un véritable acte de copie ou de communication de l'œuvre par le biais d'un droit de destination alors inutile.

Au terme de ce travail de défrichage, ne subsistaient que peu de décisions qui appliquent sans contester un droit de destination, compris comme un mode de contrôle d'une utilisation d'exemplaires de l'œuvre, qu'avait réservée l'auteur et qu'il ne peut interdire au moyen des droits exclusifs classiques. La décision de la cour d'appel d'Anvers relative à la critique artistique de la sculpture en fera malencontreusement partie, mais ce sera au prix d'une extension critiquable du droit de destination qui ne devrait pas prospérer.

Est-ce faire preuve de mauvaise foi que de s'obstiner à refuser l'existence du droit de destination en droit belge alors que la jurisprudence persiste à l'appliquer et la doctrine à n'y voir aucun mal? D'aucuns le penseront. Mais leurs arguments ne me convainquent toujours pas quant à la légitimité de ce droit, pas plus que ces décisions de justice qui, au contraire, démontrent à merveille les excès auxquels ne pourra que mener l'application d'un droit non défini par la loi, quant à son contenu, ses conditions et ses limites. C'est à tout le moins vrai pour la décision de la cour d'appel d'Anvers, celle du tribunal de Gand ayant évité de tomber dans le piège d'un droit de destination qui rendrait les auteurs tout puissants pour contrôler n'importe quelle utilisation de leur œuvre.

de la Cour fédérale allemande, destinataire des réponses aux questions préjudicielles, voy. BGH, 22 janvier 2009, IZR, 148/06, cité par M. VIVANT et C. GEIGER, « Autre regard... », *Propr. intell.*, avril 2010, p. 750.

(37) Voy. par exemple F. POLLAUD-DULIAN, « Les droits exclusifs consacrés par la directive », *Propr. intell.*, 2002, n° 2, p. 13; A. FRANÇON, « Chronique de législation et de jurisprudence – Propriété littéraire et artistique », *R.T.D. comm.* 2001, p. 704.

Il m'apparaît toujours que le droit de destination manque d'une base légale, les références auxquelles la loi y ferait n'étant pas convaincantes, qu'il repose sur de la jurisprudence trop hétérogène, que l'harmonisation communautaire et le droit de distribution vont à contresens d'une telle prérogative de l'auteur, spécifique à deux États membres, et qu'à défaut d'un arrêt de la Cour de cassation qui en confirmerait l'existence et les contours, ce droit risque d'atteindre indifféremment toute utilisation de l'œuvre, ce qui nuirait à l'équilibre de la propriété littéraire et artistique.

L'arrêt relatif à la critique artistique de la sculpture exposée dans les rues de Bruges est tellement outrancier tant dans son raisonnement que dans son résultat – la condamnation financière de l'artiste a notamment été largement commentée par la presse et les milieux artistiques incrédules – qu'elle appelle une nouvelle intervention de la Cour de cassation, plus sur le droit moral cette fois, mais sur la légitimité et les limites précises du droit de destination. Il faudra certainement éviter que ce droit ne devienne la panacée des titulaires de droit d'auteur en mal de contrôle de toute utilisation de leurs créations.