À Julien et Alice

Cet ouvrage est issu d'une thèse de doctorat réalisée grâce à un mandat d'Aspirant du Fonds de la Recherche Scientifique – FNRS – et soutenue le 31 mai 2011 à l'Université catholique de Louvain-la-Neuve, sous la promotion du Professeur Marc Verdussen.

La mise à jour de l'ouvrage s'arrête au 31 septembre 2012.

BRUYLANT

REMERCIEMENTS

Le voyage à la découverte du droit à la culture, rendu possible par un mandat d'Aspirant octroyé par le Fonds National de la Recherche Scientifique de Belgique, a été tout sauf solitaire. Souvent mouvementé, parfois difficile, ce voyage est resté de bout en bout passionnant grâce à la bienveillance d'un entourage que je tiens ici vivement à remercier.

Mes remerciements vont d'abord à mon promoteur de thèse, le Professeur Marc Verdussen, pour l'intelligence de ses remarques, la richesse de nos échanges, sa patience infinie, ses encouragements constamment réitérés mais aussi pour son humanité et son indulgence. J'adresse mes plus vifs remerciements au Professeur Hugues Dumont, pour la richesse de ses écrits en droit public de la culture et pour la profondeur de ses interrogations sur cette matière, qui ont constitué une source inépuisable d'inspiration. Cette thèse est très largement redevable de ses relectures minutieuses et de ses remarques constructives. Mes remerciements vont aussi à Jacques Fierens, pour ses réflexions stimulantes et audacieuses, et à François Jongen. Je dois également exprimer ma plus profonde gratitude au Professeur Yvonne Donders, qui a accepté avec enthousiasme de siéger dans le jury de cette thèse et d'enrichir celle-ci par ses réflexions et sa connaissance approfondie du sujet. Je remercie également le Professeur Amy Adler qui m'a accueillie pendant deux mois à l'Université de New York.

Toute ma reconnaissance va ensuite à ces amis et collègues qui ont relu, sans délai et avec intelligence, des parties de cette thèse : Nicolas Bonbled, Marie-Élise Bouchonville, Alice Croquet, Isabelle de Fossa, Sophie Duckerts, Élise Dermine, Zoé Gallez, Isabelle Hachez, Maxime Lambrechts, Charlotte Leclercq, Matthieu Lys, Anne-Stéphanie Renson, Mathias Sant'ana, Edgar Szoc, Marie Vanderbeeck et Édith Wustefeld. Ma reconnaissance va également à mes collègues du Centre de Recherches sur l'État et la Constitution et plus généralement à ceux qui, au sein de la Faculté de droit de Louvain, font de cette Faculté et de cette École un endroit où

il fait bon vivre et travailler. Je ne peux pas tous les nommer ici, mais j'espère qu'ils se reconnaîtront.

J'adresse des remerciements chaleureux à toutes les personnes qui ont eu l'amabilité de répondre à mes questions, de m'aider dans mes recherches documentaires ou de discuter de mes hypothèses de recherches. Je pense spécialement à Laurence Adam, Mylène Bidault, Carla Bellota, Roland de Bodt, Baptiste de Reymaeker, François de Smedt, Alain de Wasseige, Mathias El-Berhoumi, Laurence Gay, Jean-Louis Genard, Laurie Hanquinet, Emmanuelle Lê-Thanh Duong, France Lebon, Jean-Gilles Lowies, Patrice Meyer-Bisch, Marie Poncin, Dorothée Reinke, Antoine Tanzilli et Georges Vercheval.

Mes remerciements vont ensuite à ma famille et à mes amis, pour la résistance joyeuse et salvatrice qu'ils ont opposée à toute forme d'invasion juridique de ma vie privée. Je dois reconnaître, en particulier, ma chance d'avoir pu compter sur ma mère, qui m'a insufflé l'énergie nécessaire à la rédaction de cette thèse, et sur mon père, qui a relu l'intégralité de celle-ci avec une patience infinie, beaucoup d'affection et une bonne dose d'humour.

Cette thèse n'aurait pas pu aboutir sans l'aide et les sacrifices consentis par Julien, mon mari. Aucun remerciement ne sera à la hauteur de son soutien et de ses encouragements tout au long de mes études ainsi que de sa patience et de sa sagesse durant les trois années et demie de doctorat. Merci à toi, qui œuvres quotidiennement, avec ton amour, à ouvrir le champ des possibles.

SOMMAIRE

PARTIE I.

LES FONDEMENTS THÉORIQUES DU DROIT À LA CULTURE

TITRE I. – **Le concept de culture** 55

CHAPITRE I. – **Les acceptions générales du concept de culture** . 59

CHAPITRE II. – **La réception juridique du concept de culture** . . 85

TITRE II. – **La légitimité des politiques culturelles** 99

CHAPITRE I. – **L'existence et la pertinence de justifications libérales des politiques culturelles** 105

CHAPITRE II. – **L'élaboration d'une justification des politiques culturelles fondée sur le multiculturalisme et le communautarisme moderne** 159

PARTIE II.

LA RECONNAISSANCE DU DROIT À LA CULTURE

TITRE I. – **Les sources du droit à la culture** 199

CHAPITRE I. – **En droit international** 201

CHAPITRE II. – **En droit constitutionnel** 281

TITRE II. – **Les éléments constitutifs du droit à la culture** 323

CHAPITRE I. – **L'objet et les attributs** 325

CHAPITRE II. – **Les prérogatives et les titulaires** 383

CHAPITRE III. – **Les obligations et les débiteurs** 449

PARTIE III.
LA JUSTICIABILITÉ DU DROIT À LA CULTURE

TITRE PRÉLIMINAIRE. – **Les degrés de justiciabilité du droit à la culture** 531

CHAPITRE I. – **L'effet d'orientation** 533

CHAPITRE II. – **L'effet direct** 537

TITRE I. – **L'effet direct « au sens restreint » du droit à la culture** 557

CHAPITRE I. – **L'identification *de lege lata*** 559

CHAPITRE II. – **L'identification *de lege ferenda*** 657

TITRE II. – **L'obligation de *standstill* et le droit à la culture** 713

CHAPITRE I. – **L'application de l'obligation de *standstill* au droit à la culture** 721

CHAPITRE II. – **Les potentialités de l'obligation de *standstill* pour le droit à la culture** 785

TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

aff.	affaire
A.J.D.A.	*Actualité juridique – Droit administratif*
Amén.	*Aménagement, environnement, urbanisme et droit foncier*
Ann. dr. Louvain	*Annales de droit de Louvain*
Annuaire de l'A.A.A.	*Association des Auditeurs et Anciens Auditeurs de l'Académie de droit international de La Haye*
A.P.T.	*Administration publique (trimestriel) : revue de droit public et des sciences administratives*
art.	article(s)
A&M	*Auteurs & Media*
Cal. L. Rev.	*California Law Review*
Cass.	Cour de cassation
C.C.	Cour constitutionnelle
C.D.P.K.	*Chroniques de droit public/Publiekrechtelijke kronieken*
C.E.	Conseil d'État
C.J.C.E.	Cour de justice des Communautés européennes
Col. J. L. & Arts	*Columbia Journal of Law & the Arts*
Colum. L. Rev.	*Columbia Law Review*
Const.	Constitution belge
Cour eur. D.H.	Cour européenne des droits de l'homme
dir.	sous la direction de
Doc. parl.	Documents parlementaires
Dr. Q. M.	*Droit en Quart Monde*

D.U.D.H.	Déclaration universelle des droits de l'homme
e.a.	entre autres
éd.	éditeurs
E.H.R.L.R.	*European Human Rights Law Review*
E.J.I.L.	*European Journal of International Law*
et s.	et suivant(e)s
Fordham intell. Prop. Media & Ent. L. J.	*Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*
H. R. Q.	*Human Rights Quarterly*
IDj	*Information et documentation juridiques*
Int'l & Comp. L. Q.	*International and Comparative Law Quarterly*
J.C.P.	*La Semaine juridique, édition générale*
J.D.E.	*Journal de droit européen*
J.D.J.	*Journal du droit des jeunes*
J.I.E.L.	*Journal of International Economic Law*
J.L.M.B.	*Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*
Journ. proc.	*Journal des procès*
J.T.	*Journal des tribunaux*
J.T.T.	*Journal des tribunaux du travail*
Mon. b.	*Moniteur belge*
Mouv. comm.	*Mouvement communal*
N.Y.U. L. Rev.	*New York University Law Review*
Pas.	*Pasicrisie belge*
pp.	pages
R.A.E.-L.E.A.	*Revue des Affaires Européennes - Law & European Affairs*
R.B.D.C.	*Revue belge de droit constitutionnel*
R.B.D.I.	*Revue belge de droit international*
R.D.I.D.	*Revue de droit international et de droit comparé*

R.D.T.I.	*Revue du droit des technologies de l'information*
réf.	référé
Rev. dr. comm.	*Revue de droit communal*
Rev. dr. pén.	*Revue de droit pénal*
Rev. dr. ULB	*Revue de droit de l'Université libre de Bruxelles*
Rev. dr. ULg	*Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*
Rev. prat. soc.	*Revue pratique des sociétés civiles et commerciales*
Rev. trim. dr. h.	*Revue trimestrielle des droits de l'homme*
RIDA	*Revue internationale du droit d'auteur*
R.I.D.E.	*Revue internationale de droit économique*
R.I.E.J.	*Revue interdisciplinaire d'études juridiques*
RTDeur.	*Revue trimestrielle de droit européen*
R.U.D.H.	*Revue universelle des droits de l'homme*
R.W.	*Rechtskundig Weekblad*
Sup. Ct. Rev.	*Supreme Court review*
T.B.P.	*Tijdschrift voor Bestuurwetenschappen en Publiekrecht*
T.G.R.	*Tijdschrift voor Gentse Rechtspraak*
trad. fr.	traduction française
T.R.O.S.	*Tijdschrift voor Ruimtelijke Ordening en Stedenbouw*
U.C.L.A. Law Review	*University of California Law Review*
U. Pa. L. Rev.	*University of Pennsylvania Law Review*
Yale L. J.	*Yale Law Journal*

PRÉFACE

Toute recherche doctorale a une histoire. Celle de Céline Romainville remonte au 8 novembre 2005. Ce jour-là, je découvre une quinzaine d'étudiants ayant choisi de rédiger leur mémoire de fin d'études en droit constitutionnel. Un thème commun a été retenu : le droit public de la culture. Céline Romainville est parmi ces étudiants et elle décide de consacrer son mémoire au droit d'accès à la culture. Très vite, elle manifeste tout à la fois de l'enthousiasme et de réels atouts pour la recherche scientifique. Je lui ai alors proposé de déposer un dossier de candidature à un mandat d'aspirant du Fonds national de la recherche scientifique (F.N.R.S.), ce qu'elle a fait, juste avant son départ en séjour d'échange Erasmus à l'Université d'Uppsala. Sa candidature a été retenue. Elle a entamé sa recherche doctorale le 1er octobre 2007.

Pour le promoteur d'une recherche doctorale, il y a deux moments particulièrement agréables dans la supervision d'une telle recherche.

Le premier moment, c'est le jour où l'on est pris de cette conviction que le ou la doctorante, non seulement ira jusqu'au bout de son projet, mais, qui plus est, parviendra à rédiger une thèse d'excellence. Il y a là une sorte de basculement. D'une inclination à la prudence et au doute – qui est finalement très méthodique –, on passe à une intuition, qui se révèle de plus en plus affinée et qui nous conduit à la certitude que « le jeu en valait la chandelle ».

Le second moment, c'est évidemment le jour de la soutenance de la thèse doctorale, ce jour marquant l'aboutissement d'un parcours passionnant et même trépidant, mais à maints égards fort éprouvant. S'agissant de Céline Romainville, ce jour est arrivé le 18 mai 2011, pour la soutenance privée, et le 31 mai 2011, pour la soutenance publique. À l'époque, j'ai dit à quel point j'étais heureux de ce dénouement. Pour la doctorante. Pour son promoteur. Pour tous les membres du comité d'accompagnement qui ont cru en elle. Pour

le Centre de recherche sur l'État et la Constitution de l'U.C.L. Pour la recherche juridique en général.

Le résultat est à la hauteur de l'ambition du projet. Il l'est d'autant plus que Céline Romainville a réalisé sa recherche doctorale en trois ans et demi. Elle a mis, en effet, un point d'honneur à respecter scrupuleusement le délai imposé par le F.N.R.S. Mieux encore, elle a abordé et mené sa recherche doctorale avec intelligence, en faisant de son travail une étape décisive dans son apprentissage du droit et de la recherche scientifique.

Au cours de cette période, je l'ai vue travailler avec un acharnement époustouflant. De semaine en semaine. De jour en jour. Ce travail quotidien nous a permis de dialoguer régulièrement, à partir des remarques que j'ai cru devoir formuler, sous la forme d'observations, de réactions, de recommandations ou d'objections. Ces remarques, Céline Romainville les a toujours écoutées avec beaucoup d'attention et beaucoup d'humilité. Elle les a toujours prises en compte, que ce soit pour les accueillir ou y résister. Car elle n'est ni têtue, ni bêtement docile. Je l'ai parfois convaincue. Elle m'a souvent convaincu. Et sur certains points, très rares il faut bien le dire, aucun de nous n'a pu emporter la conviction de l'autre. N'est-ce pas là inéluctable dans le cadre d'une recherche en sciences humaines, où les jugements de valeur côtoient les jugements de réalité ?

Les membres du comité d'accompagnement de la recherche doctorale de Céline Romainville se sont accordés pour considérer qu'au fil des versions successives de son travail, celui-ci a considérablement bonifié. Le résultat est là : une très belle thèse de doctorat. Il y a plusieurs raisons à cela. Limitons-nous à l'essentiel.

La qualité d'une thèse doctorale est largement tributaire du choix du sujet. Pour le chercheur, tout le défi est de trouver – d'élaborer – un sujet qui, d'une part, se rattache à un domaine déjà balisé par des recherches significatives et, d'autre part, se distingue par son originalité. C'est un peu comme s'il s'agissait d'ajouter un chapitre à un roman entamé par d'autres, pour reprendre une image bien connue. Céline Romainville l'a parfaitement compris. Elle a choisi un domaine – le droit de la culture – qui bénéficie déjà de l'apport de travaux scientifiques pointus. On pense notamment aux écrits d'Yvonne Donders (*Universiteit van Amsterdam*)

et d'Hugues Dumont (Université Saint-Louis de Bruxelles). Dans ce domaine, elle a opté pour un sujet inédit : le droit à la culture, entendu comme le droit de participer à la vie culturelle. C'est un droit, mais c'est surtout un droit fondamental. C'est un droit fondamental d'autant plus ardu à construire qu'il est particulièrement réfractaire à l'analyse juridique.

Il y a plusieurs éléments qui expliquent ce caractère indisciplinable du droit à la culture. Le plus important réside très certainement dans la difficulté de cerner avec précision le concept de « culture », difficulté d'autant plus insupportable que les juristes affectionnent les définitions claires. S'inspirant d'auteurs pertinents – Guillaume de Stexhe, Jean Ladrière, Jean-Louis Genard… –, Céline Romainville a retenu une définition qui emporte la conviction. En mettant l'accent sur le fait que les œuvres culturelles participent d'un travail sur les significations de la société, elle contribue à donner au droit à la culture une dimension collective (sans pour autant, insistons-y, en faire un droit collectif) : le droit à la culture, ce n'est pas seulement le droit à l'épanouissement culturel, au sens d'un épanouissement personnel, mais c'est aussi, et surtout, le droit de participer à la vie culturelle et, ce faisant, de contribuer à façonner un lien social. On y verra une manière de rompre avec la dérive individualiste des droits humains, ce que Marcel Gauchet appelle « la poussée de la singularité juridique » ou encore la « pathologie de la désappartenance »[(1)].

Prenant appui sur cette définition, Céline Romainville a réalisé une vraie thèse de doctorat. Sa thèse est porteuse d'une démonstration : un raisonnement intellectuel qui vise à établir méthodiquement une vérité. Par une approche à la fois théorique et pragmatique, la doctorante est parvenue à analyser et à évaluer un concept juridique – le droit à la culture –, en démontrant qu'en dépit des apparences, il représente une réalité juridique féconde.

Il y va, à dire vrai, d'une double démonstration : la thèse repose en effet sur deux hypothèses de recherche. D'une part, Céline Romainville entend démontrer que le droit à la culture est un droit fondamental au sens juridique du terme, ce qui l'amène à établir sa justiciabilité en se fondant sur quatre notions (effet d'orientation,

(1) M. Gauchet, *La condition historique*, Paris, Stock, 2003, pp. 313-314 et 317.

effet direct au sens large, effet direct au sens restreint et *standstill*). D'autre part, elle s'attache à démontrer que le droit à la culture est un droit fondamental complexe et fondateur. Il est complexe parce qu'il est sous-tendu par une tension entre deux exigences : le droit d'accès et de participation à la culture et la liberté artistique. Il est fondateur parce que sa capacité à résorber cette tension par une juste conciliation de ces exigences conduit inéluctablement à devoir le prendre au sérieux, en l'utilisant comme fondement des politiques culturelles.

Ces deux hypothèses, Céline Romainville les a éprouvées et vérifiées de manière rigoureuse et réaliste.

La démonstration de Céline Romainville est rigoureuse. Chaque concept est analysé et décortiqué avec la plus grande méticulosité : la notion de droit fondamental, décomposée en huit éléments constitutifs ; la notion de juridicité, dûment définie ; la notion de justiciabilité, d'où sont dégagés quatre principes directeurs. C'est avec la même rigueur que des développements substantiels sont consacrés à des questions aussi cruciales que la définition des matières culturelles dans l'État fédéral, l'application du *standstill* au droit à la culture ou encore l'autonomisation de la liberté artistique par rapport à la liberté d'expression. Et ce ne sont là que quelques exemples parmi d'autres.

La démonstration de Céline Romainville est aussi réaliste, tant celle-ci garde les pieds sur terre. On mentionnera notamment qu'elle ancre ses deux hypothèses de recherche dans des prémisses qu'elle détermine de manière très solide. Quelles prémisses ?

Il y a la définition de la culture, bien sûr. C'est là une première prémisse. La définition qui en est donnée, non seulement, comme je l'ai déjà dit, a l'avantage d'insuffler au droit à la culture une dimension sociale – elle permet ainsi de le *comprendre* –, mais elle a aussi cet énorme atout de déboucher sur du concret et du tangible : la culture participe d'un processus créatif qui repose sur des pratiques et des expressions et qui produit des œuvres et donc un patrimoine. Elle permet ainsi de *construire* le droit à la culture. Une définition anthropologique de la culture ne l'aurait pas permis.

Il y a aussi – autre prémisse – la notion de politique culturelle, qui s'inscrit au cœur de la seconde hypothèse de recherche.

Il n'eut pas été possible de démontrer le caractère fondateur du droit à la culture sans d'abord expliquer ce que sont les politiques culturelles, comprendre ce qu'elles charrient comme controverses idéologiques et montrer quelles peuvent être leurs finalités et leur légitimité. Pour affronter toutes ces questions, Céline Romainville s'est plongée dans la littérature d'autres disciplines scientifiques, comme la philosophie politique, afin de mobiliser au service de son étude juridique les connaissances les plus pertinentes des sciences humaines sur le sujet. Elle a compris, ce faisant, que les disciplines scientifiques « ne sont pleinement justifiées que si elles n'occultent pas les réalités globales » et que « ce qui est au-delà de la discipline est nécessaire à la discipline pour qu'elle ne soit pas automatisée et finalement stérilisée »[(2)]. C'est dans cet esprit qu'elle a effectué un séjour scientifique à la *New York University* pour y travailler avec des universitaires dont les travaux dans ce domaine sont bien connus. En privilégiant la littérature anglo-saxonne, elle a fait un choix, et renoncé à d'autres. On peut discuter son choix, mais elle s'en justifie avec lucidité.

Pour ces raisons, et pour tant d'autres, c'est une très belle thèse doctorale. Elle montre que Céline Romainville a acquis une impressionnante maîtrise de son domaine de recherche et, surtout, qu'elle a la capacité et la maturité nécessaires pour mener des recherches scientifiques d'envergure. On ajoutera que, pendant son parcours doctoral et à la suite de celui-ci, elle a rédigé plusieurs articles et contributions de qualité, qui lui ont permis d'approfondir ses connaissances, non seulement en droit public de la culture, mais aussi, de manière plus générale, en droit constitutionnel et en théorie générale des droits fondamentaux.

Un dernier mot s'impose. Au terme de cette préface, je tiens, en mon nom personnel et au nom de l'ensemble des membres du Centre de recherche sur l'État et la Constitution, à exprimer à Céline Romainville toute ma reconnaissance pour avoir contribué à faire de ce centre un lieu où il est possible de faire de la recherche en conjuguant efficacité et convivialité. Par un seul jour, nous ne l'avons vue d'humeur maussade. Nous l'avons vue découragée,

(2) E. Morin, *La tête bien faite – Repenser la réforme. Réformer la pensée*, Paris, Seuil, 1999, pp. 134 et 137.

parce que la réalisation d'une recherche doctorale n'est pas toujours un long fleuve tranquille. Nous l'avons vue triste, parce que la vie réserve parfois de bien dramatiques surprises. Mais, jamais, elle ne s'est départie de son amabilité. Toujours, elle est restée attentionnée aux autres.

Merci, Céline.

Marc VERDUSSEN
Professeur ordinaire à l'U.C.L.
Directeur du Centre de recherche sur l'État et la Constitution

INTRODUCTION

I. – Le contexte général

1. Le droit à la culture relève de la nébuleuse des droits culturels. Cette dernière regroupe notamment le droit à l'éducation, le droit de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications ou encore le droit de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique et la liberté scientifique et culturelle[3].

Une certaine littérature propose de définir ces droits comme un ensemble de « droits, libertés et responsabilités pour une personne, seule ou en commun, avec et pour autrui, de choisir et d'exprimer son identité, et d'accéder aux références culturelles, comme autant de ressources qui sont nécessaires à son processus d'identification » c'est-à-dire « les capacités de lier le sujet à d'autres grâce aux savoirs portés par des personnes et déposés dans des œuvres (choses et institutions) au sein de milieux dans lesquels il évolue »[4]. Ces droits doivent permettre à chacun de « développer ses capacités d'identification, de communication et de création »[5].

Les définitions des droits culturels proposées *supra* se réfèrent à des concepts très larges, tels que l'identité culturelle ou le dialogue interculturel, qui se situent davantage au plan idéologique ou philosophique que juridique. Si l'on souhaite assurer une effectivité réelle aux droits culturels, il apparaît cependant nécessaire d'affiner leur définition ainsi que de préciser le contenu et la portée de ces

(3) E. Stamatopoulou, « The right to take part in cultural life », Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Discussion générale sur le droit de participer à la vie culturelle, 9 mai 2008, E/C.12/40/9, p. 3.

(4) P. Meyer-Bisch, « Le droit de participer à la vie culturelle – Contenu et importance pour la réalisation de tous les droits de l'homme », Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Discussion générale sur le droit de participer à la vie culturelle, 9 mai 2008, E/C.12/40/9, p. 5. Voy. également Commentaire de la Déclaration de Fribourg.

(5) P. Meyer-Bisch, « Le droit de participer à la vie culturelle – Contenu et importance pour la réalisation de tous les droits de l'homme », *op. cit.*, p. 5.

droits au plan juridique[6]. En effet, de l'aveu même de l'UNESCO, « [t]he definition and the content of cultural rights must be clarified and measures must be identified »[7]. Au sein des Nations Unies, cette volonté de préciser le contenu des droits culturels s'est notamment traduite par la nomination d'une Experte indépendante dans le domaine des droits culturels, Madame Farida Shaheed. Cette dernière envisage les droits culturels comme des droits qui « protègent les droits de chacun, individuellement et collectivement, ainsi que les droits de groupes de personnes, de développer et d'exprimer leur humanité, leur vision du monde et la signification qu'ils donnent à leur existence et à leur épanouissement par l'intermédiaire, entre autres, de valeurs, de croyances, de convictions, de langues, de connaissances, de l'expression artistique, des institutions et des modes de vie »[8]. À partir de cette définition qui reste très large, la volonté de l'Experte indépendante de préciser les droits culturels s'est exprimée dans la définition de domaines de préoccupation privilégiés et de questions prioritaires à traiter, qui concernent notamment la participation, l'accès et la contribution à la vie culturelle sans discrimination[9].

Il appert donc que la volonté de promouvoir les droits culturels, ces « Cendrillons des droits de l'homme »[10], s'est progressivement développée et concrétisée ces dernières années. Ces droits imprègnent de plus en plus le discours politique, à tel point qu'il est urgent d'en préciser la portée juridique[11]. Un tel travail est

(6) E. Stamatopoulou, « The right to take part in cultural life », *op. cit.*, p. 11.

(7) Medium Term Strategy, 1996-2001, UNESCO Doc. 28/C.4, § 169.

(8) Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, 14e session, *Rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels, Mme Farida Shaheed, soumis en application de la résolution 10/23 du Conseil des droits de l'homme*, 22 mars 2010, A/HRC/14/36, p. 6.

(9) *Ibid.*, pp. 16 et s.

(10) D. McGoldrick, « Culture, Cultures and Cultural Rights », in *Economic, Social and Cultural Rights in Action*, M. A. Baderin et R. McCorquodale (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 447 ; G. Filibek, « Interventions Concerning Theme 1.1. », in *The European Convention on Human Rights and Cultural Rights*, 8th Annual International Colloquy on the European Convention on Human Rights, Budapest, Council of Europe, 1995, p. 75.

(11) L. Prott, « Understanding One Another on Cultural Rights », in *Cultural Rights and Wrongs. A Collection of Essays in Commemoration of the 50th Anniversary of the Universal Declaration on Human Rights*, H. Niec (dir.), Paris, UNESCO Publishing, 1998, p. 162.

nécessaire, non seulement pour en assurer l'effectivité mais également pour éviter un dévoiement de ceux-ci.

II. – L'objet : le droit de participer à la vie culturelle

2. La présente thèse n'est pas consacrée à l'ensemble des droits culturels. Une démarche plus ciblée a été privilégiée. Il s'agit de se focaliser sur un droit « culturel » en particulier : celui de participer à la vie culturelle. Notre recherche porte donc sur le « droit à la culture », entendu comme un droit essentiellement individuel de participer à la culture[(12)]. Nous considérons ainsi, dans l'ensemble de cette thèse, les termes « droit de participer à la vie culturelle » et « droit à la culture » comme des synonymes et nous utilisons de manière privilégiée le vocable de « droit à la culture » afin de réconcilier le plan constitutionnel et international.

Par ailleurs, le droit à la culture, toujours au sens de la présente étude, doit être distingué du « droit à l'identité culturelle ». Ce dernier, qui semble se dégager petit à petit d'un ensemble d'éléments du droit international, tente de répondre aux questions de construction de l'identité en se fondant sur une conception anthropologique de la culture[(13)]. Les enjeux posés par le droit à l'identité culturelle dépassent le cadre de ce que l'on comprend par « droit à la culture », même s'ils en constituent une dimension fondamentale.

3. Les contours du droit à la culture restent largement imprécis. Ce droit a été peu étudié par la doctrine. Un nombre encore moins important de plaideurs et de juges s'en sont saisis. Cette négligence pour le droit à la culture tranche avec l'attention qui a été apportée à d'autres droits culturels, comme le droit à l'éducation, dont

(12) U.N. Doc. E/C.12/1992/WP.4, Konaté, 25 novembre 1992, p. 4 ; Y. Donders, « The Legal Framework of the Right to Take Part in Cultural Life », in *Human Rights in Education, Science and Culture. Legal Developments and Challenges*, Y. Donders et V. Volodin (dir.), Paris/Aldershot, UNESCO/Ashgate Publishing, 2007, p. 252. Il faut ainsi distinguer le droit à la culture du « droit à sa culture », qui est un droit collectif à la protection et à la préservation de la culture d'une communauté. Même si le droit à la culture et le droit à sa culture sont considérablement liés, la présente thèse ne se concentre que sur le premier droit, éventuellement envisagé dans ses liens avec le second.

(13) Voy., sur ce droit, la thèse d'Y. Donders, *Towards a Right to Cultural Identity ?*, Antwerp/Oxford, Intersentia/Hart Publishing, coll. School of Human Rights Research – Vol. 15, 2002, 400 pp.

le contenu s'est précisé et dont la portée a été développée ces dernières années[14].

Le brouillard qui entoure encore le droit à la culture, malgré l'importance des enjeux démocratiques dont il est le vecteur, a attisé une volonté, à la source de la présente analyse, d'en préciser les sources, l'objet, les obligations et les garanties juridictionnelles. L'idée est de poser les balises d'un développement du droit à la culture afin que ce droit ne soit plus réduit au rang de souhait mais puisse déployer pleinement ses effets, ceux d'un droit fondamental justiciable.

III. – La méthode

4. La thèse s'inscrit dans une démarche de description, d'explication et d'évaluation du droit à la culture en droit constitutionnel et en droit international. Dans l'analyse du droit à la culture, des allées et venues seront sans cesse opérées entre l'ordre juridique belge et l'ordre juridique international.

L'étude des éléments conventionnels du droit international, qui font partie intégrante du droit belge dès qu'ils ont fait l'objet d'une loi d'assentiment et qu'ils ont été publiés[15], est en effet indispensable. Cette étude est d'autant plus nécessaire que la Cour constitutionnelle, sans être compétente pour assurer une application autonome des instruments internationaux, les applique de manière auxiliaire en mettant largement en œuvre les méthodes dites « combinatoires » et « conciliatoires »[16]. La mise en œuvre de

(14) Voy. notamment F. Coomans, « Content and Scope of the Right to Education as a Human Right and Obstacles to Its Realization », in *Human Rights in Education, Science and Culture. Legal Developments and Challenges*, *op. cit.*, pp. 183-229 ; F. Coomans, « In Search of the Core Content of the Right to Education », in *Core Obligations : Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, A. R. Chapman et S. Russell (dir.), Antwerp, Intersentia, 2002, pp. 217-246.

(15) Voy. e.a., sur ces conditions, J. Wouters et D. Van Eeckhoutte, « Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde : een overzicht van bronnen en instrumenten », in *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde*, J. Wouters et D. Van Eeckhoutte (dir.), Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2006, pp. 4-14.

(16) Voy., sur ces méthodes, M. Verdussen, « Le droit de l'Union européenne jouit-il en Belgique d'une singularité constitutionnelle par rapport au droit international ? », in *Droit de l'Union européenne et droit international : les*

ces méthodes assure au droit international une importance considérable en droit constitutionnel belge[17]. En vertu de l'approche dite « conciliatoire », la Cour constitutionnelle s'inspire du droit international comme « modèle d'interprétation de la Constitution »[18]. Selon la Cour, les textes constitutionnels consacrant les droits fondamentaux doivent être envisagés à la lumière des dispositions de droit international[19]. C'est la théorie dite de « l'ensemble

interactions normatives. Actes du Colloque des 3 et 4 février 2011 à l'Université de Paris I-Panthéon Sorbonne, Paris, L.G.D.J., 2012, pp. 87-106 ; M. Verdussen, « La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel », in *La mise en œuvre interne de la Convention européenne des droits de l'homme*, Éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1994, pp. 17-63 ; M. Verdussen, « L'application de la Convention européenne des droits de l'homme par les Cours constitutionnelles », in *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, F. Fernandez Segado (dir.), Madrid, Dykinson, 2003, pp. 1555-1572.

(17) Voy. sur cette question, pour ce qui concerne la Cour constitutionnelle, P. Vanden Heede et G. Goedertier, « De doorwerking van het internationaal recht in de rechtspraak van het Arbitragehof », in *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde*, *op. cit.*, pp. 240-243.

(18) Voy. M. Verdussen, « Le droit de l'Union européenne jouit-il en Belgique d'une singularité constitutionnelle par rapport au droit international ? », *op. cit.*

(19) Et ceci malgré la formulation de l'article 142 de la Constitution, qui n'évoque pas le *corpus* des règles du droit international. La Cour constitutionnelle a très tôt appliqué ce principe en matière culturelle, alors même qu'elle était encore soumise à la loi du 18 juin 1983. S'agissant d'un décret de la Communauté française du 17 juillet 1987 dont le but était notamment d'appliquer le Pacte international aux droits civils et politiques, la Cour avait constaté que les « dix-sept matières [énumérées à l'époque par l'article 4 de la loi spéciale du 8 août 1980] même combinées ou considérées globalement, ne constituent pas l'ensemble des matières que recouvre le concept de vie culturelle, et pas davantage au sens attribué à ce concept par l'article 27 du Pacte O.N.U. sur les droits civils et politiques, dont s'inspire l'article 4 du décret ». C.C., arrêt n° 70, du 14 décembre 1988, p. 11. La Communauté française avait pris un décret qui dépassait la portée de ses compétences. Elle se fondait sur l'article 27 du Pacte sur les droits civils et politiques pour confirmer son décret. La Cour, en acceptant d'évaluer la portée du Pacte et de la comparer au décret, a ouvert la voie à une prise en compte des instruments internationaux en considérant que l'article 27 du Pacte international sur les droits civils et politiques excédait la compétence de la Communauté française. Toutefois, la Cour a estimé que « Lorsque la Cour annule des dispositions décrétales qui, en méconnaissance de la répartition constitutionnelle des compétences, reproduisent ou exécutent des dispositions d'un traité, elle ne porte nullement atteinte au traité lui-même ni à la primauté qui doit être reconnue à ce traité en vertu de la hiérarchie des normes juridiques ». Par là, la Cour a posé les bases d'un principe de prise en compte du droit international afin d'éclairer l'étendue d'une compétence communautaire (M. Uyttendaele, *Précis de droit constitutionnel belge.*

indissociable », qui veut que, « lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à une ou plusieurs des dispositions constitutionnelles, les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles en cause »[(20)]. Dès son premier arrêt au contentieux de l'égalité, la Cour constitutionnelle utilise la Convention européenne des droits de l'homme comme une « inspiration »[(21)], comme un instrument d'interprétation et comme une référence[(22)]. La Cour a également concilié la portée des articles 10 et 11 de la Constitution avec l'article 12, alinéa 1er, du Traité U.E.[(23)]. Outre cette approche conciliatoire, la Cour constitutionnelle recourt également à l'approche dite « combinatoire »[(24)]. En vertu de cette approche, la Cour, lorsqu'elle apprécie la proportionnalité d'une atteinte au principe d'égalité, prend en compte les valeurs consacrées par le droit international des droits de l'homme. La Cour constitutionnelle a ainsi, dans un premier temps, considéré que l'interdiction de la discrimination

Regards sur un système institutionnel paradoxal, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 584, note 73) sans toutefois trancher sur la hiérarchie des deux ordres juridiques (O. De Schutter et S. van Drooghenbroeck, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, coll. Les grands arrêts de la jurisprudence belge, 1999, p. 526). Voy. également, sur cette question, P. Vanden Heede et G. Goedertier, « De doorwerking van het internationaal recht in de rechstpraak van het Arbitragehof », *op. cit.*, pp. 240-243.

(20) Voy. C.C., arrêt n° 136/2004, du 22 juillet 2004, *NjW*, 2004, p. 1274, note S. Lust ; *R.W.*, 2004-2005, p. 582, note I. Van Giel ; C.C., arrêt n° 202/2004, du 21 décembre 2004, *R.D.P.*, 2005, p. 629, note H.-D. Bosly ; *R.W.*, 2004-2005, p. 1290, note S. Vandromme et C. De Roy ; C.C., arrêt n° 16/2005, du 19 janvier 2005, B.5.3. et B.5.4. ; C.C., arrêt n° 162/2004, du 20 octobre 2004. Voy. J. Velaers, « Le contrôle des lois, décrets et ordonnances au regard du titre II de la Constitution et des Conventions internationales relatives aux droits de l'homme », in *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, Bruxelles, la Charte, 2006, pp. 121-149. Voy., sur ces questions e.a., J. Velaers, « Samenloop van grondrechten : het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen », *T.B.P.*, 2005, pp. 297-318.

(21) X. Delgrange, « Quand la Cour d'arbitrage s'inspire de la Cour de Strasbourg », obs. sous C.A., arrêt n° 23/89, du 13 octobre 1989, *R.R.D.*, 1989, pp. 611-622.

(22) O. De Schutter et S. van Drooghenbroeck, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, *op. cit.*, p. 423.

(23) C.C., arrêt n° 12/2008, du 14 février 2008, B.10 à B.13.5.

(24) Voy., sur ce concept, M. Verdussen, « Le droit de l'Union européenne jouit-il en Belgique d'une singularité constitutionnelle par rapport au droit international ? », *op. cit.*

vaut pour les droits reconnus aux Belges par des traités internationaux, tant que ces dispositions revêtent un effet direct[25] et qu'elles sont applicables, au niveau matériel ou personnel, à la situation en litige[26]. Désormais, la juridiction constitutionnelle considère qu'elle est compétente pour combiner le droit constitutionnel non seulement avec les dispositions internationales ayant effet direct mais également avec celles qui n'ont pas d'effet direct : « la Cour doit, lorsqu'elle est interrogée sur une violation de ces dispositions combinées avec une convention internationale, non pas examiner si celle-ci a effet direct dans l'ordre interne, mais apprécier si le législateur n'a pas méconnu de manière discriminatoire les engagements internationaux de la Belgique »[27]. Ainsi, de manière générale, l'approche combinatoire a poussé la Cour à considérer que « la violation d'un droit fondamental constitue *ipso facto* une violation du principe d'égalité et de non-discrimination »[28]. Quant au Conseil

(25) C.C., arrêt n° 18/90, du 23 mai 1990 : sont compris dans les droits et libertés garantis par les articles 10 et 11 de la Constitution « les droits et libertés résultant de dispositions conventionnelles internationales rendues applicables dans l'ordre juridique interne par un acte d'assentiment. Il en est ainsi à tout le moins des droits et libertés résultant de dispositions ayant un effet direct, ce qui est le cas de l'article 11 de la Convention ». Voy., sur cet arrêt, M. Uyttendaele, *Précis de droit constitutionnel belge. Regards sur un système institutionnel paradoxal*, *op. cit.*, pp. 586 et 587 ; M. Uyttendaele, « La Cour d'arbitrage depuis 1989 : une Cour constitutionnelle à vocation limitée ? Réflexions suggérées par l'arrêt n° 18/90, du 23 mai 1990 », *J.T.*, 1991, pp. 265-269 ; X. Delgrange, « Les articles 6 et 6*bis* de la Constitution : des dispositions à longue portée », *R.R.D.*, 1990, pp. 422 et 434 ; P. Gilliaux, « La protection spéciale de l'égalité est-elle limitée à la seule violation des articles 6 et 6*bis* de la Constitution ? », note sous C.C., arrêt n° 18/90, du 23 mai 1990, *J.L.M.B.*, 1990, pp. 1303-1317 ; A. Alen, « Het Arbitragehof, meer dan 'een grondwettelijk hof met een beperkte bevoegdheid' », note sous C.C., arrêt n° 18/90, du 23 mai 1990, *R.W.*, 1990-1991, pp. 75-87.

(26) S. van Drooghenbroeck, « Obs. sous C.A. 23 mai 1990 », in *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, *op. cit.*, pp. 434-437.

(27) C.C., arrêt n° 28/2005, du 9 février 2005, B.9. et B.10.

(28) Voy. C.C., arrêt n° 136/2004, du 22 juillet 2004, *NjW*, 2004, p. 1274, note S. Lust, *R.W.*, 2004-2005, p. 582, note I. Van Giel ; C.C., arrêt n° 162/2004, du 20 octobre 2004 ; C.C., arrêt n° 202/2004, du 21 décembre 2004, *R.D.P.*, 2005, p. 629, note H.-D. Bosly, *R.W.*, 2004-2005, p. 1290, note S. Vandromme et C. De Roy ; C.C., arrêt n° 16/2005, du 19 janvier 2005, B.5.3. et B.5.4. Voy. J. Velaers, « Le contrôle des lois, décrets et ordonnances au regard du titre II de la Constitution et des conventions internationales relatives aux droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 121-149. Voy., sur ces questions e.a., J. Velaers, « Samenloop van grondrechten : het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen », *op. cit.*, pp. 297-318.

d'État et à la Cour de cassation, ils développent une jurisprudence qui prend en compte le droit international de manière autonome. En effet, le Conseil d'État se considère compétent pour contrôler la conformité des actes qui lui sont soumis avec les dispositions internationales, parfois même sans médiation de la Constitution[29]. Enfin, la Cour de cassation, depuis le célèbre arrêt *Le Ski* a établi sa compétence par rapport aux normes internationales ainsi que la primauté de l'ordre international sur l'ordre interne[30].

5. Le manque de balises relatives au droit à la culture a contraint à limiter le champ d'étude de la thèse. Peu d'études d'envergure ont été consacrées au droit à la culture en droit public, en dehors de la thèse d'Hugues Dumont portant sur l'une des facettes du droit à la culture, à savoir le principe du pluralisme[31]. Par ailleurs, au contraire du droit public des médias[32], le droit public des politiques culturelles en Belgique a fait l'objet d'un nombre relativement restreint de travaux, à l'exception des travaux d'Hugues Dumont[33], des études collectives publiées autour des politiques culturelles et des profils de la création[34], et d'une monographie récente consacrée au patrimoine culturel[35]. Sur le plan international, hormis les thèses d'Elsa

(29) Voy., par exemple, C.E., arrêt *Verdoodt*, n° 182.454, du 28 avril 2008, point 8.4, http://www.raadvst-consetat.be.

(30) Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 886.

(31) H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge*, *Vol. I de 1830 à 1970* et *Vol. II de 1970 à 1993*, Bruxelles, Bruylant, 1996.

(32) Voy. notamment F. Jongen, *La police de l'audiovisuel*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain - n° XXV, 1993 ; F. Jongen et P. Stéphany, *Audiovisuel : les révolutions de '89*, Bruxelles, CRISP, coll. Pol-His, 1990.

(33) Voy. e.a. H. Dumont, « Le droit à la culture, ou une liberté-autonomie et un droit-créance peuvent-ils se concilier dans une liberté-participation ? », *R.I.E.J.*, 1984, n° 13, pp. 221 et s. ; H. Dumont, « La gestion des matières culturelles, éducatives et personnalisables à Bruxelles : le cadre actuel », in *Quelle(s) Communauté(s) pour les Bruxellois. Actes du colloque organisé par l'asbl Manifesto le 20 mars 2004*, www.manifestobru.be, pp. 10 et s. ; H. Dumont, « Les matières communautaires à Bruxelles du point de vue francophone », in *Bruxelles et son statut*, E. Witte, A. Alen, H. Dumont et R. Ergec (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 557 et s.

(34) B. Libois et A. Strowel (dir.), *Profils de la création*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1997 ; H. Dumont et A. Strowel (dir.), *Politique culturelle et droit de la radio-télévision*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1998.

(35) M. Quintin, *La protection du patrimoine culturel*, Bruges, Vanden Broele, 2009.

Stamatopoulou et d'Yvonne Donders[36] et de Mylène Bidault[37], qui concernent les droits culturels en général, le droit à la culture n'a pas été abordé dans des études juridiques approfondies. Cette carence en études juridiques approfondies sur le droit à la culture a empêché la construction de la présente analyse sur la base d'ouvrages qui auraient permis une appréhension globale de la matière.

Par ailleurs, l'élaboration de la thèse a rendu nécessaire un travail préalable d'étude générale du droit des politiques culturelles qui n'a pu, au vu des contraintes de temps, se doubler d'un véritable travail comparatif systématique. Dès lors, l'objet même de l'étude a été restreint aux politiques culturelles mises en œuvre sur le territoire Wallonie-Bruxelles.

6. Notre recherche est principalement fondée sur la description, l'explication et l'évaluation juridique du droit à la culture mais elle est néanmoins ouverte aux autres disciplines. Nous avons en effet opté pour « le point de vue interne modérément ouvert » prôné par Hugues Dumont et Antoine Bailleux[38]. Notre approche est donc principalement d'ordre juridique : la posture adoptée est celle de la « doctrine juridique » et l'étude est menée d'un point de vue interne au droit. Mais, afin d'éclairer les évolutions juridiques du droit à la culture, d'en interroger les fondements et de tenter d'en dépasser les impasses juridiques, une ouverture interdisciplinaire a été privilégiée. Ce sont essentiellement les disciplines de l'éthique et de la philosophie politique qui ont été mobilisées. Les emprunts à ces disciplines n'aboutissent cependant pas à la création d'analyses originales dans ces domaines, mais visent simplement à fonder la démonstration juridique au plan axiologique ou éthique, à

(36) E. Stamatopoulou, *Cultural Rights in International Law : Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights and beyond*, Leiden/Boston, Martinus Nijhof Publishers, 2007 ; Y. Donders, *Towards a Right to Cultural Identity ?*, *op. cit.*

(37) M. Bidault, *La protection internationale des droits culturels*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

(38) Voy., pour de plus amples explications sur la méthode suivie, H. Dumont et A. Bailleux, « Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles au juriste », *Droit et Société*, 2010, n° 2, p. 287. Voy. également, sur la distinction entre le point de vue interne et externe sur le droit, F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, pp. 471 et s. Voy. enfin, sur les distinctions entre la technique juridique, la théorie du droit, la philosophie du droit et la sociologie du droit, O. Corten, *Méthodologie du droit international public,* Bruxelles, Éditions de l'Université libre de Bruxelles, 2009, pp. 29-30.

la mettre en perspective et, lorsque celle-ci aboutit à une impasse ou à plusieurs alternatives toutes également plaidables[39], à déterminer des critères permettant de se prononcer en faveur d'une certaine interprétation du droit à la culture.

IV. – Les hypothèses

7. La présente thèse entend démontrer que le droit à la culture est une réalité juridique. Plus précisément, elle s'attache à établir la juridicité de ce droit en prouvant que, si le régime juridique du droit à la culture est défini, ce droit peut constituer un droit fondamental avec tout ce que cela implique au plan de la justiciabilité. Le présent travail a également pour objectif d'explorer la complexité et le caractère fondateur de ce droit. Deux hypothèses générales sous-tendent ainsi la thèse.

8. La première hypothèse est que le droit à la culture, à condition d'être défini, constitue un droit fondamental au sens juridique du terme. Ce droit réunit en effet tous les éléments qui participent à la juridicité des droits fondamentaux. En effet, ce droit, dont chaque individu est titulaire, s'exerce sur un objet et des attributs qui peuvent être identifiés. Il induit des obligations déterminées pour ses débiteurs. Enfin, il est, dans une certaine mesure, justiciable puisque certains de ses attributs peuvent être mobilisés directement par des individus et par le juge.

9. La seconde hypothèse est que le droit à la culture est un droit fondamental complexe et fondateur. Sa complexité reflète la tension entre trois de ses attributs essentiels qui peuvent s'avérer antagonistes : la liberté artistique, d'une part ; l'accès et la participation à la culture, d'autre part. Cette tension est d'ailleurs constitutive de la légitimité du droit à la culture, qui dépend de l'aptitude de ce droit à garantir à tous la participation et l'accès à la culture tout en respectant la liberté fondatrice de la culture. Cette tension est également ce qui constitue le droit à la culture en un droit fondateur pour les politiques culturelles et pour le droit public de la culture. La complexité et le caractère fondateur du droit à la culture sont analysés à chaque étape de la construction de son régime juridique,

(39) H. Dumont et A. Bailleux, « Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles au juriste », *op. cit.*, pp. 282-283.

depuis l'identification des valeurs dont le droit à la culture est le vecteur jusqu'à la définition de sa justiciabilité. À notre sens, la conciliation entre les trois principaux attributs du droit à la culture doit ainsi être orchestrée au cœur des fondations théoriques du droit à la culture, au centre de la définition de son objet, de ses attributs et des obligations qu'il induit mais également dans l'analyse des effets que ce droit emporte.

V. – Les prolégomènes

10. Parce que la présente thèse vise notamment à démontrer que le droit à la culture est un droit fondamental au sens juridique, une appréhension du concept de « droit fondamental » et de ses éléments constitutifs est nécessaire. En effet, appréhender le droit à la culture comme un « droit fondamental » requiert, dans les prolégomènes, de s'accorder d'abord sur la réalité juridique désignée par ce vocable (A). Ensuite, nous nous arrêterons particulièrement sur un des éléments constitutifs des droits fondamentaux qui concerne les effets de ces droits. En effet, afin d'identifier les éléments qui concourent à l'identification des effets du droit à la culture, il convient de baliser la notion d'effectivité des droits fondamentaux (B).

A. **La notion de « droit fondamental »**

11. Les droits de l'homme sont définis de manière générale comme « les droits et facultés assurant la liberté et la dignité de la personne humaine et bénéficiant de garanties institutionnelles »[(40)]. Différents vocables sont utilisés pour désigner ces droits (droits fondamentaux ou libertés publiques, droits et libertés des individus). Chaque expression indique des variantes dans l'appréhension de ces réalités juridiques. Au-delà de la distinction entre droits et libertés

(40) F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8e éd., Paris, P.U.F., 2006, p. 13. Voy. également, notamment sur le concept de droits humains, C.R. Beitz, *The Idea of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009 ; J. Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice,* 2e éd., Ithaca, Cornell University Press, 2003 ; A. Sen, « Elements of a Theory of Human Rights », *Philosophy & public Affairs*, 2004, vol. 32, n° 4, pp. 315-356 ; H. J. Steiner & P. Alston (dir.), *International Human Rights in Context : Law, Politics and Morals*, New York, Oxford University Press, 2000.

publiques[41], la présente thèse prend le parti de se structurer autour du concept de droit fondamental.

L'expression de « droit fondamental » trouve sa source dans la conception allemande des droits et libertés fondamentaux[42] et a ensuite été promue par certains auteurs, comme Louis Favoreu. Elle est utilisée dans un grand nombre de textes juridiques, comme dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle permet de réunir les droits et libertés dans un ensemble matriciel et universel[43]. Selon Michel Levinet, les droits fondamentaux sont caractérisés par un ensemble de traits dérivés notamment de la Loi fondamentale allemande. D'abord, les droits fondamentaux s'appréhendent dans un mouvement accordant une place prioritaire aux droits subjectifs et aux individus, au sein d'un État de droit, structuré autour des principes d'égalité devant la loi, de dignité et de libre développement. Ensuite, les droits fondamentaux ont été conçus comme des mécanismes de défense de l'autonomie de l'individu face aux États. De plus, les droits fondamentaux cumulent une dimension verticale et horizontale : ils s'appliquent à la fois dans les rapports avec la puissance publique et dans le droit privé. Enfin, les droits fondamentaux revêtent une dimension objective en ce qu'ils traduisent une série de valeurs et principes supérieurs[44].

12. La dénomination et la notion de droit fondamental restent très discutées en droit constitutionnel comparé et en droit international[45].

Dans une conception formelle[46], les droits fondamentaux sont définis par rapport à trois éléments, indépendamment de leurs

(41) M. Levinet, *Théorie générale des droits et libertés*, 2e éd., Paris/Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 2008, pp. 41-42.

(42) Voy. notamment, sur cette conception, D. Capitant, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, L.G.D.J., 2001 ; O. Jouanjan, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *A.J.D.A*, 1998, pp. 44 et s.

(43) M. Levinet, *Théorie générale des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 55.

(44) *Ibid*., pp. 58-61.

(45) *Ibid*., p. 68. Voy. également O. Pfersmann, « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », in *Droit des libertés fondamentales*, L. Favoreu (dir.), 3e éd., Paris, Dalloz, 2005, titre II.

(46) La présentation de cette distinction entre conception formelle et substantielle des droits fondamentaux est tirée de l'ouvrage de M. Levinet, *Théorie générale des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 62.

caractéristiques matérielles ou substantielles. Le premier élément d'identification est relatif à la source de la consécration du droit : une norme constitutionnelle ou internationale[47]. Le deuxième critère de l'approche formelle est celui des bénéficiaires qui peuvent à la fois être des individus et des personnes morales. Ainsi, des effets tant horizontaux que verticaux peuvent découler des droits fondamentaux[48]. Enfin, le troisième critère est celui de la garantie des droits : les droits fondamentaux constituent des protections à disposition des citoyens. Cette protection est garantie par le juge judiciaire ou administratif. La pleine mesure de la protection des droits fondamentaux est atteinte dans les mécanismes qui les rendent justiciables aux juges constitutionnels.

À l'inverse, dans une conception matérielle – ou essentialiste – des droits fondamentaux, ces derniers sont définis par rapport à leur essence et à leurs caractéristiques substantielles. L'idée est que le caractère fondamental des droits ne se limite pas aux normes formelles qui les encadrent, mais s'étend aux principes qui sont à la source de ces droits[49]. Suivant cette conception, les droits fondamentaux sont ceux qui reflètent des principes essentiels et fondateurs de la société. Pour Étienne Picard, ces principes renvoient à « une conception de l'humanité »[50]. Par conséquent, il s'agit de « ne pas confondre la cause de la fondamentalité et son ou ses vecteurs »[51]. Dans cet esprit, Étienne Picard souligne que, dans les droits fondamentaux, « la fondamentalité n'est pas réductible au droit considéré, qu'elle marque simplement de son empreinte, le cas échéant. Ce n'est donc pas tant le droit qui est fondamental : c'est plutôt une fondamentalité qui le touche mais qui le dépasse, une raison qui le fait prévaloir sans se dissoudre dans sa prééminence »[52]. C'est cette fondamentalité qui est à la source des droits[53]. La perspective est donc inversée par

(47) M. Levinet, *Théorie générale des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 63.

(48) *Ibid.*, p. 64.

(49) E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *A.J.D.A.*, 1998, pp. 14-15.

(50) E. Picard, « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in *L'ordre public : ordre public ou ordres publics. Ordre public et droits fondamentaux*, M.-J. Redor (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 41.

(51) M. Levinet, *Théorie générale des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 66.

(52) E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *op. cit.*, p. 29.

(53) M. Levinet, *Théorie générale des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 67. Cette conception matérielle ou encore « naturaliste », « jurisnaturaliste » ou substantielle a

rapport à la conception formelle des droits fondamentaux. Dans l'approche essentialiste, la Constitution est réduite à la fonction d'instrument de traduction juridique de la fondamentalité du droit.

Ces deux approches sont complémentaires. Une combinaison de ces deux approches permet d'éviter les écueils d'une vision qui serait trop formaliste, si l'on s'en tenait à l'approche formelle, ou trop imprécise voire tautologique, si l'on se fondait uniquement sur l'approche matérielle. Les éléments de définition des droits et libertés comportent donc autant d'aspects formels que d'aspects matériels. Consacrés dans des instruments juridiques de valeur constitutionnelle ou internationale en raison de leur fondamentalité pour la société démocratique, les droits et libertés fondamentaux impliquent des effets verticaux mais également horizontaux. Traductions de principes et valeurs garantissant l'existence d'une communauté démocratique, les droits fondamentaux sont

fait l'objet de nombreuses critiques. Voy. E. Burke, *Réflexions sur la Révolution de France*, trad. fr. P. Andler, Paris, 1989 ; C.R. Beitz, « Human Rights as a Common Concern », *American Political Science Review*, vol. 95, 2001, pp. 269-282 ; M. Gauchet, « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », in *La démocratie contre elle-même*, Paris Gallimard, 2002, pp. 326-385 ; C. Lefort, « Droits de l'homme et politique », in *L'invention démocratique. Les limites de la domination totalitaire*, 2e éd., Paris Fayard, 1994, pp. 43-85 ; C. Lefort, « La question de la démocratie », in *Essais sur la politique (XIXe-XXe siècles)*, Paris, Seuil, 1986, pp. 21-30 ; C. Lefort, « Les droits de l'homme et l'État-Providence », in *Essais sur la politique (XIXe-XXe siècles)*, Paris, Seuil, 1986, pp. 31-58 ; K. Marx, « A propos de la question juive », in *Philosophie*, M. Rubel (dir.), Paris, 1994, pp. 47-88 (publié pour la première fois en 1844).

Eu égard à ces critiques, et suivant en cela Philippe Gérard, nous adhérons à une conception démocratique des droits fondamentaux. Nous considérons ainsi le droit à la culture comme un droit fondamental parce qu'il représente, comme nous le verrons dans la première partie, une des « conditions juridiques et politiques sans lesquelles l'institutionnalisation d'une communauté démocratique est impossible » (P. Gérard, *L'Esprit des droits. Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, pp. 34-135).

Dans cette perspective, il importe de souligner que les droits fondamentaux constituent à la fois les fins et les limites de l'action publique et qu'ils sont perpétuellement objets de débats, de critiques, rattachés au débat général sur les principes normatifs d'autonomie et d'égalité (P. Gérard, *ibid.*).

Nous souscrivons donc à une approche dialogique et délibérative des droits fondamentaux en tant qu'éléments constitutifs de l'espace public et de la démocratie et en tant qu'objets de ceux-ci (voy. J. Habermas, « Au-delà du libéralisme et du républicanisme, la démocratie délibérative », trad. fr. S. Chavel, *Raison publique*, n° 1, 2003, pp. 40-57). Les juges et le juge constitutionnel doivent, dans cet esprit, être considérés comme des auteurs de ce dialogique sans cesse renouvelé sur les droits fondamentaux et leurs liens avec la démocratie.

garantis par les juges, notamment par les juges constitutionnels tout en étant sujets à évolution, ouverts, objets du débat démocratique et en contribuant à l'instauration d'une sphère publique critique.

13. En se fondant sur une combinaison des deux approches, les droits fondamentaux peuvent être définis par rapport à huit éléments constitutifs. C'est à partir de l'identification de ces huit éléments que sera construit le régime juridique du droit à la culture et que l'on démontrera que le droit à la culture est un droit fondamental justiciable.

Le premier élément constitutif des droits fondamentaux concerne les valeurs qu'ils expriment et qui fondent leur légitimité au plan éthique. Ainsi, c'est parce que le droit est fondamental qu'il est consacré ensuite formellement dans une Constitution ou dans des textes internationaux, mais la fondamentalité du droit est antérieure à cette consécration formelle, elle se fonde sur l'idéal démocratique.

Le deuxième élément constitutif des droits fondamentaux est leur source constitutionnelle ou internationale. Les droits fondamentaux sont en effet ceux qui sont « protégés par des normes constitutionnelles ou (et) européennes et internationales »[(54)].

Les troisième et quatrième éléments constitutifs des droits fondamentaux ont trait respectivement à l'objet de ceux-ci et aux attributs qu'ils impliquent.

Le cinquième élément constitutif des droits fondamentaux concerne leurs titulaires. Même si de très nombreux droits fondamentaux revêtent une dimension collective, rares sont les droits fondamentaux qui ont pour titulaires des groupes. En effet, comme le rappelle Michel Levinet, le droit international peine à garantir les droits des groupes[(55)].

Le sixième élément constitutif concerne les obligations induites des droits fondamentaux et qui reposent sur les épaules des débiteurs. Les droits fondamentaux, s'ils sont consacrés dans des normes constitutionnelles ou dans des normes internationales obligatoires en droit belge – c'est-à-dire dans des normes qui font

(54) L. Favoreu, *Précis de droit constitutionnel*, 9e éd., Paris, Dalloz, 2006, p. 788.
(55) M. Levinet, *Théorie générale des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 107.

partie du droit belge[56] et qui imposent aux États des obligations juridiques –, impliquent une « dimension objective »[57] : « [c]'est l'idée que chaque droit fondamental est par lui-même l'expression d'une valeur qui, parce qu'elle est reconnue par la Constitution [ou par un Traité international], ne peut rester platonique et, par conséquent, ne peut laisser les pouvoirs publics indifférents »[58]. Ainsi, il faut considérer que la reconnaissance constitutionnelle et internationale des droits fondamentaux est à la source de l'obligation pour les législateurs compétents d'agir le plus largement possible[59]. Lorsque le droit fondamental est issu d'une norme internationale obligatoire qui fait partie du droit belge, le législateur a l'obligation de traduire celle-ci dans notre système juridique[60]. Dans le même sens, l'inscription dans la Constitution, « source d'obligations positives pour le législateur »[61], des droits fondamentaux a élevé leur rang juridique ainsi que la fiabilité de leur réalisation. L'effet « d'irradiation » des droits économiques, sociaux et culturels[62] impose ainsi aux autorités publiques de garantir la protection effective des droits fondamentaux[63].

(56) Qui ont donc été ratifiées, publiées, qui ont fait l'objet d'un assentiment et qui sont entrées en vigueur en droit international.

(57) M. Verdussen, « Le droit à un environnement sain dans les Constitutions des États européens », *Annuaire international des droits de l'homme*, 2006, Vol. I, pp. 349-350. Comp. avec : N. Bernard, « Le droit constitutionnel au logement comme arrière-plan indissociable du droit du bail », in *Le bail de résidence principale*, G. Benoît (dir.), Bruxelles, la Charte, 2006, p. 11 : « Le législateur ne peut demeurer passif : il a l'obligation *morale* sinon de consacrer formellement dans les faits le droit au logement, au moins d'en tenir compte dans les dispositions qu'il prendrait par la suite » (nous soulignons).

(58) M. Verdussen, S. Depré et T. Bombois, « Les devoirs fondamentaux en droit constitutionnel comparé », in *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, H. Dumont, F. Ost et S. van Drooghenbroeck (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 271-274 ; N. Bernard, « L'effectivité du droit constitutionnel au logement », *R.B.D.C.*, 2001, Vol. 2, p. 159.

(59) N. Bernard, « L'effectivité du droit constitutionnel au logement », *op. cit.*, p. 159.

(60) J. Wouters et D. Van Eeckhoutte, « Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde : een overzicht van bronnen en instrumenten », *op. cit.*, pp. 4-14.

(61) D. Ribes, « Existe-t-il un droit à la norme ? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », *R.B.D.C.*, 1999, p. 241.

(62) M. Verdussen, « Le droit à un environnement sain dans les Constitutions des États européens », *op. cit.*, pp. 327-349.

(63) M. Verdussen, S. Depré et T. Bombois, « Les devoirs fondamentaux en droit constitutionnel comparé », *op. cit.*, pp. 271-274 ; N. Bernard,

Le septième élément constitutif de tout droit fondamental concerne ses débiteurs qui sont principalement des pouvoirs publics. Les droits fondamentaux consacrent en effet non seulement des obligations de respecter et d'agir pour le législateur mais également pour l'exécutif et l'administration[64].

Enfin, le huitième élément constitutif de tout droit fondamental est relatif à sa justiciabilité, c'est-à-dire aux formes de contrôle qui permettent de garantir son respect, sa protection et sa réalisation.

B. **La justiciabilité des droits fondamentaux**

14. La portée qu'il convient de conférer au dernier élément constitutif des droits fondamentaux, c'est-à-dire à leur justiciabilité, reste controversée.

1. La juridicité des droits fondamentaux et le droit subjectif

15. Longtemps, la juridicité des droits de l'homme était réputée dépendre de leur faculté à conférer un droit subjectif. Rappelons que Jean Dabin définit ce dernier comme un droit créant une relation d'appartenance entre le sujet et un bien ou une valeur[65], permettant au sujet d'exercer sur ce bien ou cette valeur « un pouvoir, une faculté de maîtrise sans autre détermination »[66], opposable à tous[67] et protégé juridiquement par un « droit d'action »[68]. Cette dernière caractéristique du droit subjectif implique que « la société met à la disposition du sujet, en cas de violation réalisée ou simplement latente, des voies de droit préventives ou répressives, qui font l'objet d'un droit nouveau, dépendant, à titre accessoire, du droit protégé, appartenant au même titulaire et pourvu des mêmes caractères »[69]. La définition de la Cour de cassation belge du droit subjectif reste marquée par cette possibilité d'action en

« L'effectivité du droit constitutionnel au logement », *op. cit.*, p. 159.

(64) J. Wouters et D. Van Eeckhoutte, « Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde : een overzicht van bronnen en instrumenten », *op. cit.*, pp. 44-52.

(65) J. Dabin, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, pp. 80-81.

(66) *Ibid.*, p. 87.

(67) *Ibid.*, p. 104.

(68) *Ibid.*, p. 97.

(69) *Ibid.*, p. 104.

justice : le droit subjectif est, pour la Cour, un droit qui implique une obligation juridique précise qu'une règle de droit objectif met à charge d'un tiers et à l'exécution de laquelle le demandeur a un intérêt propre[70]. Les définitions doctrinales continuent également d'être orientées par cette dernière caractéristique : le droit subjectif est défini comme « un moyen juridique de produire du droit, la faculté offerte à chaque sujet de droit de provoquer l'application du droit (objectif si l'on veut) d'entrer en relation avec les autres sujets de droit »[71] ou comme « le pouvoir spécifique et exclusif distribué sous certaines conditions par le droit objectif à son titulaire sur la chose ou la prestation qui en forme l'objet en vue de la satisfaction de ses intérêts ». Le droit objectif octroie dans le même temps au titulaire du droit le pouvoir d'imposer le respect de celui-ci aux tiers qui y porteraient atteinte par un mode de résolution de conflit spécifique dénommé « imposition ». Ce pouvoir « est garanti par la reconnaissance d'une action en cessation de l'atteinte au droit subjectif ainsi que d'une action en responsabilité spécifique en cas d'atteinte consciente et volontaire au droit par le tiers »[72].

C'est principalement en droit interne que l'importance du droit subjectif dans la définition des droits fondamentaux a été mise en valeur. Ainsi, de nombreux auteurs ont remis en question la juridicité même des droits économiques, sociaux et culturels, estimant qu'ils relevaient plus de la catégorie des « intérêts » ou des « besoins » que des « vrais » droits (c'est-à-dire des droits subjectifs). Selon ces auteurs, ces droits ne seraient que des lignes de conduite ou des programmes généraux à destination des autorités publiques et non de véritables « droits » puisqu'ils ne conféreraient pas de « titre à statuer »[73]. Une grande partie de la doctrine a longtemps considéré que « la juridicité des droits économiques, sociaux et culturels serait

(70) Cass., 10 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 237 ; Cass., 10 avril 1987.

(71) J.-J. Sueur, *Une introduction à la théorie du droit*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 160.

(72) Voy. T. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 484 et s.

(73) Ainsi, Frédéric Sudre considère que « les droits économiques, sociaux et culturels, en tant que catégorie distincte de la proclamation internationale des droits de l'homme, appartiennent au domaine des principes souhaitables » (F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 133).

compromise par la nature programmatique et incantatoire [...] des dispositions qu'ils renferment »[74].

Ce point de vue est désormais largement dépassé. Selon une doctrine majoritaire, les nombreux instruments de protection des droits économiques, sociaux et culturels et les mécanismes, certes imparfaits, de contrôle international de ceux-ci sont autant de preuves de la juridicité de ces droits même si ceux-ci ne confèrent pas de droit subjectif aux particuliers[75]. Les critères traditionnels de la juridicité[76] ont été remis en question afin de dépasser l'idée que seul un droit subjectif autorise la qualification de droit fondamental : « ce n'est pas parce qu'un texte ne confère pas de droit subjectif qu'il cesse d'être un droit »[77].

En réalité, la discussion sur la nature juridique des droits économiques, sociaux et culturels a trop souvent été axée autour d'une analyse simpliste de la réalité juridique, biaisée par le mythe de la stabilité et de la rigidité de celle-ci. Or, comme François Ost le souligne, « [l]'outillage juridique de nos sociétés

(74) M. Verdussen et N. Bonbled, « Les droits culturels et sociaux dans la Constitution belge », in *Les droits culturels et sociaux des plus défavorisés*, M. Verdussen (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 42. François Rigaux écrivait ainsi en 1992 que ces droits n'accédaient « au niveau juridique de la force coercitive » qu'après « que l'autorité nationale compétente a pris le soin de leur conférer un contenu suffisamment précis pour que les citoyens puissent s'en prévaloir » (voy. F. Rigaux, « Les droits économiques et sociaux », in *Liberté et droit économique*, G. Farjat et B. Remiche (dir.), Bruxelles, De Boeck, 1992, p. 155).

(75) P. Lambert, « La mise en œuvre juridictionnelle des droits économiques, sociaux et culturels », in *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, R. Ergec (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 107-120.

Jacques Fierens, reprenant les trois critères traditionnels de la juridicité de François Rigaux (il est requis qu'il existe une société dont les membres disposent d'un critère de reconnaissance mutuelle, que cette société édicte via les droits économiques, sociaux et culturels des règles de conduite, et enfin que la transgression de ces règles produise des effets sur la vie interne du groupe) estime que les droits économiques, sociaux et culturels sont des droits en tant que tels notamment parce que des possibilités de contrôle existent. Voy. J. Fierens, « L'efficacité juridique des droits économiques, sociaux et culturels », Liège, *C.U.P.*, mai 2000, p. 213.

(76) I. Hachez, « Le principe de *standstill* : le pari des droits économiques, sociaux et culturels ? », *A.P.T.*, 2000, p. 32. Voy., plus globalement, I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 693 pp.

(77) J. Fierens, *Droit et Pauvreté. Droits de l'homme, sécurité sociale, aide sociale*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 105.

modernes est bien plus varié que la dogmatique juridique ne le donne à voir. À la multiplicité et à la juridicité relative des prérogatives individuelles répondent la diversité et la validité graduelle des règles de droit objectif »[78]. Cet auteur propose ainsi de se défaire de l'obsession des droits subjectifs pour envisager l'ensemble des droits dans leur diversité selon un « continuum » entre droits subjectifs et intérêts juridiquement protégés. Ses études incitent à prendre du recul par rapport à la focalisation, qu'il juge trop importante, autour de la notion de droit subjectif[79]. Pour François Ost, il est possible de distinguer des spécificités à chaque catégorie située sur la ligne de ce continuum entre droits subjectifs et intérêts. Par conséquent, il convient de tenir compte de la grande variété du paysage juridique, notamment sur le plan de leurs effets, avant de trancher sur la juridicité d'un objet juridique.

En conclusion, l'on retiendra que la juridicité d'un droit fondamental dépend notamment de sa justiciabilité, mais que la question des effets des droits fondamentaux dépasse de très loin celle de savoir si un droit confère un droit subjectif ou non. Ainsi, la question de la juridicité d'un droit fondamental n'est pas soluble dans la question de l'existence ou non d'un droit subjectif.

2. La justiciabilité des droits fondamentaux : une palette de nuances

16. La juridicité du droit à la culture ne dépend donc pas de la seule question de savoir si ce droit confère ou non des droits subjectifs. Elle dépend plus largement d'une justiciabilité globale assurée à divers niveaux, notamment au travers des fameux « intérêts juridiquement protégés ».

(78) F. Ost, *Droit et Intérêt. Volume 2 - Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 112.

(79) Voy. F. Ost, *Droit et Intérêt. Volume 2 - Entre droit et non-droit : l'intérêt*, *op. cit.*, pp. 35-41. L'auteur écrit que le *continuum* trouve « à une extrémité, les intérêts illicites, frappés d'un jugement de condamnation ; à l'autre extrémité, les droits subjectifs, intérêts bénéficiant d'un jugement de consécration juridique. Entre ces deux pôles : les intérêts purs et simples, jugés indifférents à l'ordre juridique et les intérêts légitimes, fruits d'un jugement de reconnaissance positive sans pour autant s'élever au rang des droits » (*ibid.*, pp. 36-37).

La justiciabilité des droits constitutionnels et des droits consacrés dans des normes internationales pose la question des effets de ces droits par rapport aux juges. Cette question se confond avec celle de l'invocabilité d'un droit fondamental, qui vise la possibilité pour le juge de motiver sa décision en prenant appui sur une norme et la possibilité pour l'individu de mobiliser une norme dans un litige. Ces deux notions seront utilisées, dans la suite de la thèse, indifféremment car elles visent la même réalité. Trop souvent, comme l'a montré Olivier De Schutter, la notion générique d'invocabilité est confondue avec celle de l'« effet direct au sens restreint » – qui ne vise quant à elle que la question de la possibilité pour une norme de donner, de manière autonome, la solution à un litige (voy. *infra*) –[80]. Or, la justiciabilité des droits fondamentaux ne peut être réduite à cette dernière question. Elle doit être envisagée de manière graduelle.

a) *L'effet d'orientation*

17. La question de la justiciabilité d'un droit fondamental concerne d'abord l'effet d'orientation[81] : c'est-à-dire l'obligation pour le juge d'interpréter une affaire ou une norme à la lumière du droit fondamental. La reconnaissance d'un droit fondamental implique en effet que celui-ci soit *a minima* considéré comme un principe d'interprétation[82].

Cette idée que les droits économiques sociaux et culturels constituent des directives d'interprétation découle de la fameuse « doctrine Waleffe », inaugurée par un arrêt de la Cour de cassation du 20 avril 1950[83], qui rend obligatoire l'interprétation conforme des lois à la Constitution[84]. Les travaux préparatoires de l'article 23 de

(80) O. De Schutter, « La garantie des droits et principes sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *La Charte des droits fondamentaux*, J.-Y. Carlier et O. De Schutter (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 118.

(81) M. Verdussen, « Le droit à un environnement sain dans les Constitutions des États européens », *op. cit.*, pp. 327-332.

(82) N. Bernard, « L'effectivité du droit constitutionnel au logement », *op. cit.*, p. 159.

(83) Cass., 20 avril 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 560.

(84) Voy. F. Ost, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », in *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, M. van de Kerchove (dir.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, p. 169.

la Constitution belge – qui consacre les droits économiques, sociaux et culturels – ont beaucoup insisté sur cet aspect de l'effectivité des droits économiques, sociaux et culturels[85]. Une partie importante de la doctrine s'est ensuite emparée de cette directive interprétative pour renforcer, médiatement, l'effectivité de ces droits. Ainsi, pour Nicolas Bernard, la reconnaissance du droit à la culture par l'article 23 de la Constitution – et les normes internationales subséquentes – « sert, à tout le moins, de précepte d'interprétation pour le juge qui devra, en cas de conflit sur la portée de lois concurrentes, préférer à toute norme celle qui se rapproche le plus de l'objectif posé par le prescrit constitutionnel »[86]. L'article 23 joue ainsi le rôle de standard dans l'interprétation des normes[87] notamment dans le domaine du droit au logement[88]. L'effet d'orientation permet de conférer un « effet direct *light* »[89] aux droits fondamentaux qui peuvent ainsi être intégrés dans le raisonnement du juge sans avoir la portée nécessaire pour invalider la norme soumise au contrôle du juge de façon autonome – au contentieux objectif – ou pour constituer un titre à statuer permettant la saisine du juge – au contentieux subjectif –.

b) *L'effet direct*

18. La question de la justiciabilité et de l'applicabilité directe des droits fondamentaux touche également à la question de l'effet direct. L'effet direct concerne deux réalités : un droit fondamental peut être utilisé « soit en revendication d'un droit propre », « soit

(85) Voy. Proposition Stroobant-Taminiaux, p. 13, Rapport Arts-Nelis, p. 62, Proposition de révision du Titre II de la Constitution, par l'insertion d'un article 24*bis* relatif aux droits économiques et sociaux par Mme Breyne et Mr Gehlen, *Doc. parl.*, Chambre, sess. extr. 1991-1992, n° 281/1, p. 9.

(86) N. Bernard, « L'effectivité du droit constitutionnel au logement », *R.B.D.C.*, 2001, p. 160.

(87) R. Ergec, « Introduction générale », in *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, *op. cit.*, p. 17.

(88) J.P. Roulers, 1er mars 1996, *R.W.*, 1997-1998, p. 1054 ; J.P. Uccle, 15 février 1995, *J.J.P.*, 1997, p. 164 ; J.P. Uccle, 15 mars 1995, *J.J.P.*, 1997, p. 166 ; Civ. Charleroi (réf.), 10 janvier 2000, *R.G.D.C.*, 2000, p. 594.

(89) S. van Drooghenbroeck, « L'effectivité des droits sociaux fondamentaux de l'enfant : le contentieux de l'aide sociale aux étrangers en séjour illégal comme paradigme », in *Les enfants et l'aide sociale*, Liège, ASBL Jeunesse et Droit, 2004, pp. 83-84, n° 34.

aux fins d'obtenir un contrôle de la conformité des mesures étatiques de droit interne au regard du droit international »[90].

Au *contentieux subjectif*, l'effet direct concerne la possibilité pour une norme de fournir, de manière autonome et directe, la solution à un litige[91]. On parle alors d'« effet direct de revendication »[92] ou d'« *effet direct au sens restreint* ». L'effet direct au contentieux subjectif pose cette question : dans quelle mesure une norme constitutionnelle ou internationale consacrant un droit fondamental peut-elle être revendiquée directement et de manière autonome par un individu ? Pour qu'un « effet direct » soit ici reconnu à un droit fondamental, celui-ci doit conférer un « titre à statuer » au justiciable[93] lui permettant de requérir directement la garantie de son droit. Par conséquent, la question de l'effet direct se confond, au contentieux subjectif, avec celle de l'existence d'un droit subjectif[94] puisque seul un droit subjectif y autorise la saisine du juge. Pour statuer sur la question de savoir si la norme dont on réclame l'application directe confère ou non un droit subjectif au particulier, le juge doit donc vérifier si le droit fondamental impose des obligations suffisamment claires, précises et inconditionnelles pour qu'il puisse en tirer un titre à statuer pour le justiciable sans violer le principe de séparation des pouvoirs. Ainsi, il doit apprécier « s'il peut appliquer directement la norme, sans empiéter sur la marge d'appréciation revenant au législateur en vertu du principe de la séparation des pouvoirs »[95], si la norme « impose aux États contractants soit

(90) T. Werquin, « La Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 sur les droits de l'enfant et l'aide sociale aux étrangers en séjour illégal », *J.T.T.*, 2000, n° 769, p. 241.

(91) O. De Schutter, « La garantie des droits et principes sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 118.

(92) M. Pâques, *Droit public élémentaire en quinze leçons*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 51.

(93) F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, n° 95.

(94) Voy. J. Verhoeven, « La notion d'applicabilité directe en droit international », *R.B.D.I.*, 1986, pp. 243-244 ; H. Bribosia, « Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire (Réflexions générales sur le point de vue de l'ordre juridique belge) », *R.B.D.I.*, 1996, n° 1, pp. 49 et s.

(95) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, p. 264. Voy. également A. Vanwelkenhuyzen, « L'application directe et l'effet indirect des normes constitutionnelles », *Rapports belges au XI^e Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Caracas, 29 août-5 septembre 1982, Anvers/Bruxelles, Kluwer/Bruylant, 1985,

de s'abstenir, soit d'agir de manière déterminée » et si elle « est susceptible d'être invoquée comme source de droit propre par les personnes relevant de la juridiction de ces États ou de soumettre ces personnes à des obligations »[96].

Au *contentieux objectif*, en ce qui concerne l'« *effet direct au sens large* » – dénommé également « effet direct de contestation »[97] –, la question de la justiciabilité et de l'applicabilité directe est évidemment toute autre. Est alors visée « […] l'hypothèse dans laquelle une norme sert de base à l'exercice d'un contrôle de conformité des mesures étatiques et ce, quand bien même la norme en question ne conférerait pas de droit subjectif à celui qui s'en prévaut »[98]. Au contentieux objectif, la saisine du juge n'est pas gouvernée par l'existence d'un droit subjectif[99]. Le contentieux objectif concerne en effet la question du respect par le législateur des limites qui lui sont posées par les règles constitutionnelles et de droit international[100] : une norme peut y être mobilisée en tant que norme de référence alors qu'elle ne crée pas de droits subjectifs[101] d'autant plus que la saisine du juge au contentieux objectif n'est pas conditionnée par l'existence d'un droit subjectif. En réalité, pour les droits fondamentaux consacrés dans des normes internationales, l'abandon de l'exigence d'un droit subjectif ou d'un effet direct au sens restreint est une nécessité « si l'on admet […] que la

pp. 95-115 ; L. Favoreu, « L'application directe et l'effet indirect des normes constitutionnelles », *R.F.D.A.*, 1984, p. 174.

(96) J. Velu, *Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 11 et 298.

(97) M. Pâques, *Droit public élémentaire en quinze leçons*, *op. cit.*, p. 51.

(98) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, p. 260, n° 224.

(99) Voy. M. Leroy, « Le pouvoir, l'argent, l'enseignement et les juges », obs. sous C.E., arrêt *M'Feddal*, n° 32.989, du 6 septembre 1989, *Rev. trim. dr. h.*, 1990, p. 197.

(100) G. Maes, « De uitbreiding door het Arbitragehof van zijn referentienormen met alle verdragsrechtelijke grondrechten bepalingen die België verbinden », *R.W.*, 2004-2005, p. 876 ; J. Wouters et D. Van Eeckhoutte, « Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde : een overzicht van bronnen en instrumenten », *op. cit.*, pp. 66-69.

(101) J. Verhoeven, obs. sous C.E., arrêt *Corveleyn*, n° 13.146, du 7 octobre 1968, *J.T.*, 1968, pp. 697-699 ; P. Coppens, « Un arrêté royal de pouvoirs spéciaux confirmé par une loi est-il annulable par le Conseil d'État lorsque les dispositions confirmées sont contraires à une norme de droit international ? », obs. sous C.E., arrêt *S.A. Institut de biologie médicale et consorts*, n° 33.399, du 10 novembre 1989, *J.T.*, 1990, p. 611.

règle de droit international a qualité de règle de droit dans l'ordre interne, même si elle n'est pas directement applicable, seule la circonstance qu'elle ne serait pas obligatoire pour l'autorité étatique s'opposerait à ce qu'elle fonde un contrôle objectif de légalité »[(102)]. La jurisprudence tend d'ailleurs à abandonner l'exigence d'un droit subjectif ou d'un effet direct au sens restreint. Dans son arrêt du 22 juillet 2003, la Cour constitutionnelle s'est très clairement démarquée de l'exigence d'un effet direct – entendu au sens restreint – aux normes de contrôle[(103)], qu'elle avait explicitement posée dans son arrêt du 23 mai 1990[(104)]. Quant au Conseil d'État, il semble avoir suivi la Cour constitutionnelle sur cette question[(105)], même si certains arrêts attestent d'une indécision quant au critère à mettre en œuvre pour retenir une norme internationale comme norme de contrôle[(106)]. La Cour de cassation n'a pas encore explicitement revu sa jurisprudence *Le Ski*, qui permet au juge de ne pas

(102) Voy., sur ce point, le commentaire de J. Verhoeven (obs. sous C.E., arrêt *Corveleyn*, n° 13.146, du 7 octobre 1968, *J.T.*, 1969, p. 694). Dès lors, pour Isabelle Hachez, la question de l'applicabilité directe ou de la justiciabilité directe au niveau du contentieux objectif recoupe largement la notion de force obligatoire, à tel point que l'on peut se demander si, à partir du moment où l'on admet qu'une norme reste contraignante même si elle ne confère pas de droits subjectifs, « la question de savoir s'il convient ou non d'étendre la notion d'effet direct pour englober cette hypothèse relève [...] du débat terminologique » (I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, p. 262, n° 226).

(103) C.C., arrêt n° 106/2003, du 22 juillet 2003, B.4.2. et B.2. Voy. J. Wouters et D. Van Eeckhoutte, « Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechstorde : een overzicht van bronnen en instrumenten », *op. cit.*, pp. 68-69.

(104) C.C., arrêt n° 18/90, du 23 mai 1990, *Mon. b.*, 27 juillet 1990. Voy., sur cet arrêt, S. van Drooghenbroeck, « Obs. sous C.A. 23 mai 1990 », *op. cit.*, pp. 434-436 et les références citées par cet auteur à la p. 434, note 3.

(105) Voy. C.E., arrêt *asbl Ligue des droits de l'homme*, n° 188.705, du 10 décembre 2008. Voy. *mutatis mutandis* sur le droit au travail, C.E., arrêt *Naji*, n° 191.410, du 13 mars 2009. Voy. également l'arrêt *M'Feddal*, dans lequel le Conseil d'État énonce, à propos de l'article 13, 2, *a*, P.I.D.E.S.C., « que la question ainsi posée n'est pas de savoir si le Pacte relatif aux droits économiques sociaux et culturels a conféré aux particuliers des droits subjectifs dont ils pourraient se prévaloir devant les tribunaux, mais de vérifier si la législation belge est compatible avec l'objectif inscrit dans la règle claire et précise de l'article 13, 2, a, du Pacte » (C.E., arrêt *M'Feddal*, n° 32.989, du 6 septembre 1989, *op. cit.*, pp. 184-198, obs. M. Leroy, « Le pouvoir, l'argent, l'enseignement et les juges »).

(106) Voy., sur cette question, J. Wouters et D. Van Eeckhoutte, « Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechstorde : een overzicht van bronnen en instrumenten », *op. cit.*, p. 69 ; J. De Staercke,

appliquer une norme interne uniquement lorsqu'elle est contraire à une norme internationale ayant effet direct – entendu au sens restreint –. La Cour de cassation semble d'ailleurs retenir la même règle pour les normes réglementaires[107].

c) *L'obligation de* standstill

19. Quant à elle, l'*obligation de standstill* est « une obligation négative inhérente à toute obligation positive assortissant un droit fondamental »[108]. Voici la définition proposée par Isabelle Hachez, qui a consacré sa thèse de doctorat à cette obligation :

> « [d]éduite *a contrario* du caractère progressif des obligations positives expressément consacrées ou implicitement contenues dans les droits fondamentaux, le principe de *standstill* interdit à l'État, en l'absence de motifs impérieux, de diminuer le plus haut niveau de protection conféré à ces droits depuis le moment où la norme internationale ou constitutionnelle qui les consacre s'impose à lui, ou de le diminuer de manière significative lorsque l'État fait usage de la marge de manœuvre que lui confère ce principe en choisissant de garantir différemment ledit niveau de protection »[109].

L'obligation de *standstill* constitue un palliatif à l'absence d'effet direct « au sens restreint »[110]. Elle doit être analysée, au contentieux objectif, comme un mécanisme qui permet d'affiner le contrôle de conformité et de préciser l'effet direct « au sens large » des droits économiques, sociaux et culturels. Grâce au principe de *standstill*, les droits économiques, sociaux et culturels, considérés en tant que normes de référence du contrôle de compatibilité, peuvent tirer une précision plus grande « de la norme servant de base à la comparaison ». Par conséquent, « cette norme offre une précision précieuse à celle-là, même dans l'hypothèse où l'obligation de *standstill* serait dépourvue d'effet direct. Il est en effet plus commode de vérifier la

« Doorwerking, het bestuur en de Raad van State », in *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde*, *op. cit.*, pp. 310-313.

(107) Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 886.

(108) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, p. 231, n° 195.

(109) *Ibid.*, p. 472, n° 464.

(110) *Ibid.*, pp. 256-287, n^{os} 219-252 et n° 440.

compatibilité d'une mesure compensatoire à la norme de référence telle qu'elle était auparavant garantie par le législateur, plutôt qu'à l'aune du seul libellé de cette norme »[111].

20. L'on retiendra donc à ce stade que la justiciabilité – ou invocabilité – des droits fondamentaux dépasse la seule question de l'existence d'un droit subjectif et concerne l'effet d'orientation, l'effet direct « au sens restreint », l'effet direct « au sens large » et le principe de *standstill*.

VI. – Le plan de la thèse

21. La thèse se structure autour des deux hypothèses décrites *supra*. Ces dernières se subdivisent en plusieurs démonstrations.

Dans une première partie, les fondements axiologiques du droit à la culture sont posés, en démontrant la possibilité d'identifier une conception de la culture qui puisse constituer l'objet du droit à la culture et la possibilité de trouver des fondements éthiques qui légitiment les politiques culturelles, dont la mise en œuvre est nécessaire au droit à la culture.

Dans une deuxième partie, en se fondant sur la légitimité du droit à la culture et des politiques culturelles telle qu'elle a été établie dans la première partie, la juridicité du droit à la culture est définie pour ce qui concerne ses sources, son objet, ses composantes et les obligations qu'il implique ainsi que ses titulaires et ses débiteurs.

Enfin, dans une troisième partie, c'est le dernier élément constitutif de la juridicité de tout droit fondamental qui est analysé : il s'agit de la justiciabilité. Plus précisément, ce sont l'effet d'orientation, l'effet direct « au sens restreint » et l'effet direct « au sens large » du droit à la culture qui sont identifiés. Cette troisième partie vise notamment à confronter le droit à la culture à l'obligation de *standstill* qui interdit, dans certaines conditions, toute régression dans la réalisation des droits. Nous verrons que l'application de cette obligation au droit à la culture est fertile, non seulement pour l'élaboration d'un régime juridique protecteur du droit à la culture, mais également pour refondre les politiques culturelles.

(111) *Ibid.*, p. 457, n° 440.

PARTIE I.

LES FONDEMENTS THÉORIQUES DU DROIT À LA CULTURE

INTRODUCTION DE LA PREMIÈRE PARTIE

22. Cette première partie a pour objet de poser les fondements théoriques sur lesquels repose la reconnaissance du droit à la culture. L'objectif est de révéler les soubassements théoriques de l'inclusion de ce droit dans la sphère juridique et de définir ses fondations axiologiques.

23. Dans un premier temps, la notion de culture est explorée afin de dégager une acception de la culture maniable par le droit et spécialement par le droit des droits fondamentaux (**Titre I**). Les fondements du droit à la culture sont en effet d'abord conceptuels. La définition des conditions dans lesquelles le droit peut appréhender la culture ainsi que des limites de cette appréhension est une étape indispensable à la construction de l'objet du droit à la culture.

24. Dans un second temps, on cherche à démontrer la légitimité des politiques culturelles qui sont nécessaires à la réalisation du droit à la culture (**Titre II**). Les fondements du droit à la culture sont en effet aussi d'ordre axiologique. Il apparaît ainsi nécessaire, si l'on souhaite reconnaître un droit à la culture, de justifier et de préciser la légitimité des politiques qui poursuivent comme objectif la réalisation de ses composantes.

TITRE I.
LE CONCEPT DE CULTURE

Introduction

25. Construire un régime juridique du droit à la culture implique nécessairement une clarification de la notion de culture, ou, à tout le moins, une précision de ce terme dans le contexte juridique. Dans un **premier chapitre**, les différentes acceptions du concept général de culture sont étudiées. Le **second chapitre** tente ensuite de dégager les caractéristiques de la perception juridique du phénomène culturel.

CHAPITRE I.
Les acceptions générales du concept de culture

Introduction

26. L'extraordinaire richesse sémantique du concept de culture rend impossible l'élaboration d'une définition univoque[112] – qui n'est d'ailleurs pas nécessaire[113] – mais aussi l'étude exhaustive de toutes les acceptions de ce concept. Après avoir déterminé l'origine étymologique du concept de culture (**Section I**), les développements qui suivent visent à proposer un cadre analytique général auquel on pourra rattacher les acceptions du terme de « culture » envisagées implicitement ou explicitement dans la conceptualisation du droit à la culture. L'idée est de sérier les utilisations du terme de culture dans le droit à la culture sur la base des réflexions systématiques menées sur cette notion (**Section II**). À cette fin, sont particulièrement étudiées les conceptualisations proposées par Jean Ladrière, Jean-Louis Genard, Guillaume de Stexhe et Michel Thomas.

Section I. – L'origine étymologique du concept de culture

27. Le retour aux sources du mot « culture » surprend par l'ambiguïté de ses significations et par ses paradoxes.

28. Soulignons d'abord que le terme « cultura » n'a pas d'équivalent dans le monde grec[114]. D'origine romaine, le terme « cultura »

(112) H. Pallard, « Culture et diversité culturelle : essai préliminaire à une étude sur l'universalité des droits fondamentaux », in *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, H. Pallard et S. Tzitzis (dir.), Paris, L'Harmattan, coll. Horizons du droit, 1997, p. 31.

(113) Proposer une définition de la culture pourrait même, dans le contexte des droits culturels, s'avérer « inapproprié » selon l'Experte indépendante chargée des droits culturels. Voy. Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, 14e session, *Rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels, Mme Farida Shaheed, soumis en application de la résolution 10/23 du Conseil des droits de l'homme*, 22 mars 2010, A/HRC/14/36, *op. cit.*, p. 4.

(114) L'influence grecque s'est limitée à charger le terme « cultura » d'une dimension esthétique. En effet, au contraire des Romains, les Grecs percevaient l'agriculture comme une technique développée par l'homme pour

provient du latin « colere », qui signifie « habiter », « cultiver » ou encore « honorer ». Le terme « cultura » se réfère initialement à l'agriculture(115) mais également au culte religieux, c'est-à-dire le soin donné aux dieux. Il semble que ce soit Cicéron qui, pour la première fois, utilise le mot « cultura » en référence à l'esprit humain dans une phrase restée célèbre : « [u]n champ si fertile soit-il ne peut être productif sans culture, et c'est la même chose pour l'humain sans enseignement »(116).

29. L'évolution sémantique a ensuite chargé ce terme technique et descriptif de dimensions symboliques, prescriptives(117) et esthétiques(118). L'utilisation métaphorique du mot « cultura » en dehors de l'agriculture a favorisé l'éclosion d'une notion générale de la culture en tant qu'élément d'enrichissement de l'homme, traduisant l'idée très ancienne de perfection des dons naturels par l'action humaine(119). À partir du X^e^ siècle, les humanistes utilisent le mot « culture » dans un sens figuré. Au siècle des Lumières, le terme de culture « se réfère [...] au développement des fonctions spirituelles par des études et des exercices prolongés, ainsi qu'à l'acquis résultant du travail intellectuel »(120). Les philosophies du progrès

---

dominer l'environnement, et non comme une activité humaine exprimant un souci particulier pour la nature.

(115) L'agriculture était une activité hautement considérée dans le monde romain (C. Jenks, *Culture*, London, Routledge, 1993, p. 8). Dans un premier temps donc, le sens du terme est rustique et vise la relation entre l'homme et la nature, en traduisant une volonté de se soucier de la nature, et non de la soumettre (A. Morelli, *Contacts de cultures*, Bruxelles, Éditions de l'U.L.B., 2007, p. 9).

(116) Cicéron, *Tusculanes*, II, 13. Soulignons toutefois que, paradoxalement, le terme « cultura » alors utilisé au sens figuré, désigne « le contraire même de l'état de fabricateur ou de créateur d'œuvre d'art » (H. Arendt, *La crise de la culture. Huit exercices de pensée politique*, trad. fr. P. Lévy (dir.), Paris, Gallimard, Coll. Idées, 1972, p. 272).

(117) C. Jenks, *Culture*, *op. cit.*, p. 8.

(118) S'il est vrai que le terme « cultura » contient effectivement une dimension esthétique, il ne se réfère pas pour autant aux créateurs qui, assimilés aux démarches utilitaires, étaient méprisés. La distinction entre arts et culture est donc déjà contenue en germe. H. Arendt, *La crise de la culture. Huit exercices de pensée politique*, *op. cit.*, p. 275.

(119) W. Jaeger, *Paideia. La formation de l'homme grec*, trad. fr. A. Devyver (e.a.), Paris, Gallimard, coll. Tel, 1988, pp. 361-362.

(120) C. Rivière, « Culture », in *Encyclopédie philosophique universelle. Les notions philosophiques* « Philosophie occidentale : A-L » - Tome II, Auroux, S. (dir.), Paris, P.U.F., 1990, p. 529. Ainsi, Hobbes lie le concept de culture au travail d'éducation, tandis que Locke souligne l'importance des bonnes manières et du goût.

approfondissent la distinction entre nature et culture en insistant sur la distance que l'humanité a construite par rapport au monde animal[121]. Enfin, au XIX^e siècle, apparaît la portée collective du mot « culture ». Alors que les Français et les Britanniques préfèrent désigner par le vocable « civilisation » les groupements humains ayant accédé à une forme d'unité, la langue allemande opte pour le terme de « Kultur » pour désigner ce phénomène[122], le mot « Bildung » se référant à la culture générale d'un individu.

Section II. – Les quatre notions de culture

30. Polysémique dès l'origine, le terme de culture recouvre désormais diverses significations, toutes globalement liées à la construction du sens, dont le nombre s'est accru au cours des siècles[123].

À la suite de Guillaume de Stexhe et de Michel Thomas, quatre champs conceptuels peuvent être identifiés. Le premier, le plus large, renvoie à l'essence même de l'homme et comprend l'ensemble des moyens construits par l'Humanité pour assurer son existence. Une deuxième signification de la culture fait référence à une dimension plus anthropologique ou identitaire. La culture est alors considérée comme une « forme de vie et monde de sens englobant propres à une formation sociale donnée »[124]. Un troisième champ conceptuel de la culture a trait à « l'ensemble des pratiques qui sont ordonnées thématiquement au travail sur les significations »[125]. Enfin, la culture peut être appréhendée comme le développement

(121) C. Rivière, *ibid*.

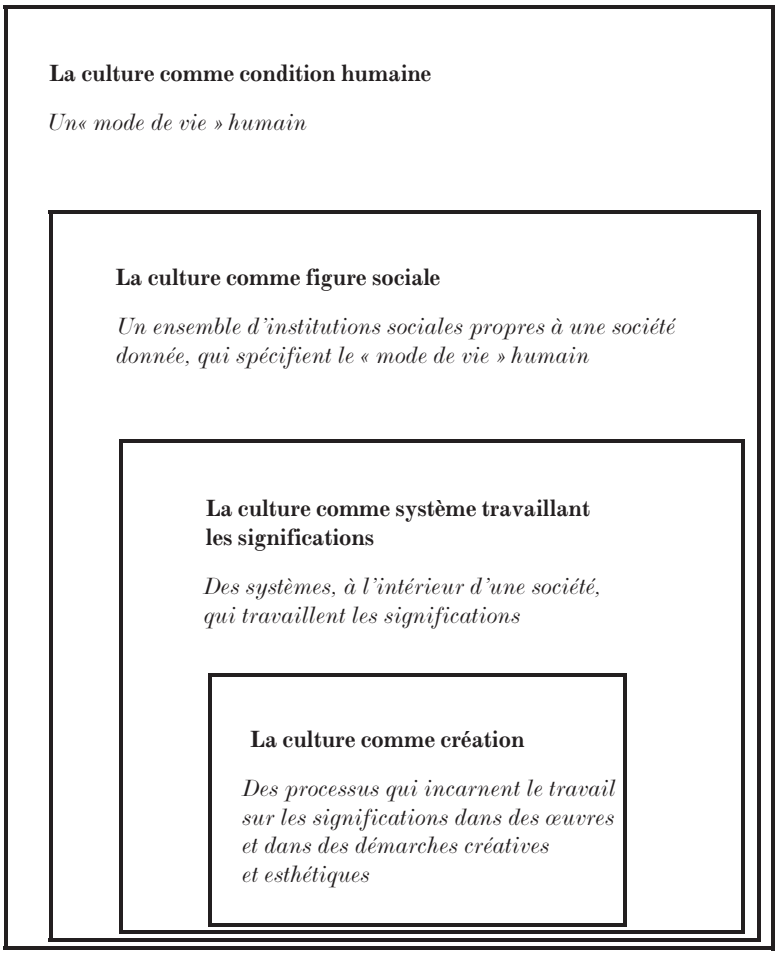
(122) Ce terme revêt également très tôt une connotation nationale et des désirs d'identité, et se comprend souvent en lien avec « Zivilisation » (E. Blondel, *Nietzsche, le corps et la culture. La philosophie comme généalogie philologique*, Paris, L'Harmattan, coll. Librairie des Humanités, 2006, pp. 53-54).

(123) Ainsi, en 1952, Alfred Kroeber et Clyde Kluckhohn ont recensé plus de deux cents différentes définitions du mot *culture* dans une étude restée célèbre (A. L. Kroeber et C. Kluckhohn, *Culture. A Critical Review of Concepts and Definitions*, Cambridge, Peabody Museum Papers, 1952). Voy. également, pour une étude plus récente explorant un grand nombre d'acceptions du concept de culture, D. Cuche, *La notion de culture dans les sciences sociales*, Paris, La Découverte, 2001.

(124) G. de Stexhe et M. Thomas, « La culture comme unité complexe : un enjeu médiatique et politique », in *Politique culturelle et droit de la radio-télévision*, *op. cit.*, p. 28.

(125) *Ibid*.

des activités créatrices des hommes[126], plus précisément comme « monde de pratiques et des œuvres qui témoignent esthétiquement de la culture »[127]. On peut reprendre sous la forme d'un schéma ces quatre sphères de sens :



(126) S. Marks et A. Clapham, *International Human Rights Lexicon*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 35.

(127) G. de Stexhe et M. Thomas, « La culture comme unité complexe : un enjeu médiatique et politique », *op. cit.*, p. 28.

31. Les différentes sphères de sens du mot « culture » connaissent deux mouvements d'emboîtement, décrits par Guillaume de Stexhe et Michel Thomas. Premièrement, les sphères de sens s'emboîtent en s'englobant. Deuxièmement, elles s'emboîtent en s'objectivant puisque les sens les plus généraux sont concrétisés par les suivants. Ainsi, la culture d'une société (**§ 2**) particularise la culture comme mode d'être humain (**§ 1**). De la même manière, la « pratique thématique des significations » (**§ 3**), travaille la culture d'un groupe en tant que sous-système et est incarnée dans le patrimoine culturel et dans la diversité des créations culturelles (**§ 4**)[(128)]. Les paragraphes qui suivent approfondissent les quatre acceptions du concept de culture, en cheminant des acceptions les plus larges vers les plus restreintes et en soulignant les critères du resserrement conceptuel qui s'opère.

§ 1. *La culture comme condition humaine*

32. Les êtres humains partagent une condition humaine, qui les différencie de la nature. Dans cette perspective, le terme de « culture » désigne l'ensemble des traits de cette spécificité humaine qui distingue les hommes de la nature. Or, l'existence humaine se caractérise par deux grands traits distinctifs. Le premier est une construction sur le mode de l'« auto-institution » et le deuxième est relatif à un lien permanent à une expérience relative au sens[(129)]. Par ailleurs, en retour, c'est la culture de l'Humanité qui permet aux humains de médiatiser leur rapport avec la nature[(130)]. Dans un premier sens, la culture désigne ainsi « le mode d'être spécifique de l'humain »[(131)].

(128) *Ibid*.

(129) *Ibid*.

(130) E. Cassirer, *Essai sur l'homme*, Paris, Les Éditions de Minuit, coll. Le sens commun, 1975, p. 43. Ainsi, par exemple, développent-ils des institutions de protection de celle-ci. C. Carlarne, « Putting the 'And' Back in the Culture-Nature Debate : Integrated Cultural and Natural Heritage Protection », *UCLA Journal of Environmental Law and Policy*, 2006, n° 25, pp. 154-222.

(131) H. Dumont, « Intervention pour le séminaire des 2 et 3 novembre 1998 à Rome sur le thème 'Quelle culture pour l'Europe ?' Ordres juridiques et cultures dans le processus de globalisation », non publié, p. 1.

§2. *La culture comme figure sociale*

33. La culture humaine (ou condition humaine) s'inscrit et se développe dans des espaces d'expériences particuliers, de façon hétérogène, se construit sur la base de rites, d'apprentissages et de traditions spécifiques, qui l'incarnent. Comme le précisent Guillaume de Stexhe et Michel Thomas, « si la culture est vouée à cette particularisation, c'est que l'invention humaine ou culturelle n'est pas un simple jaillissement permanent, ni une pure création *ex nihilo* ; elle se déploie à partir de et dans un espace d'expérience singulier, et elle se sédimente dans le temps, se relance à partir d'acquis qu'elle conserve en les transformant ; elle s'effectue donc comme particularité et tradition »(132). Lorsqu'elle est envisagée comme une particularisation de la condition humaine, la culture désigne les institutions sociales au sens large qui donnent du sens et singularisent un mode de vie humain. Elle recouvre tout « ce qui donne à la vie d'une collectivité historique sa figure particulière »(133).

La culture se définit alors comme « l'ensemble des traits multiformes qui distinguent un groupe social d'un autre ». Alors que la culture entendue comme « condition humaine » tend vers l'universel, la culture en tant que « figure sociale » situe les hommes dans le particulier, dans un espace temps singulier(134).

Parce que « la conception de cette totalité varie énormément »(135), la compréhension de la culture entendue comme la totalité de « la société » se décline en de multiples perspectives. Nous envisageons ici la perspective « anthropologique » telle qu'elle est comprise en droit international (A) ainsi que l'alternative herméneutique (B).

(132) G. de Stexhe et M. Thomas, « La culture comme unité complexe : un enjeu médiatique et politique », *op. cit.*, p. 30.

(133) J. Ladrière, *Les enjeux de la rationalité. Le défi de la science et de la technologie aux cultures*, Paris, Aubier-Montaigne/UNESCO, coll. Analyse et raisons – Vol. 25, 1977, p. 16.

(134) H. Dumont, « Intervention pour le séminaire des 2 et 3 novembre 1998 à Rome sur le thème 'Quelle culture pour l'Europe ?' Ordres juridiques et cultures dans le processus de globalisation », *op. cit.*, p. 1.

(135) C. Rivière, « Culture », *op. cit.*, p. 531.

A. La définition « anthropologique » et sa réception en droit international

34. Dans une approche anthropologique, la culture est définie comme « une totalité complexe qui comprend les connaissances, les croyances, les arts, les lois, la morale, la coutume et toute autre capacité acquise par l'homme en tant que membre de la société »[(136)]. Cette conception permet notamment d'interroger les rapports entre les cultures en tant qu'ensembles dynamiques et changeants[(137)] et les rapports entre la culture et l'individu[(138)].

35. Les interprètes du droit à la culture en droit international se revendiquent souvent d'une définition « anthropologique » de la culture réputée plus englobante et moins « occidentale ». Au sein du droit international des droits de l'homme, la culture est ainsi souvent comprise comme « un ensemble d'attributs qui unit les membres d'un groupe et les distingue d'autres groupes, influence leur vision du monde et structure leur vie individuelle ou collective »[(139)]. Comme le souligne Julie Ringelheim, « cette notion est fréquemment associée à celle d''identité', qui désigne la compréhension qu'une personne ou un groupe ont d'eux-mêmes »[(140)]. Dès lors, dans l'interprétation des droits culturels, de nombreux interprètes du droit à la culture recourent à des définitions de la culture qualifiées d'« anthropologiques »[(141)].

(136) E. B. Tylor, *Primitive Culture*, London, Murray, 1871.

(137) Considérant les rapports entre les cultures, l'école dite « américaine » ou « historique » a critiqué l'idée d'une évolution universelle des traits culturels de toutes les sociétés. Cette école, qui rassemble Boas, Kroeber, Löwie et Wissler, a développé une pensée du relativisme culturel, interdisant toute comparaison qualitative entre cultures. Plusieurs anthropologues définissent ainsi la culture comme « un manteau d'Arlequin », constitué à partir de multiples pièces. Voy., sur cette notion, B. Malinowski, *Une théorie scientifique de la culture, et autres essais*, trad. fr. P. Clinquart, Paris, Maspero, 1968, p. 33.

(138) M. J. Herskovits, *Les bases de l'anthropologie culturelle*, trad. fr. F. Vaudou, Paris, Payot, coll. Bibliothèque scientifique, 1952.

(139) J. Ringelheim, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, coll. Centre des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain – Vol. 5, 2006, pp. 6 et 7.

(140) *Ibid*., p. 10.

(141) L'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), considère d'ailleurs que la culture se définit comme

36. À notre sens, la définition de la culture que certains interprètes du droit à la culture prétendent tirer de l'anthropologie culturelle est problématique à plus d'un titre.

D'abord, une difficulté majeure réside dans le caractère englobant et non-discrimant du concept de culture utilisé. Ce concept, érigé notamment à partir de l'étude de sociétés dites « primitives » dont un haut niveau d'intégration est présumé, ne distingue pas entre les pratiques proprement culturelles et les autres pratiques[142]. Pourtant, nos sociétés présentent un niveau élevé de complexification et de diversification des pratiques. Par ailleurs, même au sein de cultures dites « primitives », on peut constater des distinctions nettes entre les pratiques symboliques et les autres pratiques[143]. Pour ces raisons, cette approche englobante est désormais nuancée en anthropologie.

Ensuite, cette définition pose problème par rapport au registre d'analyse des dimensions culturelles. Le concept de culture retenu prétend être descriptif. Or, de nombreux auteurs, dont Jürgen Habermas, ont insisté sur la portée normative des cultures ou des sociétés considérées dans leur dimension symbolique[144]. Jean-Louis Genard rappelle ainsi que, parce qu'ils sont dotés d'une dimension normative ou évaluative, les faits culturels contiennent des « prétentions à la validité » qui appellent un jugement sur la qualité et la valeur[145]. À notre sens, il est nécessaire d'assumer cette dimension normative inhérente aux faits culturels pour appréhender les questions touchant au relativisme culturel et au dialogue interculturel[146] mais aussi pour ouvrir le débat sur les pratiques culturelles problématiques par rapport aux droits de l'homme[147].

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

(142) Ainsi, dans ces sociétés, il ne serait pas possible de distinguer un système culturel, un système politique, un système religieux, etc.

(143) J.-L. Genard, *Les pouvoirs de la culture*, Bruxelles, Labor, coll. Quartier Libre, 2001, pp. 7-8.

(144) J. Habermas, *Sociologie et théorie du langage. Christian Gauss lectures, 1970-1971*, trad. fr. R. Rochlitz, Paris, Armand Colin, coll. Théories, 1995, p. 33.

(145) J.-L. Genard, *Les pouvoirs de la culture*, *op. cit.*, p. 11.

(146) *Ibid.*, p. 10.

(147) Si l'on s'en tient au plan descriptif, toute discussion entre cultures est en réalité impossible puisque la valeur des pratiques et des réalisations ne

Enfin, la troisième faille de l'approche anthropologique réside dans la croyance en une certaine cohérence, un certain statisme, et même une essentialisation des cultures alors que, comme le rappelle Amartya Sen « la culture n'est pas une caractéristique homogène et fixe » : ainsi, les identités sont susceptibles d'évoluer sous l'influence d'autres variables que la culture[148].

Faisant fi de ces débats, certaines interprétations du droit à la culture restent pourtant rivées sur une conception dite anthropologique, englobante et figée, de la culture. La primauté accordée à cette perspective fausse en partie l'interprétation du droit à la culture, qui doit par conséquent être nuancée.

B. L'alternative herméneutique : la culture en tant qu'institution du sens

37. Face aux impasses d'une approche basée sur une certaine vision de l'anthropologie culturelle, de nombreux auteurs proposent de définir la culture par rapport à la tradition herméneutique. La culture apparaît ainsi comme « l'ensemble des ressources de sens partagées par les acteurs appartenant à de mêmes ensembles sociohistoriques »[149]. La culture est donc identifiée comme les formes, les pratiques et les ressources symboliques qui constituent le système d'un groupe social donné et qui donnent du sens à ce groupe. Elle est « toujours déjà là », regroupant une somme « d'interprétations aisément mobilisables ». Elle se concrétise également dans des objets, des institutions[150]. « Ensemble d'institutions sociales », elle singularise le mode de vie humain pour un groupe en organisant les expériences[151]. La culture est alors ce qui donne du sens à l'expérience et à l'existence humaine, en proposant aux individus des interprétations et une recherche sur le sens des expériences

peut être discutée. Au contraire, lorsque l'on considère la dimension prescriptive des cultures et leurs prétentions à la validité, le débat est immédiatement ouvert et une rencontre est possible, dans les limites toutefois des cadres ayant formé les individus. J. Habermas, *Sociologie et théorie du langage*, *op. cit.*, p. 33 ; J.-L. Genard, *Les pouvoirs de la culture*, *op. cit.*, p. 11.

(148) A. Sen, *Identité et Violence. L'illusion du destin*, Paris, Odile Jacob, 2007, p. 157.

(149) J.-L. Genard, *Les pouvoirs de la culture*, *op. cit.*, p. 11.

(150) *Ibid.*, p. 12.

(151) G. de Stexhe et M. Thomas, « La culture comme unité complexe : un enjeu médiatique et politique », *op. cit.*, p. 31.

sociales et humaines, sur leur rapport avec le monde, avec les autres hommes et avec eux-mêmes.

38. Dans cette perspective, les structures culturelles sont « signifiantes » en ce qu'elles donnent sens aux expériences d'un groupe donné[152]. Mais ces structures globales apparaissent comme porteuses de sens non seulement parce qu'elles englobent et juxtaposent des pratiques, mais aussi parce qu'elles différencient, trient et classent ces pratiques sur la base de critères comme l'interdit et le permis, le bien et le mal, le beau et le laid. C'est ce travail de différenciation, de détachement aussi par rapport à la vie quotidienne, qui rend réellement signifiantes les expériences humaines vécues dans le groupe donné[153].

39. La culture, pourvue de cette dimension de « sens », concerne, selon Jean Ladrière, « l'ensemble des institutions, considérées à la fois dans leur aspect fonctionnel et dans leur aspect normatif, en lesquelles s'exprime une certaine totalité sociale et qui représentent, pour les individus appartenant à cette totalité, le cadre obligatoire qui façonne leur personnalité, leur prescrit, leurs possibilités et trace en quelque sorte à l'avance le schéma de vie dans lequel leur existence concrète pourra s'insérer, par lequel elle pourra prendre une forme effective »[154]. Dans cette même perspective, Jürgen Habermas définit la culture comme « la réserve de savoir où les participants de la communication puisent des interprétations lorsqu'ils s'entendent sur une réalité quelconque dans le monde »[155].

40. Fondamentalement, la culture apparaît, dans cette deuxième acception, comme une « forme sociale »[156] qui englobe un ensemble d'institutions sociales, en les « ordonnant » et en les « situant »[157]. Afin de préciser la troisième acception de la culture, il importe de particulariser, dans la culture d'une société, les éléments proprement culturels.

---

(152) *Ibid.*, p. 32.

(153) *Ibid.*

(154) J. Ladrière, *Les enjeux de la rationalité. Le défi de la science et de la technologie aux cultures*, *op. cit.*, p. 77.

(155) J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel, T.II, Pour une critique de la raison fonctionnaliste*, Paris, Fayard, 1987, p. 152.

(156) G. de Stexhe et M. Thomas, « La culture comme unité complexe : un enjeu médiatique et politique », *op. cit.*, p. 30.

(157) *Ibid.*

§3. *La culture comme ensemble de pratiques aptes à faire sens*

« La culture n'est pas un domaine, elle est une dimension »[158].

41. Si l'on accepte la fonction de différenciation de la culture, il est possible de distinguer plusieurs types de systèmes à l'intérieur de la culture d'un groupe social donné (deuxième acception) dont un système proprement culturel[159]. Ce système peut alors se définir comme « un ensemble de systèmes et de pratiques »[160] qui « assurent le fonctionnement de ce qu'on pourrait appeler l'aspect informationnel de la vie sociale, en d'autres termes, qui servent de supports à la vie des significations »[161]. Dans ce sens, la culture comprend alors « l'ensemble des pratiques propres à faire sens, de façon réfléchie, depuis la simple information jusqu'à la création en passant par la connaissance et la compréhension »[162]. La culture entendue dans cette acception est le lieu abstrait qui rend signifiante toute expérience humaine et sociale. Elle regroupe l'ensemble des pratiques qui consistent à donner du sens et qui sont motivées par une réflexion sur les expériences sociales et humaines. Elle regroupe alors tous les moyens formels de conceptualisation de ces expériences en ce compris la connaissance, la compréhension et le jugement de ces expériences sociales et humaines mais également la création et l'expression à partir de ces expériences.

42. Cette notion de culture se construit « dans la tension entre l'universel et le particulier » : la culture donne du sens à un ensemble particulier d'expériences sociales et humaines à un moment donné dans une société donnée (sens n° 2) mais tout en renvoyant à quelque chose d'universel (sens n° 1)[163].

---

(158) J. Rigaud, *Colloque sur les politiques culturelles tenu sous les auspices des Hautes Études commerciales (HEC) à Montréal en 1992*, cité dans G. Grandmont, « Réflexions sur les enjeux et défis des politiques culturelles publiques », in *Tendances et défis des politiques culturelles. Analyses et témoignages*, C. Audet et D. Saint-Pierre (dir.), Québec, Presses de l'Université de Laval, Coll. Chaire Fernand-Dumont sur la culture, 2009, p. 23.

(159) J.-L. Genard, *Les pouvoirs de la culture*, *op. cit.*, p. 13.

(160) G. de Stexhe et M. Thomas, « La culture comme unité complexe : un enjeu médiatique et politique », *op. cit.*, p. 39.

(161) J. Ladrière, *Les enjeux de la rationalité. Le défi de la science et de la technologie aux cultures*, *op. cit.*, p. 78.

(162) H. Dumont, « Intervention pour le séminaire des 2 et 3 novembre à Rome sur le thème 'Quelle culture pour l'Europe ?' Ordres juridiques et cultures dans le processus de globalisation », *non publié*, p. 1.

(163) *Ibid.*, p. 1.

43. Ainsi envisagée, la spécificité de la culture par rapport aux autres systèmes qui composent une société donnée réside dans la singularité du travail sur le sens, les valeurs et les intentions qu'elle opère. Si le travail sur le sens est fondamentalement inhérent à toute expérience humaine et sociale et donc à tous les systèmes qui composent la société, la spécificité du système culturel est de les considérer comme « objet thématique »[164]. Ainsi, le propre de ce système est de travailler, en tant qu'« analyseur pertinent »[165], ce qui structure et donne du sens à l'expérience humaine[166] en permettant son épanouissement[167]. À cette fin, la culture va nécessairement « au-delà du simplement fonctionnel ou instrumental »[168]. Elle opère grâce à une forme de détachement, de recul, par rapport aux aspects fonctionnels ou instrumentaux de la vie humaine.

Libre des contraintes qui affectent les autres systèmes d'activité de la société[169], le système culturel d'une société n'est en effet pas un ensemble clos et déterminé de pratiques, mais doit plutôt être appréhendé comme « une composante de tout système d'action »[170] qui permet de travailler sur les significations et les prétentions à la validité de tous les systèmes de la société[171]. Dans cette perspective, Jean Ladrière n'institue pas de manière indépendante l'instance culturelle mais l'identifie aux côtés des instances politiques et économiques[172]. Il définit plus largement la culture d'une société comme un espace de signifiance, intimement connecté aux autres instances.

(164) *Ibid.*, p. 39.

(165) J.-L. Genard, *Les pouvoirs de la culture*, *op. cit.*, p. 15.

(166) Le mot allemand « Bildung » rend particulièrement bien le processus imaginatif et réflexif engendré par la culture, par lequel les individus « font retour sur eux-mêmes, construisent les significations de leur existence » (J.-L. Genard, *Les pouvoirs de la culture*, *op. cit.*, p. 16).

(167) G. de Stexhe et M. Thomas, « La culture comme unité complexe : un enjeu médiatique et politique », *op. cit.*, p. 40.

(168) C. Castoriadis, *La montée de l'insignifiance. Les carrefours du labyrinthe IV*, Paris, Seuil, 1996, pp. 195-196.

(169) J.-L. Genard, *Les pouvoirs de la culture*, *op. cit.*, p. 15.

(170) *Ibid.*, p. 14.

(171) Comme le rappelle Jean-Louis Genard, si l'on institue en système indépendant la culture, les autres systèmes, économiques, juridiques et administratifs ne peuvent en effet plus être décrits comme des structures symboliques (J.-L. Genard, *Les pouvoirs de la cultures*, *op. cit.*, p. 14).

(172) Ces systèmes comprennent les valeurs, les normes, les systèmes de représentation, les différents arts, c'est-à-dire les savoir-faire impliquant une compétence particulière, les systèmes expressifs et les systèmes symboliques.

44. Ainsi, les pratiques culturelles qui ont pour thème le travail sur le sens des expériences humaines et sociales opèrent de diverses manières. Jean Ladrière distingue, afin de les spécifier, quatre sous-systèmes dans les systèmes culturels, qui forment ensemble la culture dans cette troisième acception. Les « systèmes de représentation », visent « les ensembles conceptuels et symboliques à travers lesquels les différents groupes qui constituent la collectivité tentent de s'interpréter eux-mêmes et d'interpréter le monde dans lequel ils sont immergés, et aussi les méthodes au moyen desquelles la collectivité en question s'efforce d'étendre ses connaissances et son savoir-faire ». Les « systèmes normatifs » comprennent ce qui relève des valeurs, « sur la base desquelles sont appréciées les actions et les situations et à partir desquelles sont éventuellement justifiées les pratiques concrètes, et d'autre part tout ce qui relève des règles particulières au moyen desquelles sont organisés les systèmes d'action ». Ces « systèmes d'action » comprennent à la fois « les médiations techniques qui permettent de maîtriser – plus ou moins adéquatement – le milieu social et les médiations proprement sociales à travers lesquelles la collectivité s'organise en vue de gérer son propre destin ». Les « systèmes d'expression » englobent quant à eux « les modalités à la fois matérielles et formelles à travers lesquelles les représentations et les normes trouvent leurs projections concrètes, au niveau de la sensibilité, et grâce auxquelles les affects profonds (en lesquels prend forme l'existence vécue, comme manière d'éprouver la réalité naturelle et historique) s'extériorisent en des figures signifiantes, offertes à un incessant déchiffrement »[(173)].

Voy. J. Ladrière, *Les enjeux de la rationalité. Le défi de la science et de la technologie aux cultures*, *op. cit.*, pp. 78-79.

(173) J. Ladrière, *Les enjeux de la rationalité. Le défi de la science et de la technologie aux cultures*, *op. cit.*, pp. 16-17. Ces systèmes englobent les pratiques, expériences et méthodes par lesquelles l'être humain construit le sens de son expérience et des expériences sociales. Relèvent des systèmes de représentation, la religion, la philosophie et l'histoire, mais aussi la recherche et les sciences, en ce qu'elles permettent une interprétation de soi et du monde, et en ce qu'elles permettent un accroissement des savoirs et des savoir-faire. Guillaume de Stexhe et Michel Thomas identifient de la même manière plusieurs composantes dans la culture d'une société : l'outil, qui englobe l'ensemble des techniques développées afin d'agir sur le milieu ; la règle, c'est-à-dire le politique, qui vise les « rapports de coopération conflictuelle entre humains » et enfin le « signe » qui renvoie au

45. Le système culturel a profondément changé de nature avec l'avènement de la démocratie et de la modernité. Alors que dans les sociétés traditionnelles les œuvres se limitaient à illustrer les significations instituées[174], la démocratie moderne a impliqué la disparition du « champ de significations instituées et collectivement acceptées » intégrées dans des « cadres transcendants ». L'individu s'est vu ainsi reconnu en tant que créateur du sens de sa propre vie et en tant que créateur de significations[175]. La spécificité culturelle de la modernité se structure désormais autour de deux dimensions particulières travaillées par les systèmes culturels : la dimension critique et la dimension d'expressivité. La posture critique implique une remise en question des pratiques, des faits établis, et une interrogation constante sur la validité des systèmes. Quant à l'expressivité, elle caractérise incontestablement la culture de la modernité. Le moi cartésien aurait ainsi, selon Charles Taylor, cédé la place à une exigence intérieure d'expressivité[176].

46. À ce stade, il est déjà possible de percevoir toute l'importance de la participation à la vie culturelle en ce que celle-ci se confond avec la participation à la recherche et à la construction du sens de toutes les choses et de l'existence humaine. Participer à la vie culturelle permet « d'atteindre à un certain développement de sa sensibilité, de son sens critique, de ses capacités de connaissance, de ses facultés créatrices, bref, à un certain épanouissement de sa personnalité »[177].

---

système culturel. Le travail sur le sens rassemble ainsi de nombreuses composantes, fort distinctes : les valeurs, les normes, les représentations et connaissances, les formes d'action, d'expression, les symboles. Dans ce sens, relèvent de la culture le droit, l'éthique, les sciences, l'histoire, la philosophie, la religion, les jeux, les techniques – entendues comme « savoirs agissants » –, le patrimoine et l'art (G. DE STEXHE et M. THOMAS, « La culture comme unité complexe : un enjeu médiatique et politique », *op. cit.*, p. 39).

(174) C. CASTORIADIS, *La montée de l'insignifiance*, *op. cit.*, pp. 238-242.

(175) J.-L. GENARD, *Les pouvoirs de la culture*, *op. cit.*, p. 17.

(176) C. TAYLOR, *Les Sources du Moi*, Paris, Seuil, 1998.

La culture de la modernité apparaît désormais comme « un espace où se libèrent des attentes de reconnaissance et un espace d'expérimentation ». Elle joue un rôle central dans la construction de l'identité, et par conséquent, la reconnaissance étant liée à l'identité, un lieu où peuvent s'exprimer les identités déniées. La culture revêt également une dimension expérimentale, en ce que les individus peuvent y trouver une véritable critique qui remettra en cause les conditions de recevabilité de l'expression, mais aussi un encouragement à d'autres formes d'expression (J.-L. GENARD, *Les pouvoirs de la culture*, *op. cit.*, p. 23).

(177) G. DE STEXHE et M. THOMAS, « La culture comme unité complexe : un enjeu médiatique et politique », *op. cit.*, p. 40.

47. Ce système culturel qui permet de donner du sens à toute expérience sociale et humaine rassemble un ensemble de pratiques « qui ne sont pas de purs jaillissements permanents se réinventant à partir de rien » mais qui, au contraire, « se donnent une effectivité dans une histoire qui élabore progressivement des traditions et qui produit des œuvres »[178]. C'est par « l'initiation à la pratique » des traditions et des œuvres que les individus sont en mesure de donner du sens aux expériences sociales et humaines[179].

§4. *La culture comme création et comme patrimoine*

> *« Je pense qu'être artiste aujourd'hui consiste à remettre en question la nature de l'art »*[180].
>
> *« Ce que l'art a en commun avec la logique et les mathématiques c'est qu'il est une tautologie ; c'est-à-dire que l''idée de l'art' ('l'œuvre') et l'art sont une même chose »*[181].
>
> *Joseph Kosuth*

48. Les œuvres et traditions, ainsi que la « familiarisation perspicace » à celles-ci, forment la quatrième acception du terme de culture. La culture au sens de « patrimoine/traditions » et de « création/œuvres » apparaît ainsi comme le matériau concret à partir duquel le travail abstrait sur le sens des choses et de l'existence peut s'opérer. Sont ainsi concernés « l'ensemble des beaux arts et des œuvres qui sont issues du travail sur les significations ainsi que la 'familiarisation perspicace avec celles-ci' »[182]. S'il faut donc considérer que la recherche et la construction du sens des expériences humaines et sociales (sens n° 3) se réalisent à partir d'œuvres et de traditions (sens n° 4), il faut également bien voir que ces œuvres et

(178) *Ibid*., p. 42.

(179) H. Dumont, « Intervention pour le séminaire des 2 et 3 novembre à Rome sur le thème 'Quelle culture pour l'Europe ?' Ordres juridiques et cultures dans le processus de globalisation », *op. cit.*, p. 2.

(180) J. Kosuth, cité in J.-Y. Le Docte, « Se réapproprier les arts contemporains ! », in *Des arts contemporains, pour qui et pour quoi ? Les arts plastiques en débat. Actes de la rencontre organisée le 6 octobre 2007 à Bruxelles*, Bruxelles, Culture et Démocratie asbl, *Les cahiers de Culture et Démocratie*, 2009, n° 1, p. 19.

(181) J. Kosuth, « Art after Philosophy », *Studio International*, octobre 1969 et in *Art Press*, décembre 1973, n° 1, p. 28.

(182) H. Dumont, « Intervention pour le séminaire des 2 et 3 novembre à Rome sur le thème 'Quelle culture pour l'Europe ?' Ordres juridiques et cultures dans le processus de globalisation », *op. cit.*, p. 1.

ces traditions, en retour, « incorporent ou incarnent l'ouverture aux significations »[183].

A. La démarche créative et le patrimoine comme incarnation des significations

49. La culture, ces « pratiques qui thématisent et travaillent les significations », s'ancre dans des pratiques et des expressions créatives qui « incorporent ou incarnent l'ouverture aux significations »[184]. Dès lors, la recherche sur le sens des expériences humaines et sociales (la culture au sens n° 3) passe par la pratique et la connaissance des traditions et œuvres.

Le *patrimoine*, constitué d'un « ensemble de ressources héritées du passé » considéré « comme un reflet et une expression de [...] valeurs, croyance, savoirs et traditions en continuelle évolution »[185] permet un travail sur le sens des expériences humaines et sociales, parce qu'il concerne la transmission des éléments qui matérialisent le développement de l'identité[186]. Pour reprendre l'expression de François Ost, au-delà de la dimension matérielle, le patrimoine est « un ensemble de valeurs constitutives de l'identité personnelle et collective », qui a trait à « la logique de l'être »[187] et qui leur confère un « intérêt culturel »[188] reconnu par la collectivité[189]. Le patrimoine permet ainsi aux individus de se construire eux-mêmes à partir d'un héritage, de se situer, de s'approprier une histoire et de s'enrichir du passé[190] voire, éventuellement, de s'en détacher. Selon l'Experte indépendante des Nations Unies sur les droits culturels,

(183) G. de Stexhe et M. Thomas, « La culture comme unité complexe : un enjeu médiatique et politique », *op. cit.*, p. 42.

(184) *Ibid*.

(185) Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur la valeur du patrimoine culturel pour la société, 27 octobre 2005, dite « Convention de Faro », art. 2 (a).

(186) F. Ost, « Le patrimoine, un concept dialectique adapté à la complexité du milieu », in *Het Milieu – L'environnement*, Turnhout, Congrès Notarial, 1993, p. 36.

(187) F. Ost, « Déployer le temps. Les conditions de possibilité du temps social », European Academy of Legal Theory, 1997, p. 36, www.legaltheory.net.

(188) Sur la notion d'intérêt culturel, M. Cornu, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 15-16.

(189) Évidemment, cet intérêt culturel n'est pas un « donné », il est construit socialement et est un enjeu de luttes pour la reconnaissance.

(190) G. de Stexhe et M. Thomas, « La culture comme unité complexe : un enjeu médiatique et politique », *op. cit.*, p. 43.

« la notion de patrimoine renvoie à quelque chose de dynamique qui a été conçu, construit ou créé, interprété et réinterprété au fil de l'histoire et transmis de génération en génération »[(191)]. Ce processus est d'autant plus dynamique que la reconnaissance et la protection d'éléments du patrimoine est l'objet de luttes de pouvoirs entre groupes dominants et minorités, entre intérêts touristiques ou de protection du patrimoine et intérêts personnels ou des communautés, entre volontés de protection et velléités de mondialisation[(192)].

Quant à elles, la *création* et la démarche artistique peuvent s'analyser comme une manière particulière de « présentifier de façon sensible [...] le jeu des formes signifiantes qui parcourt et constitue notre monde »[(193)]. Dans ce sens, la culture s'entend de « l'ensemble des pratiques de manifestation esthétique des significations »[(194)]. Les méthodes à l'œuvre dans la création et les lieux dans lesquels elle s'exprime contribuent de manière singulière au développement de l'esprit critique, de l'expressivité et aux processus d'émancipation[(195)]. Aujourd'hui, la démarche créative incarne par excellence la

(191) Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, *Rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels, Mme Farida Shaheed*, 17e session, 21 mars 2011, A/HRC/17/38, p. 4.

(192) G. de Stexhe et M. Thomas, « La culture comme unité complexe : un enjeu médiatique et politique », *op. cit.*, p. 6.

(193) *Ibid.*

(194) *Ibid.*

(195) J.-L. Genard, *Les pouvoirs de la culture*, *op. cit.*, pp. 20-21 ; J. Habermas, *L'espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, trad. fr. M. Buhot de Launay, Paris, Payot, coll. Critique de la politique, 1986, pp. 42 et s.

Au XIXe siècle, les productions artistiques se sont d'abord chargées de cristalliser la critique, même politique. Ensuite, le courant romantique a transformé l'expérience esthétique et l'a érigée en lieu par excellence de la réalisation de soi, tout en restant par ailleurs le lieu de la critique. L'art en Occident s'est fortement autonomisé, entraînant de ce fait un mouvement d'auto-critique et un repositionnement des méthodes artistiques, qui ont évolué vers une remise en question constante de la culture instituée. Cette constante remise en question des formes « traditionnelles » a abouti à la production d'un art d'avant-garde. Dans ce mouvement, l'art a remis en cause sa fonction-même, son but s'est renouvelé et, désormais, de nombreux mouvements partagent comme objectif commun « d'offrir au spectateur l'occasion d'une expérience ou d'une communication difficilement réductibles aux cadres habituels de celles-ci, en se positionnant donc bien davantage dans le registre de l'obstacle que celui de la synchronie ». L'art est érigé en mécanisme remettant en question les structures symboliques. Devenu l'espace par excellence de l'incarnation du travail sur les significations, l'art déploie une méthode alliant les deux dimensions

posture critique puisqu'elle se structure essentiellement autour d'une réflexion permanente sur le sens de son action et sur le sens de l'ensemble des expériences humaines et sociales en général. En proposant une réflexion continue sur son existence même, l'art contemporain a ainsi atteint la quintessence du travail sur le sens, en l'instituant explicitement comme son objet principal(196).

B. L'enjeu de la participation à la culture entendue comme un ensemble de pratiques culturelles à partir desquelles se construit le travail sur le sens et qui incarne ce travail

50. Comme on l'a relevé au point précédent, la participation au travail sur le sens des expériences humaines et sociales et la participation à l'expression et à la réflexion sur ce travail dans des œuvres et dans des traditions est fondamentale pour l'individu comme pour la société. En effet, c'est cette participation qui permet à chacun de développer sa sensibilité, son sens critique, ses capacités de connaissance et ses facultés créatrices. L'importance fondamentale de l'accessibilité et de la participation à la culture est par ailleurs établie par les recherches sociologiques sur les mécanismes de distinction culturelle. Ces mécanismes reposent sur une instrumentalisation, largement inconsciente, et d'autant plus efficace, de la culture dans les procédés de distinction sociale et de distinction des classes.

Les premières réflexions sociologiques et historiques sur le rôle de l'art dans la société ont introduit les recherches sur le rôle de la culture

---

de la culture de la modernité. (J.-L. GENARD, *Les pouvoirs de la culture*, *op. cit.*, pp. 26-28).

(196) Ainsi, une des meilleures preuves de ce que l'art incarne particulièrement bien le travail sur les significations est l'impossibilité de cerner la spécificité d'une démarche artistique en perpétuel questionnement, qui interroge et déconstruit jusqu'à sa propre existence et sa propre nature. Sur cette question, voy. e.a. H. BECKER, *Les mondes de l'art*, Paris, Flammarion, 2006 ; A. C. DANTO, *La transfiguration du banal. Une philosophie de l'art*, trad. fr. C. Hary-Schaeffer, Paris, Seuil, coll. Poétique, 1989 ; L'ATELIER D'ESTHÉTIQUE, *Esthétique et philosophie de l'art. Repères historiques et thématiques*, Bruxelles, De Boeck, coll. Le point philosophique, 2002. Fondamentalement, la spécificité de l'art « toujours à mi-chemin entre le langage et l'objet », réside ainsi, *in fine*, dans sa capacité à opérer sans cesse un retour sur les significations et une construction de nouvelles formes de sens (G. CHARBONNIER, *Entretiens avec Claude Lévi-Strauss*, Paris, UGE, coll. 10/18, 1961, p. 131, cité in L'ATELIER D'ESTHÉTIQUE, *Esthétique et philosophie de l'art*, *op. cit.*, p. 211).

dans les processus de distinction sociale et de distinction des classes. Se concentrant sur la nature des relations entre les publics et les œuvres d'art, sur la réception de ces œuvres, une véritable sociologie du goût s'est ainsi développée, en se basant notamment sur les enquêtes statistiques relatives aux pratiques culturelles[197]. En fonction des groupes sociaux, les sociologues identifient les modèles de comportement, les images, les mythes et les médias qui les transmettent[198]. L'idée est de spécifier, par classe sociale, les comportements, les goûts et les valeurs. Les théories de la « légitimité culturelle » démontrent ainsi le lien déterminant entre position sociale et pratiques culturelles : le goût y est étudié en tant qu'usage social de la culture, qui légitime les positions sociales et permet leur reproduction.

Pour Pierre Bourdieu, la position dans l'espace social correspond à un héritage culturel et détermine les *habitus* culturels[199], qui sont la reproduction symbolique des différences objectives. Par conséquent, même s'il existe une médiation par le biais du goût, globalement, les conditions d'existence et l'appartenance à une classe déterminent les pratiques culturelles et façonnent la culture d'un groupe social donné[200]. Le capital culturel, notamment dépendant du niveau de diplôme, détermine les systèmes de perception du monde, la compréhension et l'interprétation des choses, structure les goûts et les attitudes et, en retour, identifie les positions sociales[201].

Les conclusions de Pierre Bourdieu ont été actualisées et nuancées par des sociologues comme Bernard Lahire[202] ou Richard

(197) O. Donnat, *Les Français face à la culture. De l'exclusion à l'éclectisme*, Paris, La Découverte, coll. Textes à l'appui/série sociologie, 1994 ; P. Coulangeon, *Sociologie des pratiques culturelles*, Paris, La Découverte, coll. Repères, 2005.

(198) C. Rivière, « Culture », *op. cit.*, p. 531.

(199) P. Bourdieu et A. Darbel, *L'Amour de l'art. Les musées d'art européens et leur public*, Paris, Les Éditions de Minuit, coll. Le sens commun, 1969 et P. Bourdieu et J.-C. Passeron, *Les héritiers. Les étudiants et la culture*, Paris, Les Éditions de Minuit, coll. Le sens commun, 1964.

(200) P. Bourdieu, *La distinction. Critique sociale du jugement*, Paris, Les Éditions de Minuit, coll. Le sens commun, 1979.

(201) *Ibid*. De manière plus radicale, certains auteurs ont élaboré, sur base d'une déduction philosophique, les traits culturels de la classe ouvrière. M. Verret, *La culture ouvrière*, Saint-Sébastien, ACL, 1988 ; J. Rancière, *La nuit des prolétaires. Archives du rêve ouvrier*, Paris, Fayard, 1981.

(202) B. Lahire, *La Culture des individus. Dissonances culturelles et distinction de soi*, Paris, La Découverte, 2004 et B. Lahire, « The individual and the mixing of genres : Cultural dissonance and self-distinction », *Poetics*, 2008, Vol. 36, n° 2-3, pp. 166-188.

A. Peterson et Tony Bennett[(203)]. Ceux-ci ont démontré qu'il existe de fortes dissonances dans la consommation culturelle et que les nouveaux profils montants modulent les mécanismes de distinction culturelle en déclinant la distinction entre culture haute et culture basse en une multitude de nouveaux axes de distinction. Ces axes ne se structurent plus seulement autour de la légitimité de certaines cultures, mais également autour du concept de voracité culturelle, qui est une aptitude à consommer et à participer à une multitude de formes culturelles et autour de nouveaux types de rapports à la culture, plus ou moins « omnivores », plus ou moins « hédonistes », plus ou moins « amoureux de l'art », plus ou moins « expérimentaux » (adeptes de nouveautés, d'expériences et de création)[(204)].

51. Même s'il faut garder à l'esprit que la culture ne se réduit pas à ces données et qu'elle se rapporte beaucoup plus largement, à l'ensemble des pratiques qui donnent du sens aux expériences sociales et humaines par une réflexion sur ces expériences et une conceptualisation de celles-ci[(205)], nous retiendrons que l'enjeu social de la participation à la culture apparaît d'emblée comme décisif.

D'abord, l'accessibilité et la participation à la culture en tant qu'ensemble d'œuvres et de traditions qui expriment le travail sur le sens opéré par la culture au sens plus large conditionneraient non seulement la participation de l'individu à la construction du sens de ses expériences, le développement de son esprit critique et son épanouissement personnel dans la société mais également, directement, sa

(203) R. A. Peterson, « Problems in comparative research : The example of omnivorousness », *Poetics*, 2005, Vol. 33, n° 5, pp. 257-282 ; R. A. Peterson, « Understanding audience segmentation : From elite and mass to omnivore and univore », *Poetics*, 1992, Vol. 21, n° 4, pp. 243-258. T. Bennett, M. Savage, E. Silva, A. Warde, M. Gayo-Cal et D. Wright, *Culture, Class, Distinction*, Londres, Routledge, 2009.

(204) Ces typologies sont empruntées à la thèse de Laurie Hanquinet, *L'art de la représentation et la représentation de l'art. Du sens et du bon usage des musées d'art moderne et contemporain en Belgique*, thèse défendue le 27 avril 2010, non publiée. Voy., pour une enquête récente sur les processus actuels de distinction culturelle en Communauté française de Belgique, L. Callier, L. Manquinet, M. Guérin et J.-L. Genard, *Étude approfondie des pratiques et consommation culturelles de la population en Fédération Wallonie-Bruxelles*, Études de l'observatoire des politiques culturelles, n° 1, 2012, www.opc.cfwb.be. Voy. également M. Guérin, « Pratiques et consommation culturelles en Communauté française », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2009, n° 2031-2032.

(205) G. de Stexhe et M. Thomas, « La culture comme unité complexe : un enjeu médiatique et politique », *op. cit.*, pp. 32-33.

position sociale, sa mobilité sociale, et son inclusion ou exclusion dans la société. La détention d'un fort héritage culturel, la participation aux pratiques qui ont pour finalité de donner du sens, étant motivées par une réflexion sur les expériences sociales et humaines, renforcent les capacités des individus de se développer. La possibilité de participer à la construction du sens et à la culture a ainsi un impact direct sur le développement des capabilités[(206)] et donc sur la pauvreté, qui peut être définie comme une « privation de capabilités »[(207)].

Dans la suite de la thèse, les obstacles à l'accès et à la participation à la culture sont analysés d'un point de vue interne au droit modérément ouvert aux dimensions sociologiques qui viennent d'être rappelées[(208)].

C. **Culture de masse, recherche du sens et diversité culturelle**

> *« La possibilité technique de reproduire l'œuvre d'art modifie l'attitude de la masse à l'égard de l'art […]. On jouit sans le critiquer, de ce qui est conventionnel ; ce qui est véritablement nouveau, on le critique avec aversion »*[(209)].

52. Les philosophes de l'école de Francfort ont, les premiers, cherché à savoir si la production culturelle de type industriel remettait en question la capacité de la culture à effectuer un travail sur son thème principal : la recherche réfléchie sur le sens des expériences sociales et humaines. Selon ces philosophies, la « culture de masse », favorisée par la technique industrielle, justifiée par les exigences de démocratisation et de dénonciation de la culture dite « bourgeoise », a induit une évolution des formes et des contenus culturels. Walter

(206) A. Sen, *L'idée de justice*, trad. fr. P. Chemla, Paris, Flammarion, 2010, p. 284 : « L'approche par les capabilités juge l'avantage d'un individu à sa capabilité de faire les choses qu'il a des raisons de valoriser ». Cette approche par les capabilités s'intéresse aux « possibilités réelles de vivre » et non aux « moyens d'existence » (p. 286), et donc « à ce qu'une personne est vraiment en mesure de faire, qu'elle choisisse ou non de le faire » et non à ce qu'elle finit par réaliser (p. 288).

(207) *Ibid*., pp. 310-314.

(208) On constatera alors, inévitablement, que le discours politique, alors qu'il se revendique souvent d'une filiation avec les recherches menées en sociologie de la culture, présente souvent des écarts et des décalages avec les conclusions desdites recherches.

(209) W. Benjamin, *L'œuvre d'art à l'époque de sa reproductibilité technique*, trad. fr. M. de Gandillac, Paris, Allia, 2007, p. 55.

Benjamin, après avoir précisé les caractéristiques de la culture de masse, en identifiait les principaux risques, qui découlent de la mécanisation de la production culturelle. Ces risques sont, principalement, le refoulement et la crainte de formes non-conventionnelles, et la répétition de standards connus qui mettent à mal les exigences de critique et d'expressivité[210].

L'emprise de la culture de masse, qui apparaît comme « un système particulier au sein de la société moderne »[211], se serait accrue au fil du XX^e siècle, notamment avec la télévision[212]. Les critiques de Walter Benjamin ont alors été décuplées : la culture de masse amènerait à une standardisation des contenus, en gommant toute créativité et particularité, et à un conformisme lié à la recherche du profit ; elle serait médiocre, parce que soumise à des buts commerciaux et ne produirait qu'un succédané de culture, le kitsch[213] ; elle n'aurait qu'un effet tranquillisant, loin d'engager la réflexion ou la participation des acteurs[214]. La démocratisation de la culture, parfois mobilisée pour justifier la culture de masse, aurait ainsi largement échoué puisque la culture de masse, loin de créer une culture partagée ou accessible à tous, n'a réussi qu'à homogénéiser la « Haute Culture » par rapport à laquelle elle se définit négativement[215]. Enfin, le risque serait réel que la culture de la société de masse n'en vienne à empêcher nos sociétés de construire une authentique dimension culturelle, notamment en fragilisant la préservation du passé[216].

(210) *Ibid*.

(211) Le rapport entre création culturelle et production industrielle dépend de la nature du produit et des conditions de son utilisation. Certains pans de la culture ont ainsi « résisté » à toute massification (E. Morin, *L'esprit du temps. Essai sur la culture de masse*, Paris, Grasset, coll. La Galerie, 1962).

(212) F. Balle, « Culture de masse », in *Encyclopédie philosophique universelle. Les notions philosophiques* « Philosophie occidentale : A-L » – Tome II, S. Auroux (dir.), Paris, P.U.F., 1990, p. 532.

(213) C. Greenberg, *Art et culture. Essais critiques*, trad. fr. A. Hindry, Paris, Macula, 1988.

(214) F. Balle, « Culture de masse », *op. cit.*, p. 533.

(215) Force est en effet de constater que la culture de masse se définit négativement par rapport à la « Haute Culture », la culture académique. Son rôle, fondamentalement, serait de fournir un mythe d'appartenance ou une illusion de contestation (F. Balle, « Culture de masse », *op. cit.*, p. 533).

(216) Pour Hannah Arendt, la société de masse ne veut pas de la culture, elle veut des loisirs destinés à la consommation, qui remplissent les temps libres Dans ce sens, elle est moins dangereuse pour la culture que la bonne société des philistins, même si la nécessité de fournir de nouveaux biens et

53. La culture de masse a suscité une riposte artistique et la mise en valeur du rôle essentiel de l'avant-garde artistique, face à « l'invasion du kitsch »[217]. Elle a aussi entraîné une remise en question des rapports entre État, culture et marché. Pour les adversaires de cette forme de culture, alors que le marché mondialisé de la culture a renforcé la culture de masse, l'État doit jouer un rôle de gardien de la diversité culturelle, des postures critiques et créatives menacées par le monde économique. C'est notamment à partir de cette idée que se sont construites les notions d'exception culturelle et de diversité culturelle (ces notions étant également souvent mobilisées de manière bien plus prosaïque à des fins de protectionnisme commercial ou de préservation de certaines identités nationales ou régionales). L'objet des politiques de diversité culturelle est ainsi de lutter contre l'hégémonie de quelques cultures et l'homogénéité culturelle qui en découlerait en protégeant une diversité de formes culturelles. La diversité vise à protéger et à promouvoir « la multiplicité des formes par lesquelles les cultures des groupes et des sociétés trouvent leur expression »[218].

Conclusions du Chapitre I

54. À travers les siècles, le mot « culture » a changé de signification à de multiples reprises. La polysémie du mot est impressionnante, son ambivalence inter-linguistique l'est également. Il est toutefois possible d'identifier une convergence dans cette diversité : fondamentalement, la « culture » se réfère à une activité de signification

produits implique un pillage par les médias de la culture à la recherche de nouveaux matériaux. Ainsi, les créateurs voient leurs œuvres modifiées et « c'est encore une question bien pendante de savoir s'ils seront capables de survivre à une version divertissante de ce qu'ils ont à dire ». Le défi fondamental posé par la société des loisirs est donc d'éviter la destruction de la culture. (H. Arendt, *La crise de la culture. Huit exercices de pensée politique*, *op. cit.*, pp. 258-268).

(217) C. Greenberg, *Art et culture. Essais critiques*, *op. cit.*

(218) Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, Paris, 20 octobre 2005, art. 4 (1). La pertinence politique et éthique de ces concepts est analysée dans le second chapitre de ce titre préliminaire (voy. *infra*). Reprenant une définition moins précise et plus anthropologique de la culture, la Déclaration de 2001 considère que la diversité culturelle est réputée s'incarner « dans l'originalité et la pluralité des identités qui caractérisent les groupes et les sociétés composant l'humanité » (Déclaration de 2001, art. 1).

ou de sens[219] et de construction de l'identité. À la suite de Guillaume de Stexhe et de Michel Thomas, quatre sphères de sens du concept de culture ont été identifiées, qui s'emboîtent les unes dans les autres à la manière des poupées russes et qui précisent, particularisent, spécifient et concrétisent le concept de culture.

55. La portée la plus générale du concept de culture se confond avec celui d'Humanité et vise le « mode d'être spécifique de l'humain », qui le distingue de l'animal[220].

Dans une deuxième acception, la culture est ce qui distingue un groupe social d'un autre. Elle comprend l'ensemble des traits qui particularisent le mode d'être de l'Humanité. À une appréhension dite « anthropologique » de la culture, qui la comprend comme un phénomène englobant et qui fait florès chez certains interprètes du droit international, il faut préférer une conception herméneutique qui insiste sur l'importance du travail sur le sens opéré par la culture dans un groupe social donné. Nous reviendrons par la suite sur ce point (voy. *infra*).

Cette conception permet d'identifier, au sein de la culture d'une société, un ensemble de pratiques qui thématisent le travail sur le sens des expériences humaines et sociales en les conceptualisant. Ce système qui sert de support à la vie des significations, interdépendant des autres systèmes de la société, a pour finalité la construction du sens, en lien avec les autres systèmes de la société.

Dans un quatrième sens, la culture désigne l'ensemble des œuvres et des traditions (création et patrimoine) et la « familiarisation perspicace » avec ces œuvres et traditions. Ces œuvres et traditions sont le lieu concret du travail abstrait sur le sens des expériences humaines et sociales opéré par la culture au sens n° 3. C'est à partir de l'initiation, de la pratique et de la connaissance concrète des œuvres et du patrimoine[221] que peuvent s'élaborer les pratiques qui ont pour finalité la recherche réfléchie et l'élaboration du sens

(219) G. DE STEXHE et M. THOMAS, « La culture comme unité complexe : un enjeu médiatique et politique », *op. cit.*, p. 28.

(220) H. DUMONT, « Intervention pour le séminaire des 2 et 3 novembre à Rome sur le thème 'Quelle culture pour l'Europe ?' Ordres juridiques et cultures dans le processus de globalisation », *op. cit.*, p. 1.

(221) *Ibid.*, pp. 1 et 2.

des expériences humaines et sociales. Les pratiques créatives et les éléments des patrimoines doivent être considérés non seulement comme l'expression du travail sur le sens mais également comme les fondements concrets à partir desquels peut se réaliser la recherche abstraite du sens des expériences humaines et sociales. La culture, dans ce quatrième sens, doit être envisagée comme une expression et une objectivation de cette recherche abstraite du sens[(222)].

(222) Cette portée donnée au concept de culture se rapproche de celle de Marcuse, qui voyait dans la culture la création d'une seconde dimension, critique, chez l'homme (H. Marcuse, *L'homme unidimensionnel. Essai sur l'idéologie de la société industrielle avancée*, trad. fr. M. Wittig, Paris, Les Éditions de Minuit, coll. Arguments, 1968, pp. 145 et s.) ; S. Marks et A. Clapham, *International Human Rights Lexicon*, *op. cit.*, p. 35.

CHAPITRE II.
La réception juridique du concept de culture

56. Ayant identifié les principaux signifiés du terme de « culture », nous nous intéressons maintenant aux mécanismes permettant la réception de ces concepts en droit, ainsi qu'à leurs limites. L'objectif est de mettre en lumière la spécificité de l'analyse juridique de la culture. L'idée est d'étudier la manière dont le droit appréhende la culture avant d'identifier dans quel sens la culture peut constituer l'objet d'un droit fondamental.

Sont détaillées ici les conditions de l'appréhension par le système juridique du concept de culture, en précisant la spécificité que revêt l'image juridique de la culture (**Section I**), avant de relever les différentes notions juridiques de la culture dans le langage juridique (**Section II**).

Section I. – La spécificité du concept de culture comme concept juridique

57. L'« image juridique »[223] de la culture dans le droit à la culture est tout à fait particulière. Elle est en effet liée à la fonction spécifique que poursuit ce droit fondamental, inscrit dans un système juridique constitué d'un système de signes[224] et dont la vocation particulière est d'ordonner le réel afin de remplir certains besoins spécifiques et d'atteindre certaines valeurs comme la confiance ou la sécurité. Cette fonction du droit implique que le système juridique agit sur le mode prescriptif du devoir-être, et non sur un mode descriptif.

§1. *L'« image juridique » de la culture*

58. Les normes juridiques sont, en principe, des « prescriptions destinées à ordonner les relations sociales en imposant des

(223) L'expression est empruntée à Agnès Rabagny dans son livre *L'image juridique du monde. Apparence et réalité*, Paris, P.U.F., coll. Droit, éthique, société, 2003.

(224) G. Cornu, *Linguistique juridique*, 3e éd., Paris, Montchrestien, 2005, p. 3.

comportements déterminés dont le respect est assuré par l'autorité publique »[225].

Afin d'ordonner le réel, les exigences du conceptualisme juridique classique rendent nécessaire une opération de représentation : « le droit ne peut appréhender le monde sans déjà le rendre présent »[226]. Cette opération se fonde bien sûr sur une première perception de la réalité[227], mais elle mobilise également des mécanismes de construction, d'interprétation, d'unification et de simplification du réel[228]. C'est dans cette opération de conceptualisation du réel que réside la difficulté du raisonnement juridique, plus que dans l'opération qui conduit à attacher à cette réalité les conséquences juridiques qui en découlent logiquement[229] (sur ce point, d'ailleurs, le langage juridique actuel apparaît parfois bien éloigné des exigences du conceptualisme juridique classique).

59. Le passage de la description à la qualification juridique est encore compliqué lorsqu'il est fait usage de notions complexes, comme la notion de culture. En effet, dans ce cas, la construction de l'« image juridique » de la culture doit se fonder sur des représentations conceptualisées de ce phénomène alors qu'il échappe à toute définition univoque. La difficulté supplémentaire, s'agissant de la culture, est de se représenter la réalité d'un concept dont la fonction est précisément d'interroger le sens de cette réalité. Enfin un dernier obstacle réside dans le caractère multipolaire de certaines notions de culture, qui rassemblent et englobent des intérêts et idées opposés voire conflictuels. Or, comme Armin Von Bogdandy, notamment, le rappelle, « [f]rom a conceptual point of view, a juridical conceptualization that embraces opposing interests is

(225) J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1999, p. 39. Voy. également M. Tropper, *Pour une théorie générale de l'État*, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, p. 163.

(226) A. Rabagny, *L'image juridique du monde. Apparence et réalité*, *op. cit.*, pp. 63-66.

(227) E. Kant, *Critique de la raison pure*, 2e éd., Paris, P.U.F., p. 53.

(228) A. Rabagny, *L'image juridique du monde. Apparence et réalité*, *op. cit.*, pp. 63-66 ; P. Amselek, « L'interprétation à tort et à travers », in *Interprétation et droit*, P. Amselek (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 22-24.

(229) J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 292.

problematic since legal rationality requires that opposing poles be conceptualized by different notions »[230].

Ces difficultés conceptuelles inhérentes aux mécanismes juridiques de représentation et au concept de culture impliquent que l'image juridique de la culture ne pourra pas refléter la palette de nuance que renferme ce concept, analysée *supra*. Cette image juridique de la culture sera nécessairement simplifiée, rendue cohérente, voire matérialisée, pour que le droit puisse y exercer une prise. La culture sera souvent entendue dans une de ces acceptions, la plus évidente, la plus objectivée, pour que la règle de droit trouve facilement à s'appliquer[231]. Dès lors, lorsque la culture sera comprise plus « qualitativement », la notion posera rapidement problème, puisqu'elle postulera un jugement subjectif[232].

(230) A. Von Bogdandy, « The European Union as Situation, Executive, and Promoter of the International Law of Cultural Diversity – Elements of a Beautiful Friendship », *European Journal of International Law*, vol. 19, 2008, p. 275 citant en cela O. Lepsius, *Die Gegensatzaufhebende Begriffsbildung*, München, Beck, 1994, p. 146).

(231) D'ailleurs, lorsque le législateur tentera d'appréhender cette notion sous un aspect plus herméneutique, comme un lieu de l'incarnation du travail sur les significations, en mettant l'accent sur les pratiques qui font sens, la règle de droit ne manquera pas d'être critiquée pour son caractère vague. La légistique préfère en effet des notions stables, claires et précises. Ainsi, par exemple, le Conseil d'État a considéré qu'une définition de l'éducation permanente reposant sur ses dimensions critiques et expressives ne rencontrait pas l'exigence de clarté, jugeant l'expression de « connaissance critique des divers aspects de la réalité » trop floue. C.E., section de législation, avis n° 12.324/2 du 23 juin 1975, sur un avant-projet devenu le décret du 8 avril 1976 fixant les conditions de reconnaissance et d'octroi de subventions aux organisations d'éducation permanente des adultes en général et aux organisations de promotion socioculturelle des travailleurs : «Le style dans lequel le projet est rédigé amène le Conseil d'État à rappeler que l'objet d'un texte de loi est d'établir des normes qui doivent être formulées en des termes qui en permettent une interprétation sûre et aisée. Tel n'est pas le cas dans le présent projet. Outre le fait que celui-ci contient des développements dépourvus de caractère normatif, la plupart des articles utilisent des expressions dans une acception qui n'est empruntée ni au langage courant ni à la terminologie juridique [...]. On comprend difficilement [...] ce que signifie 'connaissance critique des divers aspects de la réalité'. Ces termes sont tellement vagues qu'il n'est pas possible de leur donner un sens précis qui permettrait d'en faire le fondement d'une norme » ; cité dans C.E., section de législation, avis n° 432-1, 19 mai 2003, sur l'avant-projet de décret relatif au soutien de l'action associative dans le champ de l'éducation permanente, *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 2002-2002, p. 37. Voy. également C.E., section de législation, avis n° 28.605/2 du 25 janvier 1999, sur l'avant-projet devenu le décret du 17 mai 1999 créant le Conseil supérieur de l'Éducation permanente, *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 1998-1999, n° 304/1, p. 10.

(232) J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 300.

60. Plus fondamentalement, on peut s'interroger sur la capacité d'un système prescriptif à appréhender la culture dans ses aspects les plus essentiels, qui sont le travail sur le sens des expériences humaines et sociales. Par ailleurs, le fonctionnement du système juridique, par essence « conservateur », et le caractère critique et expressif de la culture sont *a priori* contradictoires. L'antagonisme des logiques juridiques et culturelles rend l'appréhension juridique de la culture très complexe. Les possibilités d'action du droit à la culture sur le champ culturel sont ainsi limitées par son impossibilité à appréhender certains des aspects les plus fondamentaux du champ culturel.

§2. *La spécificité de l'« image juridique » de la culture dans le droit à la culture*

61. Dans l'introduction générale, les droits fondamentaux ont été définis. La nature singulière de ces droits est déterminée par leur finalité qui est de mettre à disposition de tous des ressources permettant de satisfaire des besoins fondamentaux(233).

Lorsque la culture est l'objet d'un droit fondamental, elle sera appréhendée dans certains de ses aspects et pas dans d'autres, suivant la nature particulière et la finalité spécifique des droits fondamentaux(234). Dans le cadre des droits de l'homme, en particulier, la notion de culture doit forcément être repensée à partir de l'individu(235).

62. Il faut donc admettre que certaines dimensions du concept de culture seront forcément absentes de l'image juridique et fonctionnelle de la culture comprise comme objet d'un droit fondamental. Parce que le système juridique a besoin de se représenter la

(233) P. Gérard, *L'esprit des droits. Philosophie des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 75.

(234) Par exemple, la définition de la culture donnée dans le cadre des travaux de l'UNESCO est difficilement appréhendable par le droit des droits de l'homme (P. Meyer-Bisch, « Définir les droits culturels », Document de travail n° 1, Séminaire *Pour une mise en œuvre des droits culturels. Nature, Enjeux, Défis*, Genève, 1 et 2 février 2010, p. 4, non publié).

(235) Une proposition dans ce sens a été formulée par le groupe de Fribourg, dans la Déclaration de Fribourg : « Le terme culture recouvre les valeurs, les croyances, les convictions, les traditions, institutions et modes de vie par lesquels une personne ou un groupe exprime son humanité et les significations qu'il donne à son existence et à son développement » (art. 2, a, Déclaration de Fribourg sur les droits culturels, http://www.unifr.ch/iiedh/fr/publications/declaration-de-fribourg). À notre sens cependant, cette définition reste impraticable au niveau juridique, comme nous le verrons par la suite.

réalité sous une forme stable et concrète, la notion de culture retenue pour le droit à la culture risque de se cantonner à des formes institutionnalisées d'œuvres, de pratiques ou d'expressions culturelles. Ainsi, il est révélateur de constater que la plupart des commentateurs du droit à la culture envisagent seulement deux[(236)] ou trois[(237)] acceptions du concept de « culture ». Ces limites conceptuelles et ces risques d'un rétrécissement excessif du concept de culture doivent être gardées à l'esprit dans l'étude du droit à la culture.

Section II. – Le concept de culture retenu

63. Parce qu'elle est spécifique au système juridique, l'image de la « culture » dans le droit à la culture recouvre forcément une connotation différente des autres acceptions dégagées lors de la première section. L'idée du présent paragraphe est d'identifier la conception de la culture « spécialisée »[(238)] que l'on retiendra dans la suite de cette thèse, et de déterminer la « charge juridique » particulière qui affecte le sens du concept de culture lorsqu'il est utilisé dans un contexte juridique[(239)], en tenant compte de l'arrière-plan culturel partagé[(240)].

(236) L. Prott, « Understanding One Another on Cultural Rights », *op. cit.*, p. 164 ; L. Prott, « Cultural Rights as People's Rights », in *The Rights of Peoples*, J. Crawford (dir.), Vol. I., Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 94-95.

(237) Voy., par exemple, R. Stavenhagen, « Cultural Rights : A Social Science Perspective », in *Cultural Rights and Wrongs. A Collection of Essays in Commemoration of the 50th Anniversary of the Universal Declaration on Human Rights*, *op. cit.*, pp. 4-5.

(238) Voy., sur les notions spécialisées, P. Jestaz, « Le langage et la force contraignante du droit », in *Le langage du droit*, L. Ingber (dir.), Bruxelles, Nemesis, 1991, p. 74 ; M. Dominicy, « La linguistique et le langage du droit », in *Le langage du droit*, *op. cit.*, p. 16 ; P. Lerat, *Les langues spécialisées*, Paris, P.U.F., coll. Linguistique nouvelle, 1995, p. 20 ; C. Chodkiewicz et G. Gross, « La description de la langue du droit au moyen des classes d'objet », in *Jurilinguistique : entre langues et droits/Jurilinguistics : Between Law and Language*, J.-C. Gémar et N. Kasirer (dir.), Bruxelles/Montréal, Bruylant/Thémis, 2005, p. 25 ; P. Lerat, « Le vocabulaire juridique entre langue et texte », in *Jurilinguistique : entre langues et droits*, *op. cit.*, pp. 68-69.

(239) J. Raz, *The Concept of a Legal System*, Oxford, Clarendon Press, 1970, p. 45.

(240) J.-C. Gémar, « Le plus- et le moins-disant culturel du texte juridique. Langue, culture et équivalence », *Meta*, 2002, n° 47/2, p. 163.

§ 1. *La culture en tant que notion de droit constitutionnel*

64. Si l'on envisage la culture comme l'ensemble des institutions sociales d'une société qui travaillent le sens (2e sens), la Constitution ne peut être conçue que comme un élément de la culture.

Lorsque la perspective est renversée, l'on constate qu'à l'intérieur du droit constitutionnel belge, le concept constitutionnel de culture vise plusieurs réalités sur lesquelles on reviendra par la suite. Retenons simplement que le concept de culture dans la Constitution belge apparaît comme un concept ouvert, à géométrie variable selon qu'il est envisagé dans les « matières culturelles » ou dans le « droit à l'épanouissement culturel »(241). Dans tous les cas, et particulièrement dans le cas du droit fondamental à la culture, le droit constitutionnel tend à se référer à un concept ouvert de la culture(242), comme en droit constitutionnel allemand où, selon Peter Häberle, est prise au sérieux la culture pour tous et la culture de tous comme une « grandeur empirique et une ligne directrice normative »(243).

§ 2. *La culture dans la présente thèse*

65. La présente thèse, qui vise à étudier le droit à la culture et se construit à partir du droit constitutionnel et du droit international des droits de l'homme, se structure autour d'une conception particulière de la culture, liée aux limites inhérentes à l'exercice de la thèse et, plus globalement, aux spécificités du système juridique.

(241) Voy. notamment, sur les matières culturelles, C. Behrendt, « Droits culturels et matières culturelles », in *Les droits culturels et sociaux des plus défavorisés*, *op. cit.*, pp. 271-273.

(242) P. Häberle, *L'État constitutionnel*, trad. fr. M. Roffi, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 2004, p. 195.

(243) La culture de la tradition et de l'instruction bourgeoises, la culture populaire, la culture de masse, les cultures alternatives, les sub-cultures et les contre-cultures rentrent alors dans la sphère culturelle qui est considérée, au sens large, comme un espace multiple et ouvert. C'est la structure pluraliste de la société qui implique ce concept ouvert de la culture. Peter Häberle pense que « la coexistence, l'échange, ainsi que la concurrence entre la 'Haute Culture', la culture populaire et la sub-culture, entre la culture de consommation et la culture active constituent une garantie de la diversité culturelle ». Et le droit constitutionnel peut assurer le développement de celle-ci, envisagée comme une valeur, pense Häberle, à travers la consécration et la mise en œuvre, dans un État fédéral, de la liberté culturelle, du pluralisme culturel et de la séparation culturelle des pouvoirs (P. Häberle, *L'État constitutionnel*, *op. cit.*, p. 196).

La notion de culture retenue est principalement fondée sur les troisième et quatrième dimensions de la culture présentées *supra*. Ainsi, la culture dans la présente thèse est appréhendée comme l'ensemble des pratiques qui ont pour thème le travail sur le sens des expériences humaines et sociales (englobant ainsi de la connaissance à la compréhension en passant par le jugement, l'expression et la création) (sens n° 3). Nous envisageons ces pratiques telles qu'elles s'expriment et s'objectivent dans le patrimoine et la démarche créative, dans des réalisations matérielles (patrimoine, œuvres), ou immatérielles (traditions, patrimoine immatériel) et dans l'initiation et la familiarisation à ce patrimoine et à cette création (sens n° 4).

66. Afin de déterminer précisément le régime juridique du droit à la culture et son effectivité, la présente thèse étudie les troisième et quatrième sphères de sens en les particularisant dans trois champs particuliers. Le premier champ concerne les politiques du patrimoine. Le deuxième concerne les politiques liées à la création et à sa diffusion. Enfin, le troisième a trait aux secteurs liés à l'éducation permanente et à la politique de la jeunesse. Forment donc l'objet de cette thèse l'ensemble des pratiques propres à faire sens et la familiarisation à ces pratiques qui se déroulent dans ces trois secteurs, notamment dans une série d'institutions culturelles (centres culturels, musées, bibliothèques etc.).

67. Le choix de ces trois champs particuliers tient à plusieurs motifs.

D'abord, ces trois champs déclinent chacun des finalités spécifiques qui reflètent de manière particulièrement pertinente les caractéristiques des « pratiques propres à faire sens » et les spécificités des pratiques, œuvres et patrimoines qui incarnent et forment le départ de ces pratiques aptes à faire sens. Ces champs particuliers ont donc été choisis parce qu'ils incarnent particulièrement bien le travail sur les sens des expériences humaines et sociales opéré plus largement par le secteur culturel. Ils constituent des vecteurs privilégiés des deux dimensions de la modernité culturelle. En outre, ils forment, à tout le moins en Belgique, un espace singulier de recherches sur le sens, de construction de l'identité et du lien social.

À l'intérieur de chacun de ces secteurs, sont à l'œuvre plusieurs types de politiques qui renvoient à autant de normes juridiques.

Dans le secteur du patrimoine, trois grandes missions sont assumées par les pouvoirs publics : la protection et la conservation du patrimoine, la diffusion de l'héritage culturel et la recherche scientifique relative à cet héritage. Les pouvoirs publics interviennent de diverses manières dans la création artistique : ils la promeuvent, la diffusent, règlent le statut des créateurs et des lieux de la création. Enfin, dans le secteur de l'éducation permanente, les pouvoirs publics assurent leur soutien aux associations d'éducation permanente, mais conduisent également une politique de la jeunesse et gèrent les secteurs de l'animation socio-culturelle.

Ces trois champs particuliers ont également été choisis parce qu'ils sont appréhendables par le système juridique, dans les limites posées dans la seconde section, en tant qu'objet et contenu d'une norme juridique. Ils sont en effet identifiables tant au niveau matériel qu'au niveau législatif. Ces trois secteurs reflètent un moyen terme entre une conception de la culture trop diffuse, et par là impraticable juridiquement, et une conception trop restrictive du phénomène culturel. Enfin, l'appréhension de la notion de culture à travers ces trois secteurs permet de dépasser l'apparent antagonisme entre un système juridique qui a nécessairement besoin de concepts stables et un concept de culture qui, lui, est par définition dynamique. En effet, ces trois secteurs partagent un objet relativement stable mais les politiques menées dans ces secteurs évoluent considérablement et les expressions culturelles qui en relèvent sont en perpétuel mouvement. Ainsi, il est possible de concilier les exigences de stabilité du système juridique et le dynamisme inhérent à la culture, sans trop brimer ce dernier en l'enfermant dans des définitions juridiques figées.

En outre, cette restriction à ces trois domaines en particulier se justifie également au regard de l'obligation de *standstill* sur laquelle la troisième partie de cette thèse est principalement fondée. Dans la mesure où la présente thèse tente d'appréhender le plus précisément possible l'effectivité du droit à la culture, notamment en étudiant l'application de l'obligation de *standstill* aux diverses obligations qui se déduisent du droit à la culture, une restriction à certains domaines s'avère nécessaire. En effet, l'obligation de *standstill*, comme on le verra dans la troisième partie, requiert de comparer un niveau de protection existant du droit à la culture dans un

champ particulier des politiques publiques au niveau de protection envisagé dans la législation actuelle ou en cours d'adoption. Afin d'effectuer cette opération de comparaison et de repérer les régressions et les progrès, l'étude des trois domaines susmentionnés des politiques publiques culturelles apparaît largement suffisant. De plus, ces trois domaines des politiques publiques culturelles sont bien développés en Communauté française et ont fait l'objet de plusieurs législations et réglementations successives opérant des changements majeurs et offrant donc des perspectives d'application riches pour l'étude de l'application de l'obligation de *standstill* au droit à la culture.

Plus pragmatiquement, le choix de ces trois champs répond également à la volonté de rendre praticable une étude cohérente du concept de « matière culturelle » inscrit dans la Constitution belge. Parce que ce concept de matières culturelles est polymorphe, il apparaît recouvrir des réalités trop vastes et différentes pour être étudié en profondeur. Dès lors, un « noyau dur » a été identifié au sein de ce concept extensible de « matières culturelles » autour duquel gravitent des cercles concentriques intimement liés à ce noyau dur mais néanmoins distinguables. Fondamentalement, les matières culturelles visent premièrement les secteurs de la création artistique, de la diffusion de cette création et de l'animation et de l'éducation qui sont organisés autour de la création artistique (voy. *infra*). Certaines matières culturelles, comme les médias ou la recherche scientifique, forment des ensembles de matières relativement périphériques par rapport à la création artistique, et ne seront étudiées qu'en ce qu'elles se rapportent, d'une manière ou d'une autre, à ces pratiques propres à faire sens que sont la création et le patrimoine. Ainsi, les médias ne sont abordés dans la présente thèse qu'en ce qui concerne la création audiovisuelle ou cinématographique ou en ce qui concerne, de manière incidente, leur statut de vecteur de diffusion de la culture.

Conclusions du Chapitre II

68. Le présent chapitre s'est concentré sur la définition de la culture dans le cadre du système juridique et plus précisément du droit à la culture. Ce chapitre a également esquissé le cadre d'une appréhension de la culture par le droit des droits fondamentaux.

69. Dans un premier temps, les spécificités de la notion de culture dans le système juridique ont été identifiées. Ces spécificités tiennent aux particularités du langage juridique. Ce langage et les opérations de conceptualisation qu'il implique ont en effet pour particularité d'être destinés à ordonner le réel sur un mode prescriptif.

En raison de ces spécificités et parce que le phénomène culturel est particulièrement difficile à conceptualiser, l'« image juridique » de la culture ne peut pas correspondre aux notions de culture dégagées dans le premier chapitre. Elle n'en reflète que certains aspects.

Par ailleurs, les droits fondamentaux forment un corps spécifique de normes, répondant à une fonction particulière : celle de garantir à tous les individus un ensemble de ressources. L'« image juridique » de la culture qui est utilisée dans ce cadre singulier est évidemment liée à cette fonction. Ainsi, en raison des caractéristiques inhérentes aux droits fondamentaux, la notion de culture dans le droit à la culture ne correspond qu'à une partie des acceptions de la culture dégagées *supra*.

70. Dans un deuxième temps, la conception de la culture retenue pour la suite de la thèse a été précisée. Dans le cadre du présent ouvrage, sont ainsi particulièrement étudiés les champs de l'action culturelle en matière de patrimoine, de création artistique et d'éducation permanente/animation socio-culturelle.

Conclusions du Titre I

71. Ce titre avait pour objet d'identifier la portée du concept de culture et de délimiter les conditions de la réception de ce concept par le système juridique et le droit des droits fondamentaux. Le but était d'identifier les concepts à l'œuvre dans le droit à la culture et à partir desquels peut s'ancrer le régime juridique de ce droit.

72. Dans le premier chapitre, l'étude des différentes acceptions du concept de culture a montré que la caractéristique principale de ce concept réside dans son rapport avec le travail sur les sens des expériences humaines et sociales qu'il construit, remet en question et incarne.

Dans un premier sens, la culture est ce qui distingue le mode d'être spécifique de l'être humain de celui du monde animal. Dans un deuxième sens, la culture est ce qui particularise cette condition humaine dans une société donnée. Dans un troisième sens, la culture désigne un des systèmes qui, à l'intérieur de la culture de la société, regroupe l'ensemble des pratiques qui ont pour objet thématique le travail sur le sens des expériences humaines et sociales et qui regroupe les moyens formels de conceptualisation de ces expériences comme la connaissance, le jugement, l'expression, la compréhension, la création. Elles s'ancrent dans des identités particulières et dans une société donnée (sens n° 2) mais renvoient inévitablement à des questionnements universels (sens n° 1). Enfin, dans une quatrième acception, la culture se confond avec la création et les patrimoines avec les processus de cette création et du patrimoine et leurs lieux. Elle met en valeur les deux dimensions de la culture de la modernité : la posture critique et l'expressivité. La participation aux pratiques propres à faire sens (sens n° 3), passe par la familiarisation perspicace aux œuvres et aux traditions ainsi que par l'initiation à la démarche créative. Ainsi, œuvres et patrimoines doivent être considérés comme l'expression du travail sur le sens des expériences humaines et sociales mais également comme les assises concrètes à partir desquelles peut se réaliser ce travail abstrait de travail sur le sens.

De cette conception de la culture découle immédiatement la compréhension de son importance pour chaque individu. La culture, entendue comme « réservoir de sens » est un facteur déterminant de l'inclusion de l'individu, de son épanouissement et du développement de ses capabilités. La participation à la culture permet l'épanouissement de la personnalité de chaque individu, le développement de ses facultés de création, de ses capacités de compréhension, de sa sensibilité.

73. On a rappelé, dans le second chapitre, que la réception des concepts de culture en droit est fonction des spécificités du système juridique. Dès lors, l'« image juridique » apparaîtra forcément restrictive par rapport aux concepts de culture dégagés dans le premier chapitre. L'« image juridique » de la culture peut ainsi ne refléter que certains aspects de cette notion.

Le droit à la culture présentera une réalité juridique tout à fait différente selon que la culture sera cantonnée aux institutions culturelles et aux pratiques culturelles ou à la culture considérée comme la société. Lorsque le droit à la culture s'étend à la culture entendue dans le sens n° 2, le droit à la culture concernera le droit des peuples et des communautés à assurer librement leur développement culturel et le développement de leurs identités. C'est, selon nous, le fameux « droit à sa culture » qui se développe en droit international. C'est également le droit des minorités et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, qui comprend le droit des peuples d'assurer librement leur développement culturel. Lorsque, par contre, le droit à la culture s'entend en référence aux sens n° 3 et n° 4, il s'agit d'un droit individuel de participer à la vie culturelle (qui permet, *in fine*, de participer à la recherche du sens des expériences humaines et sociales (la culture au sens n° 3)). La présente thèse est tout entière consacrée à ce droit particulier et non pas au droit collectif des peuples d'assurer leur développement notamment culturel.

74. Enfin, nous avons identifié les champs que nous étudierons dans la présente thèse : le patrimoine, qui englobe l'ensemble des traditions, des pratiques et des œuvres héritées du passé et les méthodes visant à transmettre ces traditions, pratiques et œuvres et à les comprendre ; la création, qui concerne à la fois les méthodes, les lieux et les résultats des processus créatifs contemporains (en ce compris la formation artistique, la médiation et les différents

processus de familiarisation et d'initiation à la création) ; les secteurs de la démocratie culturelle et de la démocratisation culturelle (l'éducation permanente, les bibliothèques publiques, la politique de la jeunesse et l'animation socio-culturelle). Ces secteurs concernent en effet des pratiques qui ont particulièrement pour objet le travail sur le sens des expériences sociales et humaines. Les pratiques à l'œuvre dans ces secteurs rendent en effet particulièrement signifiantes ces expériences en regroupant des moyens particuliers de conceptualisation comme la connaissance, la compréhension et le jugement mais aussi l'expression et la création. Ces trois secteurs aboutissent à la création d'œuvres et de traditions qui doivent être considérées comme étant l'incarnation du travail sur le sens mais également comme les fondements concrets à partir desquels se réalise la recherche abstraite sur le sens. En outre, ce sont les champs de la culture qui sont praticables en termes juridiques.

TITRE II.
LA LÉGITIMITÉ DES POLITIQUES CULTURELLES

Introduction

75. Reconnaître un droit à la culture implique forcément de reconnaître la légitimité d'une implication, directe ou indirecte, de l'État dans le secteur culturel, à travers la mise en œuvre d'obligations positives découlant du droit à la culture. Par conséquent, pour identifier les fondations théoriques du droit à la culture, il faut identifier les fondements axiologiques des politiques culturelles. Ce titre, dont l'objectif est d'interroger la légitimité des politiques culturelles au plan éthique, doit évidemment être lu dans le prolongement du titre précédent. En effet, il existe un lien indissociable entre la conception de la culture d'une société et l'action culturelle que cette société déploie[244].

76. Les fondements axiologiques de l'action culturelle publique qui seront identifiés ici doivent se combiner avec les libertés culturelles qui imposent aux pouvoirs publics une obligation d'abstention. De la même manière, les composantes du droit à la culture, qui attribuent aux pouvoirs publics l'obligation d'adopter des mesures en vue de favoriser la participation et l'accès à la culture[245], doivent être équilibrées avec les obligations négatives de l'État de ne pas s'ingérer dans l'exercice des libertés culturelles[246].

77. La discussion des fondements axiologiques des politiques culturelles doit être réalisée à partir des théories de la justice qui ont été développées en philosophie politique et qui indiquent dans quelle mesure une action de l'État est juste. Dans le cadre de cette thèse, nous ne pourrons pas aborder l'ensemble des théories de la justice qui ont été développées. En raison de l'omniprésence dans le discours politique (et notamment dans les discussions sur les politiques culturelles) de la philosophie politique

(244) G. Grandmont, « Réflexions sur les enjeux et défis des politiques culturelles publiques », *op. cit.*, p. 26.

(245) Particulièrement si les mécanismes privés ne permettent pas de garantir une participation et un accès suffisant à tous.

(246) Les libertés culturelles sont détaillées dans la deuxième partie de la thèse.

anglo-saxonne, nous analyserons d'abord les théories libérales de la justice, qui se structurent autour du principe de neutralité et de distribution[247], avant d'en identifier les limites et les faiblesses, à la lumière d'autres courants de pensée et d'autres rationalités, comme la rationalité herméneutique (**Chapitre I**). Seront analysés le libéralisme « classique » et le libéralisme « perfectionniste » (c'est-à-dire un libéralisme qui admet, dans une certaine mesure, une définition du bien commun, et une organisation de la « bonne société », prompte à permettre aux hommes de réaliser leur vraie nature en déterminant des buts collectifs afin d'atteindre cet objectif)[248].

Ensuite, nous chercherons à étayer la légitimité des politiques culturelles avec des fondements plus positifs. Le second chapitre est consacré à une réflexion sur les modèles de pensée qui ont explicitement et spécifiquement légitimé le rôle des pouvoirs publics dans

(247) Ainsi, les discussions les plus élaborées et les plus connues sur la question du rôle de l'État dans la culture émanent la plupart du temps d'auteurs libéraux. En effet, trop souvent, les auteurs qui ne relèvent pas du champ libéral se contentent d'arguments perfectionnistes souvent superficiels en se limitant à rappeler la valeur intrinsèque de l'art, par exemple. Si nous nous intéressons particulièrement à la littérature anglo-saxonne, c'est précisément parce que, contrairement à de nombreux pays, la mise en place de politiques culturelles n'a rien d'évident dans les pays anglo-saxons (A. H. Levy, *Government and the Arts. Debates over Federal Support of the Arts in America from George Washington to Jesse Helms*, New York, University Press of America, 1997, p. 9). Pour mettre sur pied le soutien public aux arts ou des mesures de protection du patrimoine, un débat politique, philosophique et médiatique de grande ampleur a eu lieu. Ce débat a permis de passer en revue toute une série de motifs qui fondent l'intervention publique dans les arts.

(248) Voy. la définition de Thomas Hurka (*Perfectionism*, New York, Oxford University Press, 1993, p. 3) : perfectionism « starts from an account of the good human life, or the intrinsically desirable life. And it characterizes this life in a distinctive way. Certain properties, it says, constitute human nature or are definitive of humanity – they make humans human. The good life, it then says, develops these properties to a high degree or realizes what is central to human nature. Different versions of the theory may disagree about what the relevant properties are and so disagree about the content of the good life. But they share the foundational idea that what is good, ultimately, is the development of human nature ».

Voy. également, pour une définition du perfectionnisme, J. Waldron, « Autonomy and Perfectionism in Raz's *Morality of Freedom* », *S. Cal. L. Rev.*, 1989, n° 3-4, p. 1102 : « the view that legislators and officials may consider what is good and valuable in life and what is ignoble and depraved when drafting the laws and setting the framework for social and personal relationships ».

les arts et dans la culture en se fondant sur leur importance fondamentale pour la démocratie[249] (**Chapitre II**)[250].

(249) Comme nous le verrons, ces modèles de pensée ont particulièrement repensé les rapports entre l'individu, les cultures et l'État, en se départissant des positions libérales « orthodoxes ». En effet, le libéralisme politique « orthodoxe », essentiellement conçu comme un modèle s'adressant à des individus et en prenant l'option de les traiter de manière équivalente sans tenir compte de leurs identités culturelles, n'est pas très perméable aux revendications liées à la diversité culturelle et aux différences culturelles.

(250) La structure du présent titre est donc fondée sur les différences fondamentales entre les systèmes de pensée reposant sur la neutralité et sur la justice comme distribution et les systèmes qui ne sont pas fondamentalement structurés sur les deux fondements.

CHAPITRE I.

L'existence et la pertinence de justifications libérales des politiques culturelles

Introduction

78. Avant d'analyser plus en profondeur les arguments théoriques autour de l'intervention publique dans les arts, un rappel du contexte dans lequel ces débats s'inscrivent s'impose. Les réflexions des auteurs libéraux analysés, principalement américains, se développent au sein d'une société qui maintient une attitude ambivalente à l'égard de la valeur et du rôle de la culture et des arts dans la société. Par ailleurs, de très nombreuses polémiques politiques ont animé la question du soutien public aux arts aux États-Unis(251) et continuent d'affecter, d'une manière ou d'une autre, les réflexions théoriques des auteurs sur cette question.

La polémique la plus importante concerne les « culture wars » qui se sont déchaînées autour de l'action du *National Endowment for the Arts* (N.E.A.) et, dans une moindre mesure, des agences des États de soutien aux arts(252). Le N.E.A. a été créé en 1965 par le

(251) Voy. A. H. Levy, *Government and the Arts. Debates over Federal Support of the Arts in America from George Washington to Jesse Helms*, *op. cit.*, p. 9 ; J. L. Darraby, *Art, Artifact, and Architecture Law*, Vol. II, Eagan, Thomson West, 2004, pp. 111-115 ; M.C. Cummings Jr., « Government and the Arts : An Overview », in *Public Money and the Muse. Essays on Government Funding for the Arts*, S. Benedict (dir.), New York/London, W.W. Norton & Company, 1991, pp. 31-32. Les grandes polémiques autour des premières commandes du gouvernement américain ont également largement contribué à la désaffection du gouvernement pour les arts (M.C. Cummings Jr., « Government and the Arts : An Overview », *op. cit.*, pp. 32-37). Voy. également, sur les organisations non lucratives privées qui étaient les seules, pendant longtemps, à apporter leur soutien à la « Haute Culture » alors que le marché s'emparait de la culture populaire et que l'appareil étatique restait passif face à la culture, S. Toepler, « Culture, Commerce and Civil Society, Rethinking Support for the Arts, Administration & Society », *Administration & Society*, 2001, Vol. 33, n° 5, pp. 508-515 ; J. Hochban, « Serving Public Needs Through non profit organizations : Alternatives to Government intervention », *American Behavorial Scientist*, 1981, n° 24, pp. 545-572.

(252) J. L. Darraby, *Art, Artifact, and Architecture Law*, *op. cit.*, pp. 111-115.

biais de la *National Foundation on the Arts and the Humanities Act* de 1965[253]. Cette législation est unique en son genre : pour la première fois dans l'histoire des États-Unis[254], une agence publique est totalement et uniquement dédiée au soutien aux arts – et pas à la lutte contre le chômage des artistes ou à la mise en place de la propagande « artistique » internationale contre le communisme –. Le but du National Endowment for the Arts (N.E.A.) est de soutenir le secteur de la création, de rendre les arts plus accessibles aux Américains, de préserver l'héritage culturel de la nation et d'encourager le développement créatif des talents les plus importants de la nation[255]. Sous la présidence de John Frohnmayer, une violente polémique éclate autour des expositions des œuvres très controversées de Robert Mapplethorpe[256] et d'André Serrano[257], organisées

(253) *National Foundation on the Arts and the Humanities Act* of 1965, Publ. L. No. 89-209, 79 Stat. 845 (1965) (codifié en tant que 20 U.S.C.A. §§ 951-968, West 2000). Les travaux préparatoires de cette loi ont été lancés sous la présidence de Kennedy, influencé par Arthur Schlesinger.

(254) Voy., sur les politiques « artistiques » du New Deal, L. D. Duboff et C. O. King, *Art Law in a Nutshell*, 3rd ed., St. Paul, West Group, 2000, p. 132 ; M. C. Cummings Jr., « Government and the Arts : An Overview », *op. cit.*, p. 41.

(255) L. D. Duboff et C. O. King, *Art Law in a Nutshell*, *op. cit.*, p. 134.

(256) Robert Mapplethorpe est un photographe célèbre pour ses portraits qui ont immortalisé le mouvement gay des années septante. Il est décédé du sida avant que la polémique sur ses œuvres n'ait lieu. Bien que travaillant sur des sujets très controversés (notamment en cultivant la multivalence de son travail quant aux thèmes du racisme et de la sexualité) et suscitant diverses appréciations dans la critique, la qualité de son travail et son sérieux ont été unanimement reconnus. L'exposition rétrospective « The Perfect Moment », qui a été rendue possible notamment par l'utilisation de fonds publics, a profondément choqué une certaine Amérique par la représentation de relations hétérosexuelles et homosexuelles entre des hommes et femmes blancs et noirs. Voy. S. C. Dubin, « The Trials of Robert Mapplethorpe », in *Suspended Licence. Censorship and the Visual Arts*, E. C. Childs (dir.), Seattle and Boston, University of Washington Press, pp. 366-389 ; R. K. Newman, « From Madison to Mapplethorpe », in *The New Gatekeepers. Emerging Challenges to Free Expression in the Arts*, New York, Columbia University, 2003, pp. 18-33.

(257) André Serrano est un artiste dont les œuvres ont également suscité l'indignation menant aux « culture wars ». Sa photographie « Piss Christ », que le N.E.A. avait financée, représentait une statuette du Christ immergée dans un bocal d'urine. La polémique a également été alimentée par les installations de Dread Scott, qui utilisait le drapeau américain comme élément de ses œuvres. Soulignons que, de manière totalement anachronique, cette polémique autour de « Piss Christ » est resurgie récemment lors d'une exposition à Avignon. L'œuvre a été vandalisée lors de cette exposition par des intégristes catholiques.

par des associations financées par des fonds publics[258]. En 1989, les sénateurs Jesse Helms et Dick Armey obtiennent du Congrès que soit interdite l'exposition de Mapplethorpe à la galerie Corcoran de Washington. Ils veulent également imposer aux artistes subventionnés des restrictions quant au contenu de leurs œuvres[259]. Finalement, une action judiciaire menée par plusieurs artistes aboutit à une déclaration d'inconstitutionnalité de l'amendement Helms[260], qui cadenassait l'expression artistique subventionnée. Cette crise politique violente et ses soubresauts constituent la toile de fonds des réflexions théoriques abordées *infra* dont il ne faut pas sous-estimer l'influence sur les auteurs analysés, leur conception de la culture et leur idée du rôle des pouvoirs publics dans ce domaine.

79. Au regard de ce contexte, ce sont les théories libérales de la justice qui sont étudiées dans ce chapitre. Sans analyser en profondeur le *libertarisme*, qui exclut toute possibilité d'une intervention de l'État dans la culture, et qui rend impossible la réalisation d'un droit à la culture[261], la réflexion se structurera autour des auteurs du *libéralisme politique* afin d'identifier quelles justifications ce

(258) A. H. Levy, *Government and the Arts. Debates over Federal Support of the Arts in America from George Washington to Jesse Helms*, *op. cit.*

(259) L'amendement qu'a proposé le sénateur Helms interdisait toute utilisation de fonds publics qui a pour effet de « promote, disseminate, or produce obscene or indecent materials, including but not limited to depictions of sadomasochism, homoeroticism, the exploitation of children, or individuals engaged in sexual acts ; or material which denigrates the objects or beliefs of the adherents of a particular religion or non religion ». Le sénateur Helms désirait aussi diminuer le budget accordé au N.E.A. de 45.000 dollars et supprimer le soutien aux deux institutions qui ont soutenu Robert Mapplethorpe. Finalement, le Congrès refusa de diminuer son soutien aux institutions et adopta une version adoucie de l'amendement du sénateur Helms. Subsistait cependant l'obligation pour l'agence fédérale N.E.A. de prévenir le Congrès de toute décision d'allocation de subvention et l'interdiction de toute subvention à des formes d'art obscènes (M.C. Cummings Jr., « Government and the Arts : An Overview », *op. cit.*, pp. 65-79).

(260) Les « NEA four » (Karen Finley, John Fleck, Tim Miller et Holly Hughes) ont obtenu en 1992 l'invalidation de la « clause de décence ». En 1993, ils ont obtenu le réexamen de leurs candidatures qui avaient été écartées sur des motifs politiques (US Supreme Court, *National Endowment for the Arts v. Finley*, 524 U.S. 569 (1998)).

(261) Voy. W. Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy : An Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 1990, pp. 65 et 97 et A. S. Greene, « Government of the Good », *Vanderbilt Law Review*, janvier 2000, n° 53, pp. 8-10. Dans le libertarisme, les seuls mécanismes de rémunération de la culture et de la création admis sont les mécanismes d'ordres privé et individuel comme les droits d'auteur.

système de pensée peut fournir aux politiques culturelles, même si, en raison de la priorité accordée au principe de neutralité, ce modèle ne semble pas *a priori* favorable aux politiques culturelles[(262)]. Nous verrons dans quelle mesure ce modèle permet de légitimer une intervention de l'État dans le secteur culturel, sur la base des théories de justice et des biens publics (**Section I**). Dans une seconde section, nous analysons la validité de ce système de pensée en matière culturelle et la restriction des politiques culturelles qu'il implique (**Section II**).

Section I. – Le rôle de l'État dans la culture d'un point de vue libéral

80. Cette section vise à démontrer qu'il est possible, à certaines conditions, de trouver des fondements libéraux à une intervention de l'État dans la culture. Ces fondements sont plus aisément identifiables en ce qui concerne l'éducation artistique, la démocratisation de la culture ou l'éducation permanente, aisément rattachables à la mission de l'État en matière éducative[(263)]. Il est vrai que le soutien public à la création reste, quant à lui, plus difficile à justifier dans ce cadre de pensée[(264)].

81. Dans un premier temps, les principes fondateurs du libéralisme politique sont brièvement rappelés (**§ 1**). Dans un second temps, ces principes sont confrontés à la question du soutien public à la culture (**§ 2**). À notre sens, il est possible de trouver certains fondements pour justifier l'intervention de l'État dans la culture, que cette intervention soit dirigée vers la conservation du patrimoine ou vers le soutien à la création contemporaine, qui respectent les exigences du libéralisme[(265)] mais dont la portée est fragilisée en raison du principe de neutralité.

---

(262) A. M. Melzer, J. Weinberger et M. R. Zinman, « Introduction : Democracy and the Arts », in *Democracy and the Arts*, A. M. Melzer, J. Weinberger et M. R. Zinman (dir.), Ithaca/London, Cornell University Press, 1999, pp. 2-5.

(263) H. Brighouse, « Neutrality, Publicity, and State Funding of the Arts », *Philosophy and Public Affairs*, 1995, Vol. 24, p. 36.

(264) N. Carroll, « Can Government Funding of the Arts Be Justified Theoretically ? », *Journal of Aesthetic Education*, 1987, Vol. 21, n° 1, pp. 21-23 ; H. Brighouse, « Neutrality, Publicity, and State Funding of the Arts », *op. cit.*, p. 36.

(265) On verra cependant que leur nombre est limité et que l'ensemble des arguments découlant du « libéralisme perfectionniste », qui fondent

§ 1. *Les fondements du libéralisme et les politiques culturelles*

> *« God help the government that meddles with art »*[(266)].
>
> *« Les nations démocratiques [...] préfèreront habituellement l'utile au beau, et elles voudront que le beau soit utile »*[(267)].

82. De manière générale, on peut résumer la pensée libérale[(268)] comme suit. Partant du constat de l'existence, dans nos sociétés, d'un pluralisme irrémédiable des conceptions de la « vie bonne », les penseurs libéraux tentent d'organiser la société d'une manière telle qu'elle permet à chacun d'avoir les moyens de réaliser sa conception de la « vie bonne ». Ils s'opposent aux philosophies dites « perfectionnistes », qui organisent une « bonne société » prompte à permettre aux hommes de réaliser leur vraie nature en déterminant des buts collectifs afin d'atteindre cet objectif.

Le libéralisme est une philosophie procédurale, reposant sur une méthodologie fondée sur l'idée de *neutralité*[(269)]. Le principe de neutralité se situe d'abord sur un plan « axiologique » : le libéralisme repose sur « la possibilité d'autonomie d'une rationalité formelle et procédurale par rapport à une (ir-)rationnalité substantielle et téléologique »[(270)]. La neutralité axiologique limite donc l'entreprise du

---

l'intervention de l'État dans la culture sur des arguments comme la valeur intrinsèque des arts, le besoin du beau ou d'art ou encore les risques liés au marché, doivent être exclus au sein d'un système libéral puisqu'ils sont difficilement conciliables avec l'exigence de neutralité.

(266) Lord Melburne, Premier ministre anglais, 1830, cité dans M. C. Cummings Jr., « Government and the Arts : An Overview », *op. cit.*, p. 37.

(267) A. de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, 14e éd., Vol. III, Paris, Michel Levy Frères, 1864, Chapitre XI, p. 77.

(268) Le libéralisme politique se fonde sur des théories très diverses et des raisonnements complexes. Le but de notre analyse n'est pas de présenter tous les principes du libéralisme politique, tâche par ailleurs éminemment complexe (S. P. Young, *Beyond Rawls. An Analysis of the Concept of Political Liberalism*, New York/Oxford, University Press of America, 2002, pp. 24-26) mais d'en fournir un aperçu, de manière à appréhender plus finement les controverses que le libéralisme politique soulève quant à la justification de l'intervention publique dans les arts et d'étayer l'hypothèse posée dans l'introduction.

(269) P. Van Parijs, *Qu'est qu'une société juste ? Introduction à la pratique de la philosophie politique*, Paris, Seuil, 1991, p. 244.

(270) G. de Stexhe, « La neutralité et la distribution comme justice ? Questions au libéralisme solidariste de Philippe Van Parijs », *Revue philosophique*

libéralisme politique à la recherche d'une cohérence, formelle, entre des intuitions et des principes généraux[271], et exclut que le philosophe formule des critiques substantielles sur la réalité. Le libéralisme politique repose également sur une neutralité « éthique », qui permet aux libéraux de distinguer entre le « juste », qui relève du politique, et le « bon », qui relève du domaine de l'éthique[272]. Michael Sandel résume de façon lumineuse l'essence de la « conception libérale » :

> « [...] une société juste ne cherche à promouvoir aucun projet particulier mais donne l'occasion à ses citoyens de poursuivre leurs objectifs propres, dans la mesure où ceux-ci sont compatibles avec une liberté égale pour tous ; par conséquent, cette société doit se guider sur des principes qui ne présupposent aucune idée du bien. La justification de ces principes régulateurs n'est pas qu'ils maximisent le bien-être général, qu'ils cultivent la vertu ou qu'ils promeuvent le bien de quelque autre manière, mais plutôt qu'ils sont conformes au concept du *juste*, une catégorie morale qui se voit attribuer une préséance et une indépendance par rapport au bien »[273].

Envisagé de manière orthodoxe, le principe de neutralité exclut toute forme d'intervention publique dans la culture[274]. Ainsi, pour

de Louvain, 1995, pp. 501-502. Voy. également F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 503.

(271) Cette restriction est justifiée, par les libéraux, par le refus de toute « compétence normative » chez le philosophe. Celui-ci doit exclure l'hétéronomie qu'impliquerait une raison métaphysique visant à établir des normes et se concentrer uniquement sur la spontanéité « dûment clarifiée » (G. de Stexhe, « La neutralité et la distribution comme justice ? Questions au libéralisme solidariste de Philippe Van Parijs », *op. cit.*, p. 504).

(272) Voy. notamment J. Rawls, *Théorie de la justice*, trad. fr. C. Audard, Paris, Seuil, 1987, p. 30.

(273) M. J. Sandel, « La république procédurale et le moi désengagé », in *Libéraux et communautariens. Textes réunis et présentés*, A. Berten, P. Da Silveira et H. Pourtois, Paris, P.U.F., coll. Philosophie morale, 1997, p. 504. Voy. également M. J. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, p. 9 ; C. M. Macleod, *Liberalism, Justice, and Markets. A Critique of Liberal Equality*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 187-192.

(274) Soulignons cependant que, au sein même du libéralisme politique, des auteurs comme John Rawls se sont progressivement défaits d'une conception « pure » de la neutralité (P. Van Parijs, *Qu'est ce qu'une société juste ? Introduction à la pratique de la philosophie politique*, *op. cit.*, p. 218). Rawls lui-même est revenu sur sa conception de la neutralité à l'occasion des écrits ultérieurs à sa *Théorie de la justice*. En effet, dans *Justice as Fairness : A Restatement*, le « second Rawls » a reconsidéré sa conception des « biens premiers », qu'il avait défini comme un

Rawls, « The principles of justice do not permit subsidizing universities and institutes, operas and the theatre, on the grounds that these institutions are intrinsically valuable »[(275)]. Le libéralisme politique interdit donc d'appréhender la valeur intrinsèque des arts et de la culture. Par conséquent, les justifications libérales de l'intervention dans les arts trouveront des fondements extrinsèques : qu'ils soient d'ordres économique, social ou environnemental[(276)].

Le libéralisme postule également le principe *de primauté des libertés individuelles sur le bien commun et l'exclusion de tout perfectionnisme*. Comme Dworkin le rappelle, « since the citizens of a society differ in their conceptions, the government fails to respect them as equals if it prefers one conception to the other, either because the officials believe that one is intrinsically superior or because one is held by the more numerous or more powerful group »[(277)]. Il faut donc considérer que chaque individu détient en théorie un droit de veto à l'encontre des décisions qui le priveraient de l'exercice de certaines libertés, sauf pour ce qui concerne les décisions découlant des principes de justice (voy. *infra*)[(278)]. Il se déduit de cette primauté des libertés individuelles sur le bien commun que la réalisation des buts réputés non neutres – hors des exigences de justice – ne peut donc se faire que par la voie du principe de libre association, c'est-à-dire hors de l'appareil de l'État[(279)].

Enfin, le libéralisme politique implique une *définition procédurale des principes de justice* : « les principes de justice qui spécifient [les] droits individuels ne peuvent postuler aucune conception particulière de la vie bonne (ce qui l'oppose aux conceptions téléologiques

ensemble de biens neutres dont la justice postule la distribution. Il les a redéfinis de manière politique (c'est-à-dire moins neutre), postulant que ces biens doivent permettre la participation à l'échange social, qui est la seule manière de réussir l'existence humaine (voy. J. Rawls, *Justice as Fairness : A Restatement*, Cambridge, Harvard University Press, 2001, p. 152).

(275) J. Rawls, *A Theory of Justice*, 4th ed., Cambridge, Harvard University Press, 1999, pp. 328-329.

(276) R. Brustein, « Democracy and Culture », in *Democracy and the Arts*, *op. cit.*, p. 19.

(277) R. Dworkin, « Liberalism », in *Public and Private Morality*, S. Hampshire (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 1978, p. 127.

(278) S. Black, « Revisionist Liberalism and the Decline of Culture », *Ethics*, janvier 1992, Vol. 102, n° 2, pp. 250-251.

(279) J. Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, pp. 325-326.

en général) »[280]. C'est Rawls qui a présenté la théorie libérale la plus aboutie – et la plus discutée[281] – de ces principes de justice[282]. Pour Rawls, les structures de base doivent organiser la société[283] de manière à répartir les biens « primaires », c'est-à-dire les biens neutres qui sont nécessaires à la réalisation de n'importe quelle conception de la vie bonne et qui regroupent certaines libertés fondamentales, les chances d'accès aux diverses fonctions et positions, les prérogatives et pouvoirs attachés à ces fonctions et positions, la richesse et le revenu, et, enfin, les bases sociales du respect de soi[284]. Afin d'identifier les principes de justice, Rawls imagine une procédure structurée autour du célèbre « voile d'ignorance »[285]. Cette « position originelle » nous invite « à imaginer les principes que nous choisirions pour organiser notre société, sachant que nous devons les choisir à l'avance, avant d'avoir la moindre idée de l'individu particulier que nous serions en son sein – riche ou pauvre, fort ou faible, chanceux ou malchanceux –, préalablement à toute indication quant aux intérêts, aux buts ou aux conceptions du bien qui caractériseraient cet individu »[286].

Rawls postule que les principes de justice que les individus impartiaux adoptent en vertu du « voile d'ignorance » vont se concentrer d'abord sur la protection de la primauté des libertés individuelles. Il considère également que la procédure du voile d'ignorance poussera

(280) M. J. Sandel, « La république procédurale et le moi désengagé », *op. cit.*, p. 257.

(281) Notamment pour le rejet des « nouveaux droits », en raison de la priorité accordée à l'égalité et à la conception restrictive de la justice. Voy. M. Deveaux, « Normative liberal theory and the bifurcation of human rights », *Ethics & Global Politics*, 2009, Vol. 2, n° 3, pp. 171-191.

(282) Nous envisageons cependant en priorité ce théoricien parce que c'est en réaction à ses écrits qu'ont été formulées les justifications les plus intéressantes du soutien public aux arts. Pour un aperçu complet des théories de la justice, voy. D. D. Raphael, *Concepts of Justice*, Oxford, Clarendon Press, 2001, 250 pp.

(283) Conçue comme une « coopération en vue de l'avantage mutuel ».

(284) J. Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, p. 192. Le « second Rawls » y ajoute également : « [...] le libre choix d'une occupation dans un contexte social offrant des possibilités diverses, possibilités permettant de chercher à réaliser une variété de fins et de mettre en œuvre les décisions de révision et de modification de ces fins » (J. Rawls, *La justice comme équité : une reformulation de Théorie de la justice*, Paris, La Découverte, 2003, p. 90).

(285) J. Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, pp. 120-140.

(286) M. J. Sandel, « La république procédurale et le moi désengagé », *op. cit.*, p. 262. Voy. J. Rawls, *Théorie de la justice*, *op. cit.*, pp. 142 et s.

également les individus rationnels à s'accorder sur des principes visant à rétablir l'égalité dans certaines conditions[287]. C'est l'idée du « maximin » : « chacun acquiescera à un système de règles qui lui accorderait le maximum d'avantages dans la pire des hypothèses, celle où, dans la vie réelle, il bénéficierait de la condition la plus désavantagée »[288]. Les deux principes fondamentaux de justice que les contractants originaires et raisonnables, armés du « voile de l'ignorance », auraient établis[289] sont les suivants : 1) « toute personne a un droit égal à l'ensemble le plus étendu de libertés fondamentales égales qui soit compatible avec un ensemble semblable de libertés pour tous » (principe d'égale liberté) ; 2) « Les inégalités sociales et économiques doivent satisfaire deux conditions : elles doivent être a) au plus grand bénéfice des membres les moins avantagés de la société (principe d'égalité des chances) et b) attachées à des fonctions et positions ouvertes à tous dans des conditions d'égalité équitables des chances (principe de différence) »[290]. Rawls établit « une hiérarchie entre ces exigences, au sens d'une priorité

(287) Car Rawls postule que chaque individu rationnel va développer une forme d'aversion au risque.

(288) Nous reprenons ici la définition de François Ost et de Michel van de Kerchove (F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 506).

(289) J. Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, § 46. Les deux principes de justice sont donc les suivants : « **First Principle** : Each person is to have an equal right to the most extensive total system of equal basic liberties compatible with a similar system of liberty for all. **Second Principle** : Social and economic inequalities are to be arranged so that they are both : a. to the greatest benefit of the least advantaged, consisted with the just savings principle, b. attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity » (J. Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, p. 302).

(290) Nous reprenons ici la formulation donnée par Philippe Van Parijs à ces deux principes de justice (P. Van Parijs, « Fondements d'une théorie de la justice. À propos d'un séminaire interdisciplinaire consacré à la philosophie politique de John Rawls », *R.I.E.J.*, 1982, p. 65). Le premier principe d'« égale liberté » (1) repose sur la primauté des libertés individuelles reconnues également aux individus. Il exige une « distribution strictement égale de certains biens primaires – les libertés fondamentales ». Le principe d'« égalité des chances » (2b) exige quant à lui une « distribution strictement égale » des chances d'accès aux diverses fonctions et positions (considérées comme des biens primaires de même nature que les libertés fondamentales). Enfin, le « principe de différence » (2a) exige « une distribution des autres biens primaires – prérogatives et pouvoirs attachés à ces fonctions et positions, richesse et revenu, bases sociales du respect de soi – qui maximise la part qui revient aux plus défavorisés » (*ibid.*).

lexicographique du premier principe »[291] par rapport au deuxième principe[292]. Le principe de différence autorise donc l'État à redistribuer les ressources[293] seulement dans les limites posées par les deux autres principes[294].

§2. *Les justifications libérales des politiques culturelles*

83. À partir du schéma théorique esquissé *supra*, ce paragraphe est consacré à une exploration des pistes qu'offrent les principes de justice pour fonder la légitimité des politiques culturelles. Dans un premier temps, sont analysés les arguments permettant de considérer le soutien public dans la culture comme étant justifié par le principe d'égalité des chances (A). Dans un second temps, c'est à partir du principe de différence que l'on tente de fonder la légitimité des politiques culturelles, en démontrant que la culture fait partie des biens premiers dont le principe de différence postule la redistribution (B)[295]. Nous verrons que le sort du soutien public dans les arts est évidemment intimement lié à la conception du rôle de l'État qui découle des deux principes de justice. Plus cette conception sera large, plus l'on considérera que l'intervention dans la culture est justifiée.

(291) *Ibid*., p. 78. Voy. J. Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, p. 244 ; B. Barry, « John Rawls and the Priority of Liberty », in *The Two Principles and Their Justification*, New York/London, Garland Publishing, 1999, pp. 172-189 et pp. 274-290 ; H. L. Hart, « Rawls on Liberty and its Priority », in *The Two Principles and Their Justification*, *op. cit.*, pp. 2-23 et 535-551.

(292) Ainsi, de manière générale, les seules restrictions à la liberté ne peuvent s'opérer que pour le bénéfice de la liberté (J. Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, pp. 203 et 229).

(293) Cette mobilisation des biens et des droits des plus nantis ne peut pas être considérée comme une violation de leur droit de propriété. En effet, ces ressources ne leur appartiennent que sur la base de dysfonctionnement des marchés, notamment du marché du travail. Dès lors, il serait injuste de ne pas procéder à une redistribution des ressources (H. Brighouse, *Justice*, Cambridge, Polity, 2004, pp. 53-61) qui sont injustement réparties (C. Card, « Individual Entitlements in Justice as Fairness », in *The Idea of a Political Liberalism. Essays on Rawls*, V. Davion et C. Wolf (dir.), New York, Rowman & Littlefield Publishers, 2000, pp. 176-189) en raison des distorsions d'investissement qui dérivent de la consommation privée (T. Campbell, *Justice*, New York, St Martin Press, 1988, p. 104).

(294) P. Martens, *Théorie du droit et pensée juridique contemporaine*, Bruxelles, Larcier, coll. Faculté de droit de Liège, 2003, p. 277.

(295) Ces paragraphes supposent que la traduction des principes de différence et d'égalité des chances soit élaborée dans la « position originelle » au deuxième ou au troisième stade, c'est-à-dire aux stades constitutionnel et législatif.

Dans un troisième point, est également envisagée la possibilité de fonder l'intervention dans la culture en dehors des exigences de la justice (C), en partant de la théorie des biens publics.

A. Le principe d'égalité des chances et le soutien public dans la culture

84. Sont envisagées ici trois perspectives différentes postulant le lien entre politique d'égalité des chances et politique culturelle. La première hypothèse suppose que l'amélioration esthétique de l'espace commun contribue au renforcement de l'égalité des chances au sens rawlsien du terme (1). La deuxième établit le lien entre lutte contre le chômage des artistes et égalité des chances (2). Enfin, la troisième envisage les politiques de démocratisation de la culture et de démocratie culturelle comme des éléments des politiques d'égalité des chances (3).

1. Les politiques culturelles et l'espace public

85. Certains auteurs libéraux soulignent que les politiques culturelles agissant directement sur l'environnement des quartiers défavorisés ont des impacts positifs sur la population de ces quartiers, notamment en termes de respect de soi et d'estime de soi. *In fine*, ces politiques permettraient de réduire les inégalités, en renforçant l'estime de soi en suscitant l'initiative, en revitalisant les quartiers[(296)].

86. Cette idée selon laquelle l'environnement esthétique est un élément qui favorise l'égalité des chances ou un bien primaire ne fait pas l'unanimité[(297)]. Pourtant cet argument, abordé plus largement en termes d'égalité de participation dans l'espace public, nous apparaît particulièrement fertile pour justifier les politiques culturelles. La sociologie de la culture met en effet en lumière que la culture contemporaine – en ce compris la radio et la télévision – constitue un authentique « espace de socialisation ». Ce qui se joue

(296) Voy. notamment H. R. Clinton, « Government Funding of the Arts Should Continue », in *Censorship. Opposing Viewpoints Series*, D. Bender et B. Leone (dir.), San Diego, Greenhaven Press, 1997, p. 59.

(297) H. Brighouse, « Neutrality, Publicity, and State Funding of the Arts », *op. cit.*, p. 45.

dans cet espace public, pour tous les individus, c'est la construction d'une certaine « socialité », d'une définition de soi à l'autre, d'une inscription dans des communautés, d'une discussion de problèmes sociétaux. La reconnaissance de cette socialité particulière induite par la culture et de son importance dans la vie quotidienne des individus permet ainsi de légitimer les politiques visant à élargir la participation à l'espace public et à enrichir cet espace en soutenant les cultures et subcultures qui y sont peu représentées(298). En effet, cette socialité crée les bases de l'« estime de soi » et participe donc directement à l'égalité des chances.

87. Cette interprétation du principe d'égalité des chances n'est admissible au sein du libéralisme politique que si deux conditions sont remplies. D'abord, cet argument n'est valide que si une conception relativement lâche de la neutralité est adoptée, notamment en ce qui concerne la neutralité des jugements esthétiques. Ensuite, le raisonnement exposé *supra* n'est valide que si le principe d'égalité des chances de Rawls peut être étendu jusqu'à comprendre la socialité constitutive de l'individu. Or, ceci est compromis puisque le libéralisme postule justement un « moi désengagé »(299).

2. La lutte contre le chômage des artistes

88. Un autre développement allégué de l'idée d'égalité des chances concerne la lutte contre le chômage des acteurs de la création et de la diffusion. L'intervention publique dans les arts pourrait ainsi être justifiée lorsqu'elle a pour but la création d'emplois. Des politiques ont été menées dans ce sens lors du New Deal(300).

(298) E. Belin et L. Van Campenhoudt, « Radio-télévision, espace public et vie quotidienne », in *Politique culturelle et droit de la radio-télévision*, *op. cit.*, pp. 49 et s.

(299) M. J. Sandel, « La république procédurale et le moi désengagé », *op. cit.*, pp. 504 et s.

(300) Plus de 40.000 artistes ont alors été engagés directement par l'État pour faire face au risque de chômage et les programmes comme le Federal Theater Project, le Federal Writers Project ou les 1371 commissions pour les peintures murales ont procuré à de nombreux artistes des revenus conséquents (M. C. Cummings Jr., « Government and the Arts : An Overview », *op. cit.*, p. 42). Pour faire face à l'arrêt subit des commandes et des aides habituelles aux arts, qui provenaient pour l'essentiel des fondations privées, le Congrès, en 1933, a décidé de créer de l'emploi pour les artistes (K. D. McCarthy, « Twentieth

Plus largement, le Congrès a notamment justifié la création du N.E.A. parce qu'il a estimé « necessary and appropriate for the federal government to help create and sustain [...] material conditions facilitating the release of [...] creative talent »[301].

89. Ce raisonnement est battu en brèche par le principe de neutralité. Un auteur comme Noel Carroll estime que l'élaboration de politiques visant à soutenir spécifiquement certains métiers dépasserait les responsabilités de l'État à l'égard du chômage : ces responsabilités se limiteraient à la lutte contre l'absence de travail et non contre l'absence de travail dans certains secteurs[302]. Noel Carroll estime par ailleurs que rien n'indique qu'une absence de soutien public impliquerait une baisse substantielle des revenus des artistes, ou qu'elle les plongerait dans la pauvreté. Enfin, pour cet auteur, l'existence de possibilités de soutien privé aux artistes rend inutile et forcément non neutre l'intervention publique dans les revenus des artistes[303].

90. Afin de respecter la neutralité vis-à-vis des conceptions de la vie bonne, les politiques de lutte contre le chômage des artistes ne pourraient être justifiées que si elles s'adressaient principalement aux plus défavorisés[304].

Century Cultural Patronage », in *Alternative Futures: Challenging Designs for Arts Philanthropy*, A. PATNER (dir.), Washington, Grantmakers in the Arts, 1994, p. 13).

(301) 20 USCA § 952 (5).

(302) N. CARROLL, « Can Government Funding of the Arts Be Justified Theoretically ? », *op. cit.*, p. 30. L'auteur considère par ailleurs qu'il est impossible de comparer politique de soutien aux artistes et politiques visant à lutter contre la pauvreté.

(303) *Ibid.*, p. 24.

(304) Dans tous les cas, une orientation exclusivement sociale des politiques culturelles pose problème. En effet, la prise en compte de la spécificité artistique dans des programmes de lutte contre le chômage reste très problématique. Voy. A. H. LEVY, *Government and the Arts. Debates over Federal Support of the Arts in America from George Washington to Jesse Helms*, *op. cit.*, pp. 65-70. Ainsi les programmes bureaucratiques et trop stricts du New Deal ne se sont jamais conciliés avec la façon de travailler des artistes, leurs horaires et leurs méthodes.

3. La lutte contre les phénomènes de distinction culturelle et pour la participation culturelle de tous à l'espace public culturel

91. Si l'on considère que les phénomènes de distinction culturelle constituent un obstacle à l'égalité des chances, l'État est fondé à agir pour rompre ces mécanismes et assurer l'égalité dans l'accumulation du capital culturel. C'est en partant de cette hypothèse que, au nom de la lutte contre les mécanismes de distinction culturelle, sont souvent justifiées la mise en place de l'éducation aux arts(305), mais aussi, évidemment, les politiques de démocratisation culturelle et de démocratie culturelle. L'accessibilité pour tous à la culture constitue ainsi la première forme de justification du soutien public dans les arts. L'idée est que la mission principale des autorités publiques serait de permettre à tous de participer à la culture(306). Mais cette mission serait aussi de développer, notamment chez les enfants, la capacité de s'exprimer(307) et d'inciter à accorder de la valeur à la liberté d'expression et à d'autres libertés liées aux arts(308) afin de construire une « démocratie culturelle » en permettant à chacun de participer au processus de distribution ou de production(309). Dans cette perspective, l'État doit fournir les moyens de s'exprimer et de participer à la vie culturelle et à l'espace public culturel sans discrimination, pour éviter que la culture ne se trouve confisquée par une élite. Au-delà des programmes éducatifs, cette justification liée à la distinction culturelle est également sous-jacente aux programmes liés au « community arts » aux États-Unis(310). Permettre à chacun de construire une expérience artistique et esthétique est une justification souvent invoquée pour le soutien aux arts. Les exigences d'accès et de

(305) Voy. e.a. M. C. Cummings Jr., « Government and the Arts : An Overview », *op. cit.*, p. 60.

(306) H. R. Clinton, « Government Funding of the Arts Should Continue », *op. cit.*, p. 58.

(307) *Ibid.*, p. 60.

(308) P. K. McMasters, « Teach Kids the Value of Free Expression », *American Journalism Review*, janvier 1994, Vol. 16, n° 1.

(309) J. M. Balkin, « Digital Speech and Democratic Culture : A Theory of Freedom of Expression for the Information Society », *N.Y.U. L. Rev.*, Vol. 79, n° 1, 2004.

(310) M. C. Cummings Jr., « Government and the Arts : An Overview », *op. cit.*, p. 60.

décentralisation sont souvent les principales justifications des politiques culturelles[311]. Ces justifications paraissent renforcées par l'« ère digitale », en ce que cette nouvelle ère permet à la fois une plus grande démocratie culturelle, mais également une privatisation accrue de l'espace public culturel[312].

92. La lutte contre les mécanismes d'accumulation du capital culturel et de distinction sociale sur la base de ces capitaux relève indéniablement d'une politique d'égalité des chances. En effet, les inégalités dans l'accumulation du capital culturel entravent l'accès à l'éducation, à l'enseignement supérieur, à certaines formations, à certains milieux sociaux et professionnels, à certaines formes de réalisation de soi et à certains modes d'expression et de revendication. Pierre Bourdieu, en particulier, a ainsi montré comment les freins culturels empêchent la mobilité sociale et l'ascension dans l'échelle sociale de ceux qui sont dépourvus d'un certain capital culturel. Si aujourd'hui ces inégalités sont moins flagrantes que lorsque la culture « instituée » et légitime était explicitement valorisée par rapport aux formes de cultures « populaires », elles restent néanmoins vivaces. Ainsi, la reproduction des inégalités sociales par la culture est aujourd'hui multiforme et se construit autour de plusieurs ségrégations. Les mécanismes d'exclusion par la culture ne se structurent plus seulement autour de la distinction « culture Haute/culture Basse », mais également autour des distinctions entre omnivores et autres consommateurs moins éclectiques et sélectifs et enfin entre engagés et désengagés culturels. Ces mécanismes mettent en lumière que les goûts sont des marqueurs sociaux qui nous donnent une valeur sociale, morale et un statut personnel, qui créent également une importante fracture sociale encore aggravée par l'apparition de nouvelles distinctions relatives à la maîtrise des ressources digitales[313].

(311) O. Bennett, « Beyond Machinery : The Cultural Policies of Matthew Arnold », in *History of Political Economy*, 2005, Vol. 37, n° 3, pp. 455-456 ; T. B. Hansen, « Cultural Economics and Cultural Policy : A Discussion in the Danish Context », *European Journal of Cultural Policy*, 1995, Vol. 2, n° 1, pp. 87-103 et T. B. Hansen, « Measuring the Value of Culture », *European Journal of Cultural Policy*, 1995, Vol. 1, n° 2, pp. 309-322.

(312) J. M. Balkin, « Digital Speech and Democratic Culture : A Theory of Freedom of Expression for the Information Society », *op. cit.*, pp. 3-57.

(313) Voy., *supra*, Titre I, Chapitre I, Section II, § 4.

93. Si l'argument lié à l'exigence de participation de tous à la culture paraît de nature à justifier largement le soutien à l'éducation artistique(314), à l'éducation permanente, aux politiques de démocratisation de la culture et de démocratie culturelle et à leurs institutions, l'objectif d'élargir la participation dans l'espace public culturel paraît plus adéquat pour justifier le soutien au développement de la création artistique elle-même. Le soutien à la création peut certes être justifié par l'objectif d'élargir l'accès aux formes d'expression artistique à tous, en évitant une privatisation des savoirs et de la culture. Mais l'intervention publique dans la culture sera plus certainement considérée comme un renforcement de la liberté d'expression artistique selon la « public forum doctrine »(315). En effet, selon certains auteurs, la liberté d'expression ne serait pas complète si l'État ne soutenait pas les expressions les plus avant-gardistes, audacieuses, contestataires, choquantes ou critiques en permettant ainsi à tous de s'exprimer(316). Ainsi, beaucoup d'auteurs s'accordent sur l'importance de la liberté d'expression pour « [...] make certain that the people are aware of all the issues before them and the arguments on both sides of these issues »(317).

Une autre partie de la littérature conteste toutefois ce soutien actif de l'État à l'expression sous forme de bourses et le lien effectué entre ce type de soutien et la « public forum doctrine »(318), estimant que les programmes de soutien à la culture

(314) W. A. Galston, *Liberal Pluralism. The Implications of Value Pluralism for Political Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 97-98.

(315) Cette doctrine tente de régler la question de savoir où et comment un individu peut exercer son droit à la liberté d'expression et dans quelle mesure il peut utiliser les moyens mis à disposition par le gouvernement. Voy. notamment C. R. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech*, New York, The Free Press, 1995, pp. 46-47 ; C. R. Sunstein, *The Partial Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, pp. 46-47.

(316) Voy., par exemple, A. S. Greene, « Government of the Good », *op. cit.*, pp. 8-9. Voy. également *Hopper v. City of Paseo*, 241 F.3d 1067 (9th Cir. 2001).

(317) O. M. Fiss, *Liberalism Divided. Freedom of Speech and the Many Uses of State Power*, Boulder, Westview Press, 1996, pp. 19, 37-38, 101.

(318) C. Fried, « Perfect Freedom, Perfect Justice », *Boston University Law Review*, Juin 1998, p. 740 : « Rather, public forum doctrine recognizes the residual authority of the state over the channels between our private domains and locates our final freedom to reach others physically as well as mentally there ».

peuvent entraîner des limitations en termes de liberté artistique et risquent par conséquent de faire prévaloir une certaine conception du bien sur la liberté individuelle[319]. En effet, des conditions aux aides sont souvent posées par le gouvernement en reflétant, d'une manière ou d'une autre, des conceptions particulières et non neutres[320]. Celles-ci sont considérées, par une doctrine importante, comme des restrictions inconstitutionnelles à la liberté individuelle[321], alors que beaucoup d'auteurs considèrent que le premier amendement n'impose ni limite ni restriction au soutien public aux arts[322].

94. À notre sens, l'idée selon laquelle il faut soutenir la création au nom de l'égalité des chances entretient des liens étroits avec l'essence du phénomène culturel, c'est-à-dire le travail sur le sens[323]. C'est la nature particulière du travail sur le sens des expériences humaines et sociales opéré par la culture (au sens n^{os} 3 et 4) qui explique que l'exigence d'égalité des chances implique une « distribution » équitable de la participation à la vie culturelle, qui se

(319) M. C. Cummings Jr., « Government and the Arts : An Overview », *op. cit.*, pp. 45-46 ; K. M. Sullivan, « Artistic Freedom, Public Funding, and the Constitution », in *Public Money and the Muse. Essays on Government Funding for the Arts*, *op. cit.*, pp. 80-95.

(320) A. S. Greene, « Government of the Good », *op. cit.*, pp. 3-4.

(321) M. C. Cummings Jr., « Government and the Arts : An Overview », *op. cit.*, pp. 45-46 ; K. M. Sullivan, « Artistic Freedom, Public Funding, and the Constitution », *op. cit.*, pp. 80-95 ; O. M. Fiss, *Liberalism Divided. Freedom of Speech and the Many Uses of State Power*, *op. cit.*, pp. 19, 37-38 et 101 ; O. M. Fiss, *The Irony of Free Speech*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, pp. 45-48 ; C. R. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech*, *op. cit.*, pp. 46-47 ; C. R. Sunstein, *The Partial Constitution*, *op. cit.*, pp. 46-47 ; D. Cole, « Beyond Unconstitutional Conditions : Charting Spheres of Neutrality in Government-Funded Speech », *N.Y.U. L. Rev.*, 1992, n° 67, p. 743 ; E. Kagan, « The Changing Faces of First Amendment Neutrality : *R.A.V. v. St. Paul, Rust v. Sullivan* and the Problem of Content-Based Underinclusion », *Sup. Ct. Rev.*, 1992, n° 29, p. 67, note, pp. 173-74 ; M. H. Redish et D. I. Kessler, « Government Subsidies and Free Expression », *Minn. L. Rev.*, 1996, n° 80, pp. 543, 576 et 580.

(322) Voy., e.a., A. S. Greene, « Government of the Good », *op. cit.*, pp. 8-9 et 22-26. *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991) ; *Regan v. Taxation With Representation*, 461 U.S. 540 (1983). La Cour suprême a abondé dans ce sens dans *NEA v. Finley*, 524 U.S. at 590 (J. Scalia, opinion concurrente). Ainsi, la Cour a établi que le gouvernement pouvait « selectively fund a program to encourage activities that it believes are in the public interest » (*NEA v. Finley*, 569, 585 ; *Regan v. Taxation with representation*, 540).

(323) Voy. Chapitre 1.

définit comme la possibilité ouverte à l'individu de participer à la culture, telle qu'elle a été définie dans le premier chapitre, est la possibilité ouverte à l'individu de participer à la recherche du sens des expériences humaines et sociales (par l'exercice d'une série de moyens de conceptualisation comme la connaissance, la compréhension, la création ou l'expression) par la familiarisation et l'initiation perspicace aux œuvres et aux traditions (qui apparaissent comme les expressions du travail sur le sens des expériences humaines et sociales et comme les fondements concrets à partir desquels se réalise la recherche abstraite sur le sens de ces expériences). Cette participation à l'espace public culturel permet à l'individu « d'atteindre à un certain développement de sa sensibilité, de son sens critique, de ses capacités de connaissances, de ses facultés créatrices, bref à un certain épanouissement de sa personnalité »[(324)]. Cette participation à la culture enrichit ainsi de manière déterminante les perspectives et les conceptions du bien qu'ont les individus. Par conséquent, la participation à la culture doit être considérée comme un élément central qui permet aux individus de déployer leurs capacités, de développer leur conception de la vie bonne et de trouver du sens dans leur réalité. Tous ces éléments, *in fine*, jouent de manière déterminante pour l'égalité des chances.

95. Il existe donc des bases tangibles permettant de considérer que l'égalité des chances postule une forme de « distribution » de la culture et des moyens de participation dans l'espace public culturel. L'argument ébauché ici est confirmé par ailleurs. Cependant, à nouveau, l'admissibilité de cet argument dépend de la portée du principe de neutralité et du principe de primauté des libertés individuelles sur les fins collectives[(325)]. Dès qu'une conception

(324) J. Ladrière, *Les enjeux de la rationalité. Le défi de la science et de la technologie aux cultures*, *op. cit.*, pp. 77-78.

(325) Il convient de souligner les dangers que peut représenter une justification purement « sociale » du soutien public dans les arts : le risque de dénaturation des arts, la perte de qualité artistique et l'obtention de résultats inverses à ceux désirés (R. Brustein, « Democracy and Culture », *op. cit.*, p. 20). Robert Brustein souligne que ces dangers ont notamment été observés lorsque des fondations privées soutiennent les arts dans des buts sociaux, notamment les effets négatifs de la confusion au sein de la Fondation Rockfeller entre les Programmes « Égalité des chances » et « Soutien aux arts ». Cette confusion a en effet parfois conduit à négliger la qualité esthétique au profit de considérations plus sociales. De plus, elle a impliqué une politisation de la culture subventionnée.

« orthodoxe » du principe de neutralité est adoptée, la possibilité de justifier une égalisation des capitaux culturels et des participations dans l'espace public culturel est compromise.

B. **Le principe de différence et le soutien public dans la culture**

96. Peut-on considérer, sans compromettre le principe libéral de neutralité, que le soutien public à la culture constitue un des biens premiers dont la redistribution est postulée par le principe de différence de Rawls ? La réponse à cette question dépend évidemment de la conception que l'on adopte des biens premiers pour lesquels l'État est fondé à agir[326], mais aussi de la portée accordée aux notions de « welfare » et de « social choice »[327] qui sont prises en compte pour évaluer l'obligation de l'État de respecter le « principe de différence ». Si l'on envisage ces notions de manière restrictive, le principe de différence peut n'emporter pour seule obligation de l'État que celle de lutter contre la pauvreté et d'assurer la satisfaction des besoins de base. Mais, considéré de manière plus globale, le principe de différence permet à l'État de contribuer plus largement à l'épanouissement de tous.

C'est ainsi que, nuançant l'idée d'une neutralité « orthodoxe », les libéraux dits « perfectionnistes » admettent, à certaines conditions, que l'État libéral poursuive certaines politiques qui favorisent une certaine conception du bien. Ces libéraux ne rejettent pas radicalement toute forme de neutralité mais bien la conception « orthodoxe » de celle-ci[328]. Ils reconnaissent les faiblesses du marché et

(326) Or, certains auteurs adoptent des conceptions restrictives du concept de biens primaires dont la distribution est rendue nécessaire par l'exigence de justice. Pour Noel Carroll par exemple, ce sont les biens dont l'absence peut impliquer un dommage pour une catégorie de personnes (N. Carroll, « Can Government Funding of the Arts Be Justified Theoretically ? », *op. cit.*, p. 26).

(327) J. Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, p. 229.

(328) Ainsi, par exemple, pour certains libéraux perfectionnistes, on a trop souvent confondu, dans le débat sur les politiques culturelles, valeurs morales et esthétiques. Dans cet esprit, ces auteurs identifient la moralité comme ce qui s'attache à définir si une action est mauvaise ou bonne, tandis que l'appréciation esthétique a trait au goût, au plaisir, voire à l'étiquette. S'il est certain que l'État libéral ne peut promouvoir des conceptions morales, cela n'impliquerait pas qu'il ne puisse adopter des conceptions esthétiques de la valeur de certaines œuvres. En ce qui concerne les œuvres d'art qui véhiculent des éléments moraux, l'État devrait prendre des précautions et stimuler la critique

autorisent l'État à intervenir dans certains cas, en considérant que les buts collectifs de l'enrichissement des structures culturelles et de la transmission de ces structures doivent être assumés par l'État[329]. Les libéraux perfectionnistes pourraient autoriser l'intervention publique dans la culture moyennant l'inscription dans la Constitution (qui serait plus collectiviste que celle envisagée par les libéraux orthodoxes) de l'importance des biens culturels[330] et l'établissement de mécanismes de subventionnement clairs, transparents qui respectent les principes de neutralité et de publicité.

Quatre conceptions de la culture en tant que bien premier sont ici passées au crible, d'abord sous l'angle du libéralisme orthodoxe et ensuite à l'aune des principes du libéralisme perfectionniste. Le premier argument repose sur la valeur intrinsèque des arts et des artistes (1), le deuxième sur le besoin fondamental du beau (2), le troisième sur la nécessité de l'art (3) et enfin le quatrième sur la notion de structure intellectuelle de la société (4).

1. La valeur intrinsèque des arts

97. Le soutien aux arts est parfois motivé de manière intrinsèque, en faisant appel à la valeur sociale ou esthétique de la culture[331]. La légitimité des politiques culturelles tirerait sa source des traits caractéristiques de la culture et de la spécificité des arts qui l'incarnent. Cette valorisation de la culture et des arts fonde de nombreuses politiques culturelles occidentales. L'érosion de la légitimité de ces politiques est d'ailleurs souvent liée à un questionnement plus global sur la valeur des arts et de la culture.

98. Selon Ronald Dworkin, ces considérations relèvent de ce qu'il qualifie d'une approche noble de la culture (« lofty approach »). Dans cette perspective, la justification du soutien public à la culture se fonde sur une conception du niveau culturel idéal pour

et la réflexion, à l'aide de notes préparatoires et explicatives par exemple. D. F. Murray, « Liberalism, Art and Funding », *Journal of Aesthetic Education*, 2004, Vol. 38, n° 3, p. 118.

(329) *Ibid*., p. 200.

(330) S. Black, « Revisionist Liberalism and the Decline of Culture », *op. cit.*, pp. 264-265.

(331) W. E. Schaller, « Liberal Neutrality and Liberty of Conscience », *Law and Philosophy*, mars-avril 2005, Vol. 24, n° 2, p. 110.

une société, et non sur un consensus démocratique ou sur les désirs de la population : l'action des pouvoirs publics dans le domaine artistique est fondée sur l'idée sous-jacente que l'art et la culture doivent atteindre un certain degré de sophistication, de richesse et d'excellence afin de permettre à la nature humaine de s'épanouir pleinement[332].

99. En réalité, malgré ce que certains libéraux perfectionnistes semblent penser, l'approche fondée sur la valeur intrinsèque des arts est tout simplement inconciliable avec l'exigence de neutralité. En effet, tout investissement public dans les arts reposant sur leur valeur intrinsèque est, d'une manière ou d'une autre, lié à une conception du bien[333] ou à tout le moins à une conception des rapports entre l'art et le public ou entre l'État et l'art[334]. Par ailleurs, il semble probable que tous les citoyens ne s'accorderont pas sur la valeur intrinsèque de toutes les réalisations artistiques ou culturelles, de sorte que les principes de neutralité et de publicité ne seront pas rencontrés[335].

Même dans un cadre « perfectionniste », le libéralisme exige un égal respect de toutes les libertés. Le premier problème posé par cette approche reposant sur la valeur intrinsèque des arts et de la fonction d'artiste réside dans son caractère paternaliste et élitiste. Affirmer la valeur intrinsèque des arts peut être justifié, mais discriminer entre les arts « élitistes » et les autres formes artistiques n'est pas acceptable pour le libéralisme perfectionniste. Une parade à ce problème peut être trouvée dans l'affirmation absolue de la valeur intrinsèque de la diversité culturelle que l'État doit pouvoir indistinctement protéger face au marché. Mais cette approche s'avère vite intenable car les politiques culturelles supposent nécessairement des choix. Le deuxième problème de cette approche réside dans l'éventuelle injustice qu'elle peut entraîner. S'il s'avère exact que les principaux

(332) R. Dworkin, *A Matter of Principles*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, p. 221.

(333) S. Black, « Revisionist Liberalism and the Decline of Culture », *op. cit.*, pp. 250-251.

(334) Voy. notamment les fondements de l'État esthétique dans la sublimation de l'engagement politique, développés dans P. Urfalino, « La philosophie de l'État esthétique », *Politix*, 1993, Vol. 6, n° 24, pp. 20-35.

(335) W. E. Schaller, « Liberal Neutrality and Liberty of Conscience », *op. cit.*, p. 110.

bénéficiaires de formes conséquentes de soutien public à la Haute Culture, par exemple sont souvent déjà favorisés[336] (ce qui reste discuté[337]), il apparaît effectivement injuste de transférer, en proportion importante, de l'argent public au bénéfice de ces catégories de personnes[338].

100. Pour dépasser ces difficultés, certains proposent de se centrer sur la fonction moralisatrice intrinsèque des arts pour justifier l'intervention de l'État dans la culture. Ainsi Napoléon a-t-il monté l'Orphéon, une chorale pour les classes moyennes, non seulement pour cultiver leurs goûts, mais surtout pour les initier à des amusements « moraux ». Cette démarche a également influencé l'installation des grands musées, notamment américains, dont l'existence reposait en partie sur la croyance en leur force morale[339]. L'idée est que l'art véhiculerait des valeurs « humanistes » et les incarnerait[340]. Cette démarche humaniste peut être soutenue de manière légitime par un État. En effet, favoriser la tolérance et les valeurs morales d'ouverture et de compréhension peut être un moyen de prévenir les dommages et les conflits entre les personnes. Si la création artistique a ce pouvoir, le soutien public à la culture peut alors être justifié.

Le problème, une fois de plus, est que toute forme d'art ou de culture ne vise pas forcément le renforcement de la moralité. Certaines formes d'art, par exemple, poursuivent l'objectif de remettre en question l'ordre « bourgeois » ou certains systèmes politiques et ne remplissent aucune fonction « humaniste » ou « morale ». De plus, l'intervention de l'État dans les formes d'art qui concourent à la formation de valeurs morales risquerait de bouleverser le monde des arts[341]. Cette intervention sélective violerait l'intuition commune

(336) A. C. Brooks, « Who Opposes Government Arts Funding ? », *Public Choice*, 2001, Vol. 108, n° 3-4, pp. 355- 367.

(337) H. R. Clinton, « Governement Funding of the Arts Should Continue », *op. cit.*, p. 59.

(338) À notre sens, si une telle constatation doit être réalisée, elle ne doit pas conduire à un abandon de la subvention publique, mais à un rééquilibrage de la subvention au profit d'autres formes de cultures.

(339) A. H. Levy, *Government and the Arts. Debates over Federal Support of the Arts in America from George Washington to Jesse Helms*, *op. cit.*, p. 104.

(340) *Ibid*.

(341) N. Carroll, « Can Government Funding of the Arts Be Justified Theoretically ? », *op. cit.*, p. 34.

qui tend à préserver la sphère de l'art, pluraliste et relativement indépendante, de considérations d'utilité sociale.

Subsidier toutes les formes d'art sans discrimination pourrait constituer une parade à cette objection. Mais cette parade forcerait l'État à adopter un comportement « schizophrénique et destructeur »[342], puisqu'il serait obligé de financer des formes d'art qui visent sa propre perte… Il semble donc que la valeur morale de l'art ne permette pas de justifier un soutien public dans la culture lié à l'exigence de justice. Cet argument est en effet impropre à saisir l'essence de la culture dans ce qu'elle implique comme questionnement, comme transgression et comme critique. Par ailleurs, cet argumentaire pose de sérieuses questions de compatibilité avec la liberté artistique.

2. L'« aesthetic welfare » et le besoin de beau

101. L'intervention publique dans les arts peut-elle être justifiée sur la base de la notion de « aesthetic welfare »[343], qui rassemblerait toutes les expériences esthétiques des membres d'une société et qui rencontrerait un besoin fondamental de beau émanant des individus ? Dans cette perspective, le soutien public à la création artistique permettrait d'empêcher la détérioration de notre environnement esthétique, satisferait notre besoin du beau et préserverait ainsi notre santé mentale et physique[344].

102. À l'aune des principes libéraux orthodoxes, la notion d'« aesthetic welfare » apparaît floue et sans corrélation directe avec les besoins fondamentaux des individus, ni avec la notion de « welfare »[345]. Par conséquent, elle se rapproche d'un simple « benefit »[346], c'est-à-dire d'un objectif poursuivi par des politiques – forcément perfectionnistes – en dehors des exigences de justice et

(342) *Ibid*., pp. 31-32.

(343) Voy., sur la notion de *welfare*, T. Campbell, *Justice*, *op. cit.*, pp. 93-123.

(344) Dans cet esprit, les employés et la direction du N.E.A. ont toujours eu tendance à considérer les arts comme essentiels au bien-être et à la santé de la nation. M. Brenson, « Patterns in Patronage », in *The New Gatekeepers. Emerging Challenges to Free Expression in the Arts*, *op. cit.*, p. 154.

(345) N. Carroll, « Can Government Funding of the Arts Be Justified Theoretically ? », *op. cit.*, pp. 21-35.

(346) *Ibid*., pp. 26-27.

dont l'admissibilité est fortement contestée par les libéraux orthodoxes[347].

103. Son admissibilité est également fragile même dans un cadre perfectionniste. L'éventuelle reconnaissance de l'existence d'un besoin esthétique n'impliquera pas forcément l'obligation pour l'État de soutenir la création contemporaine, mais seulement de garantir l'existence d'expériences esthétiques en nombre suffisant. Ainsi, même si la notion d'« aesthetic welfare » était reconnue, elle impliquerait la nécessité de conserver le patrimoine, mais en aucun cas de soutenir la création[348]. De plus, tout type de soutien à la création ne tomberait pas forcément dans la sphère de cet argument. En effet, certaines œuvres d'art et expressions culturelles n'ont pas pour fonction d'améliorer notre environnement ou de constituer une expérience du beau, du sublime. Parce que l'art ne se résume pas à une dimension esthétique, ce qui est particulièrement vrai pour l'art contemporain et post-moderne[349], il ne peut être uniquement considéré comme satisfaisant un « besoin de beau ».

Fondamentalement, l'argument tiré du « besoin du beau » apparaît donc comme étant impropre, à lui seul, à saisir l'essence de la création culturelle : la construction et la projection des significations, c'est-à-dire du sens que l'on donne aux expériences humaines et sociales. Cet argument réduit la culture à sa seule dimension esthétique et exclut du soutien de l'État de nombreuses formes d'art contemporain.

---

(347) Selon les libéraux, l'État ne peut décider d'endosser une responsabilité de « beneficience » à l'égard de certains biens uniquement, car dans ce cas, il rompt l'égalité entre les conceptions de la vie bonne et viole la liberté individuelle. La seule solution serait de mener des politiques de « beneficience » à l'égard de tous les biens quels qu'ils soient, ce qui paraît impossible dans un contexte de ressources rares (N. Carroll, « Can Government Funding of the Arts Be Justified Theoretically ? », *op. cit.*, p. 26). La possibilité d'un soutien public à la culture est donc fortement affaiblie. Par ailleurs, l'intervention publique ne sera tolérée que si les obligations liées au *welfare* sont remplies et uniquement dans le cas où elle respecte les exigences de neutralité et de publicité. De plus, en temps de crise, l'intervention au nom du *benefit* sera de toute façon écartée. L. Brent Bozell III, « Government Funding of the Arts Should Be Eliminated », in *Censorship. Opposing Viewpoints Series*, *op. cit.*, p. 55.

(348) N. Carroll, « Can Government Funding of the Arts Be Justified Theoretically ? », *op. cit.*, p. 25.

(349) *Ibid.*, pp. 27-28.

3. Le besoin d'art

104. Peut-on considérer qu'il existe tout simplement un « besoin d'art » plus large qu'un besoin du beau ? Parce que toutes les sociétés ont, d'une manière ou d'une autre, développé une dimension artistique, on pourrait estimer que la création artistique relève des besoins humains primaires. L'État aurait le devoir de sauvegarder les formes d'art qui menacent de disparaître et de mettre en place les conditions propres à permettre à de nouvelles formes d'art de se développer(350). Ce besoin serait également un prolongement de l'estime de soi qui constitue un bien premier.

105. Cet argument fondé sur les biens primaires vacille à nouveau face à l'exigence de neutralité. En effet, les biens culturels ne pourraient pas être considérés comme des biens primaires parce que, loin de constituer des moyens permettant de vivre toutes les conceptions du bien, ils reflètent en eux-mêmes une conception du bien(351). Ils relèvent donc des « benefits », c'est-à-dire des objectifs que seules des politiques perfectionnistes peuvent assumer.

106. Or, même pour les libéraux perfectionnistes, cet argument est contesté. D'abord, il repose sur l'idée que le fonctionnement de nos sociétés implique une diminution de la création contemporaine. Or rien ne permet d'étayer très clairement cet argument : aussi longtemps que certaines personnes s'intéresseront à l'art, les nouveaux courants artistiques trouveront leur public. Et, lorsqu'il n'y a pas d'intérêt pour ces courants artistiques, il n'y aurait plus de fondement légitime à un support étatique. De plus, de nombreuses études soulignent que la rencontre des mondes de l'industrie et du commerce avec le monde de l'art entraîne une augmentation de la production artistique(352). En réalité, ce ne serait pas la disparition de l'art qui se jouerait dans nos sociétés capitalistes, mais la disparition de certaines formes d'art. Le besoin d'art ne serait par conséquent pas lésé dans nos sociétés, car la

(350) *Ibid.*, p. 29.

(351) S. Black, « Revisionist Liberalism and the Decline of Culture », *op. cit.*, pp. 254-255.

(352) Voy. notamment T. Cowen, *Creative Destruction : How Globalization is Changing the World's Culture*, Princeton, Princeton University Press, 2002, p. 146 et, du même auteur, *In Praise of Commercial Culture*, Cambridge, Harvard University Press, 1998, pp. 15-43.

culture commerciale (cinéma, la télévision, les best-sellers) le satisfait. En ce qui concerne les autres formes d'art, comme la « Haute Culture », il faudrait prouver qu'elles constituent un besoin et qu'elles sont en péril. De plus, même si cet art est constitutif d'un besoin, il reste à prouver que sans l'intervention publique, il disparaîtrait davantage[353].

4. La structure culturelle comme « context of choice »

> *« I must study politics and war that my sons may have liberty to study mathematics and philosophy. My sons ought to study mathematics and philosophy… in order to give their children a right to study painting, poetry, music »*[354].

107. Le raisonnement de Ronald Dworkin est, avec celui de la lutte contre les phénomènes de distinction culturelle et pour la participation de tous dans l'espace public culturel, le plus pertinent pour fournir des fondations solides aux politiques culturelles.

a) *L'enrichissement de la structure culturelle de la société : une politique exigée par le principe de différence*

108. Toute l'argumentation de Dworkin se construit autour de l'idée que la culture d'une société constitue le « context of choice », un bien premier fondamental[355] à partir duquel les individus ont la capacité d'élaborer leur conception du bien et à élaborer leurs plans de vie[356]. Pour Dworkin, la « structure culturelle » de nos sociétés permet de faire fructifier l'ensemble des formes culturelles, enrichit les conceptions du bien et approfondit la complexité des approches de la bonne vie. Cette structure doit être soutenue par l'État, parce que d'une part, elle donne les moyens d'ouvrir l'horizon des

(353) N. Carroll, « Can Government Funding of the Arts Be Justified Theoretically ? », *op. cit.*, p. 29.

(354) J. Adams (1735-1826), cité dans H. R. Clinton, « Governement Funding of the Arts Should Continue », *op. cit.*, p. 59.

(355) R. Dworkin, *A Matter of Principles*, *op. cit.*, p. 229. Dworkin établit la nécessité de soutenir cette structure culturelle, sans la rattacher expressément aux théories de la justice. Will Kymlicka prolonge l'argument de Dworkin en rattachant explicitement cette structure culturelle aux biens premiers.

(356) W. Kymlicka, « Dworkin on Freedom and Culture », in *Dworkin and His Critics*, J. Burley (dir.), Oxford, Blackwell Publishing, 2004, p. 119.

individus et leur permet de choisir entre une diversité de conceptions du bien, et, d'autre part, parce qu'elle constitue un héritage à transmettre aux générations futures.

109. L'argument de Dworkin présente l'avantage de ne pas être connecté à une conception élitiste ou paternaliste de la « vie bonne », à certaines valeurs inhérentes à la « Haute Culture », à l'opinion majoritaire ou à l'existence de procédures démocratiques(357). La proposition de Dworkin se fonde sur l'essence même de l'idée du libéralisme politique : la disponibilité d'une diversité de conceptions du bien et de la vie qui permet aux individus d'approfondir leurs conceptions de la vie bonne(358).

110. Dworkin qualifie la « structure culturelle » de langage de la société(359), qui enrichit les autres langages et permet aux individus non seulement de se définir mais également de s'inscrire dans le temps. Or, ce langage particulier émane, en cercles concentriques, de la « Haute Culture » et touche l'ensemble de la culture(360). Un appauvrissement de ce langage et de ses structures fondatrices est hautement dommageable(361) car il implique un appauvrissement global des perspectives et des conceptions du monde disponibles pour les individus, ainsi qu'une diminution des possibilités de compréhension du monde(362).

Puisque le langage de la culture s'appauvrit non seulement par la perte de certains éléments mais également par l'arrêt ou la diminution de l'innovation et de la création, l'État doit non seulement soutenir la structure culturelle existante mais également stimuler l'enrichissement contemporain de celle-ci. Ce soutien à la création contemporaine est nécessaire pour assurer la continuité des langages : parce que notre capacité à créer est basée sur des traditions

(357) S. Black, « Revisionist Liberalism and the Decline of Culture », *op. cit.*, p. 254.

(358) R. Dworkin, *A Matter of Principles*, *op. cit.*, p. 230.

(359) *Ibid.*, pp. 230-231 : « The possibilities of art, of finding aesthetic value in a particular kind of representation or isolation of objects, depend on a shared vocabulary of tradition and convention. This part of our language could have been much poorer ».

(360) *Ibid.*, pp. 231-232.

(361) *Ibid.*

(362) Cette diminution entraînera par exemple une difficulté à trouver une continuité entre le passé et le présent, ou à trouver une valeur esthétique dans l'évolution des langages.

mais également sur la disponibilité de créations contemporaines, il faut que la société dispose d'un renouvellement des formes esthétiques susceptibles d'être représentées et/ou de représenter la réalité afin de permettre la création et la continuité(363). Pour Dworkin, l'intervention publique dans la création est ainsi justifiée parce qu'elle enrichit et diversifie les cultures et les conceptions du bien(364). Pour éviter toute forme de paternalisme ou d'élitisme, le soutien public ne favorisera aucun contenu en particulier et cherchera à promouvoir « the diversity and innovative quality of the culture as a whole »(365).

111. Le raisonnement de Dworkin nous apparaît comme tout à fait pertinent puisqu'il met en relief le rôle primordial de la culture pour la construction du sens et qu'il ancre le soutien à la culture dans les principes de justice(366).

b) *Les critiques libérales de l'argument*

112. S'emparant des indéterminations qui subsistent dans l'argumentaire de Dworkin (et que ce dernier a par ailleurs reconnu), certains auteurs libéraux contestent la validité de ce raisonnement, considérant que celui-ci n'est pas neutre.

(363) R. Dworkin, *A Matter of Principles, op. cit.*, pp. 231-232.

(364) *Ibid.*, p. 232.

(365) *Ibid.*, p. 233.

(366) La thèse de Dworkin fait écho à une multitude d'arguments tenus par ailleurs. Ainsi, Dale F. Murray a développé un argument similaire, en se fondant sur les écrits de John Stuart Mill. Celui-ci reconnaît que le progrès des sociétés dépend de la diversité des opinions et dès lors de l'élargissement du champ des conceptions de la vie bonne disponibles pour les citoyens. Le développement de la culture et des conceptions de la vie bonne sont des impératifs. Et les problèmes d'indétermination ne posent pas réellement question tant que le soutien à la culture permet de révéler des formes culturelles qui approfondiront, diversifieront et complexifieront nos conceptions de la vie. La neutralité des intentions est respectée, en ce que le subventionnement des arts permet de disséminer des informations sur les différentes conceptions de la vie. Le rôle actif de l'État dans les arts, dans le bizarre et l'ésotérique, permet de remettre en question nos définitions de la culture, nos cultures et les principes mêmes de la culture. Globalement, cette intervention publique dans la culture modifie les champs disponibles des conceptions de la vie. Voy. D. F. Murray, « Liberalism, Art and Funding », *op. cit.*, p. 120 ; H. R. Clinton, « Government Funding of the Arts Should Continue », *op. cit.*, p. 60 ; C. Levine, *Provoking Democracy : Why We Need the Arts*, Oxford, Blackwell Publishing, 2007, p. 35 ; D. Gillman, *The Idea of Cultural Heritage*, Leicester, Institute of Art and Law, 2006, pp. 130-131.

113. Une première difficulté affectant la théorie de Dworkin serait ainsi liée au concept même de structure culturelle. Noel Carroll, par exemple, considère que toute contribution à la structure culturelle de notre société n'est pas forcément positive et ne « mérite » pas obligatoirement une intervention étatique. Il est vrai que le principe de neutralité, en « frappant d'interdit le sens du jugement »[(367)], conduit Dworkin à inclure dans sa « structure culturelle » *toutes* les formes culturelles[(368)], y compris celles qui postulent la destruction de certaines conceptions de la vie bonne.

114. Une deuxième difficulté posée par l'argumentaire de Dworkin est liée à l'exercice d'équilibriste qu'il implique pour les pouvoirs publics. Dworkin considère en effet que, dans la détermination des formes culturelles soutenues, l'État devra toujours veiller à ne pas favoriser une forme d'expression culturelle par rapport à une autre, afin de respecter le principe de neutralité[(369)]. Afin d'éviter que l'État ne pose de tels choix culturels, Dworkin propose un système de financement de la culture visant à respecter les principes de justice sociale et la neutralité. Il s'agirait de lever des taxes, qui seraient ensuite allouées en donation à des institutions culturelles. Par conséquent, la seule politique culturelle acceptable se résumera à la mise en œuvre d'un principe de subsidiarité. Afin de garantir la neutralité dans la mise en œuvre de ce principe de subsidiarité, l'on pourrait aussi imaginer une formule comparable à l'« impôt philosophiquement dédicacé ». Cet impôt, qui existe dans certains pays européens, rend le contribuable maître de l'affectation d'une partie de l'impôt des personnes physiques à un courant religieux déterminé. Celui-ci peut décider de ne pas affecter une partie de son impôt à une Église ou décider de subsidier un courant religieux en particulier. Ainsi, en matière culturelle, l'on

(367) G. DE STEXHE, « La démocratie comme logique et projet », in *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ?, Groupements liberticides et droit*, H. DUMONT, P. MANDOUX, A. STROWEL et F. TULKENS (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 112.

(368) On peut d'ailleurs s'étonner de trouver cette critique, assurément tout empreinte de jugements de valeur sur certaines formes culturelles moins méritantes que d'autres, sous la plume d'un auteur libéral qui se revendique justement de la neutralité. Il est donc étonnant de voir un auteur libéral fonder sa critique de la structure culturelle de Dworkin sur une appréciation subjective de cette structure construite sur la base de jugements de valeur qui sont en totale contradiction avec les principes mêmes du libéralisme politique.

(369) R. DWORKIN, *A Matter of Principles, op. cit.*, pp. 232-233.

pourrait permettre au contribuable de choisir entre plusieurs types de politiques culturelles voire, concrètement, entre plusieurs institutions culturelles.

115. Une troisième difficulté concerne la neutralité de la présomption de fragilité de la structure culturelle que postule Dworkin. Pour certains auteurs, cette fragilité est loin d'être avérée – sauf, peut-être, pour la « Haute Culture »[370]– et la postuler n'est pas neutre. Par ailleurs, rien ne permettrait de confirmer que le marché est incapable d'assurer le développement de la structure culturelle et qu'il existe une responsabilité particulière de l'État dans le secteur de la culture.

116. D'autres auteurs contestent la neutralité de l'argument de Dworkin parce qu'il ne respecterait pas les limites que le principe de neutralité implique au principe du « just savings ». Dworkin développerait ce principe bien au-delà des limites assignées par Rawls aux obligations en faveur des générations futures[371]. Pour Rawls, chaque génération doit transmettre à la suivante un stock raisonnable de connaissances et de culture[372]. Mais cette transmission n'est justifiée que par sa capacité à augmenter les attentes économiques des générations futures et à préserver les institutions justes de la société. Par conséquent, ces obligations seraient définies uniquement en fonction des besoins des moins favorisés et en faveur de leur accès aux biens primaires. Or, la culture ne fait pas partie des biens primaires pour Rawls. Ce que Dworkin avance comme justification serait donc contraire au principe du « just savings » de Rawls[373].

117. Enfin, d'autres auteurs considèrent que le postulat de Dworkin en faveur de l'existence, chez chacun, d'un besoin d'approfondir et de nuancer les conceptions du bien disponibles, n'est

(370) N. Carroll, « Can Government Funding of the Arts Be Justified Theoretically ? », *op. cit.*, p. 33.

(371) S. Black, « Revisionist Liberalism and the Decline of Culture », *op. cit.*, p. 254.

(372) J. Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, p. 288 « Each [generation] passes on to the next a fair equivalent in real capital as defined by a just savings principles. (It should be kept in mind here that capital is not only factories and machines and so on, but also the knowledge and culture as well as the techniques and skills that makes possible just institutions and the fair value of liberty) ».

(373) S. Black, « Revisionist Liberalism and the Decline of Culture », *op. cit.*, pp. 254-255.

pas neutre. Ce besoin décrit par Dworkin de participer à une vie culturelle riche et complexe afin d'approfondir, d'augmenter et de nuancer les conceptions du bien disponibles serait loin d'être partagé par tous les individus.

118. Il se déduit donc que, dans une optique libérale orthodoxe, la théorie de Dworkin ne peut être qualifiée de neutre parce qu'elle protège une certaine conception de l'intérêt commun, favorable à la culture(374), qu'elle emporte une interprétation non neutre du principe du « just savings » et qu'elle postule un besoin d'enrichissement et de complexification des conceptions du bien dont la neutralité n'est pas établie.

119. Même les tenants du libéralisme perfectionniste ne peuvent défendre cette théorie. En effet, la critique des libéraux perfectionnistes des principes fondateurs du libéralisme politique reste trop floue pour assumer cette importance fondamentale de la structure culturelle et de la participation à la culture. Le libéralisme politique, même perfectionniste, limite l'intervention de l'État aux besoins de base. Parce qu'il ne peut se défaire complètement d'une certaine négation de la dimension culturelle constitutive des individus et des communautés, le libéralisme politique ne parvient pas à fournir des bases suffisamment solides pour les politiques culturelles au sein d'un cadre dicté par un principe de neutralité, même assoupli.

C. **La culture comme un bien public**

120. Les développements qui suivent évaluent la mobilisation de la théorie des biens publics comme justification de l'intervention publique dans la culture (1). L'on vérifiera s'il est possible de qualifier, de manière neutre, la culture comme un bien public.

121. Dans les débats sur l'agence fédérale de soutien aux arts américains, mais également dans les discours européens sur l'exception culturelle et la diversité culturelle, on invoque souvent l'argument selon lequel les biens, services et produits culturels constituent des biens publics(375). Les biens publics sont communé-

(374) *Ibid.*, pp. 256-257.

(375) Voy. notamment A. H. Levy, *Government and the Arts. Debates over Federal Support of the Arts in America from George Washington to Jesse Helms*, *op. cit.* Soulignons d'ores et déjà que nous n'avons malheureusement pas la possibilité, dans cette

ment décrits comme les biens réunissant deux caractéristiques : la non-excluabilité – c'est-à-dire l'impossibilité d'empêcher quelqu'un de consommer le bien une fois qu'il est produit – et la non rivalité – c'est-à-dire le fait que la consommation du bien par une personne n'empêche par une autre de le consommer(376).

Les caractéristiques propres aux biens publics et leur importance impliquent que la répartition de ces biens doit être régulée par des processus publics et non pas seulement par le marché(377) pour éviter toute forme de carence. Le problème posé par les biens publics est que l'investissement de chaque individu n'influence pas directement la production de ces biens, ni leur répartition. Beaucoup d'individus sont donc tentés de ne pas apporter leur part à la production de ceux-ci, puisqu'ils en bénéficieront sans contribuer à leur production (l'effet free riders)(378). Une intervention publique est requise pour s'assurer de l'existence suffisante de ces biens en établissant des corrections à l'« effet resquilleur » et au problème des « free riders ».

Il y a deux types de biens publics : les biens publics dits « mixtes » et les biens publics « simples ». Les premiers améliorent globalement le bien-être, même s'ils bénéficient surtout aux personnes qui ont investi dans ces biens. Les seconds bénéficient à tous en raison de leurs qualités intrinsèques et extrinsèques et ceci quelle que soit la part d'investissement individuel.

Peut-on considérer que la culture est un *bien public mixte* ? Dans une certaine mesure, on peut soutenir que chacun profite indirectement de l'investissement dans la culture. Par exemple, au niveau commercial, les cafés autour des théâtres bénéficient des événements

---

thèse, d'étudier de façon approfondie ces concepts d'exception culturelle et de diversité culturelle. Nous reviendrons par la suite sur ces notions, mais, de manière générale, les développements consacrés à ces deux notions ne visent pas à donner une appréhension générale de celles-ci mais uniquement à les aborder dans le cadre précis du droit à la culture.

(376) J. M. Buchanan, *The Demand and Supply of Public Goods*, Chicago, Rand Mc Nally, 1968. Voy., sur les relations entre biens publics et droits fondamentaux, E. A. Andersen et B. Lindsnaes, « Public goods, Concepts, definition and method », in *Towards New Global Strategies : Public Goods and Human Rights*, E. A. Andersen et B. Lindsnaes (dir.), Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 29-52.

(377) J. Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, p. 236.

(378) J.M. Buchanan, *The Logic of Collective Action*, Cambridge, Harvard University Press, 1965, cité dans J. Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, p. 236.

culturels car ils en retirent un chiffre d'affaire. Plus symboliquement, les habitants d'une ville riche au niveau culturel tirent une source de fierté de voir ainsi leur culture célébrée et reconnue(379). En termes touristiques, les conséquences sont également non négligeables(380). Le soutien public dans la culture permettrait de soutenir de nombreuses économies locales et certains pans du secteur non-marchand, dont l'impact est important pour une grande partie de la population(381).

Cette appréhension instrumentale de la culture en termes de biens publics mixtes(382) est contestée par certains auteurs qui considèrent que la somme de tous les bénéfices extrinsèques, même définie de manière large, ne serait pas d'une importance suffisante pour justifier un soutien substantiel des pouvoirs publics.

Est-il possible, pour pallier l'impasse des biens publics mixtes, de considérer que la culture est un *bien public simple* ? Dans cette perspective, l'apport de la culture à la société ne se réduit pas à d'intéressantes retombées économiques qui lui sont extérieures, mais concerne l'expérience esthétique ou intellectuelle elle-même(383). Dans cette optique, le patrimoine culturel(384), et, de manière générale, l'ensemble des œuvres accessibles à tous(385) (voire l'ensemble

(379) R. Dworkin, *A Matter of Principles*, *op. cit.*, p. 223.

(380) H. Brighouse, « Neutrality, Publicity, and State Funding of the Arts », *op. cit.*, p. 47 ; R. Dworkin, *A Matter of Principles*, *op. cit.*, p. 225.

(381) Ainsi, en 1997 aux États-Unis, 37 milliards de dollars ont été générés grâce à ce secteur, notamment soutenus par le N.E.A. (H. R. Clinton, « Government Funding of the Arts Should Continue », *op. cit.*, pp. 59-60).

(382) O. Bennett, « Beyond Machinery : The Cultural Policies of Matthew Arnold », *op. cit.*, pp. 455-456 ; T. B. Hansen, « Cultural Economics and Cultural Policy : A Discussion in the Danish Context », *op. cit.*, pp. 87-103 et T. B. Hansen, « Measuring the Value of Culture », *op. cit.*, pp. 309-322.

(383) Cet argument ne concerne pas seulement la culture « populaire » mais également la « Haute Culture » parce qu'elle enrichit le réseau global de la culture, à la fois en ce qui concerne la diversité des styles (l'opéra a favorisé l'émergence de la comédie musicale, les romans sont la source des téléfilms...), mais aussi en ce qui concerne le contenu (les références, les résonances et les figures). Or, l'effet « resquilleur » est ici bien établi : alors que la « Haute Culture » est le vecteur de richesses qui bénéficient à un large public, le public n'est pas obligé de la soutenir pour en jouir.

(384) L. Prott, « Individual or Collective Rights for Cultural Heritage in the information Society », in *Heritage Issues in the Information Society*, *Museum International*, n° 216, 2002, pp. 7-12.

(385) I. Boran, « Global Linguistic Diversity, Public Good and Fairness », in *Language Rights and Political Theory*, W. Kymlicka and A. Patten (dir.), Oxford, Clarendon Press, 2003, note 12, p. 194.

des expressions artistiques[386]) sont considérés comme des biens publics parce qu'ils sont nécessaires et profitables à tous alors qu'il n'est pas obligatoire d'investir individuellement dans ces biens pour en jouir[387].

122. Certains contestent que la qualification des expressions culturelles en tant que biens publics soit compatible avec l'exigence de neutralité et de publicité. Dans cet esprit, cette qualification reposerait sur une certaine idée du bien[388].

Par ailleurs, même si l'on arrive à qualifier la culture comme un bien public en respectant les exigences de neutralité, il reste à vérifier que l'investissement public dans ces biens et la mise en œuvre concrète des politiques culturelles respectent les exigences de neutralité et de publicité. La combinaison entre le principe de neutralité et de publicité implique que tous les citoyens doivent donner leur consentement sur le principe et sur l'ampleur de l'investissement dans la culture. Or, la probabilité d'arriver à une décision unanime sur les matières culturelles est faible[389].

Mais il y a plus. Le principe de consentement suppose non seulement qu'il soit possible d'obtenir une position unanime sur le principe d'un subventionnement des biens publics (ce qui n'est pas établi) mais également que la demande de culture ainsi que l'impact de l'investissement public sur la culture soient déterminés. Or, les arguments basés sur la théorie des biens publics[390] posent

(386) Voy., par exemple, A. S. Greene, « Government of the Good », *op. cit.*, p. 9 ; O. M. Fiss, « The Irony of Free Speech », *op. cit.*, pp. 27-28 ; C. R. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech*, *op. cit.*, pp. 226-227 ; S. J. Heyman, « Spheres of Autonomy : Reforming the Content Neutrality Doctrine in First Amendment Jurisprudence », *William and Mary Bill of Rights Journal*, 2002, Vol. 10, n° 3, p. 715.

(387) J. Raz, *Ethics in the Public Domain : Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 52.

(388) R. Dworkin, *A Matter of Principles*, *op. cit.*, p. 225. Dworkin considère en effet que l'on ne peut fonder l'intervention publique dans la culture uniquement sur les retombées positives de la Haute Culture pour les autres types de culture.

(389) Voy., sur les musées et les expériences esthétiques relatives à la Haute Culture, A. C. Danto, « Museums and the Thirsting Millions », in *Democracy and the Arts*, *op. cit.*, p. 61 : « [...] these experiences have made museums vulnerable to a kind of social criticism ».

(390) Ces problèmes valent aussi pour l'argumentation de Dworkin, fondée sur la structure intellectuelle et culturelle de la société, lorsqu'elle est envisagée comme un argument de bien public et non de bien premier. Par conséquent,

trois grands problèmes d'indétermination. Le premier problème concerne le *décalage temporel*. En principe, les personnes qui participent par le biais de leurs taxes aux biens publics sont celles qui en bénéficient. Or, les personnes qui soutiendront la culture, par le biais de leurs impôts, ne seront pas les principaux bénéficiaires des retombées positives que ce bien public assurera. Même pour les générations futures, la mesure de l'investissement public nécessaire est hautement problématique et pose le problème de la justice intergénérationnelle. En effet, il est très compliqué de déterminer de façon neutre la quantité de biens culturels nécessaires pour les populations à venir(391). Le deuxième problème concerne *l'indétermination de l'impact* de la mesure de soutien à la culture : il est difficile d'identifier les bénéficiaires des aides publiques à la culture (l'élite ou l'ensemble de la population, les touristes ou les locaux ?) ou encore l'impact économique sur le marché de la culture(392). Cette difficulté fragilise toute forme de soutien public reposant sur l'argument des biens publics. En effet, celui-ci se fonde sur l'idée que l'État doit procurer autant de biens publics que ce que les individus désirent réellement recevoir. Mais comment justifier un investissement dans des biens publics dont l'impact est impossible à prévoir et dont les résultats ne correspondront peut-être pas à ce que les individus veulent recevoir(393) ? Le troisième problème concerne *l'indétermination des demandes*. Concernant la culture, l'évaluation du

---

les deux failles que Dworkin lui-même a identifiées comme affectant les arguments basés sur les biens publics, l'indétermination de l'impact culturel et le problème de la nature incommensurable des choix culturels, s'appliquent à sa propre théorie.

(391) L'appréciation du caractère nécessaire du bien doit être neutre par rapport aux conceptions du bien. Or, si l'on refuse la qualification de bien premier à la culture, comment présumer de manière neutre de la centralité de celle-ci pour les générations futures ?

(392) Certaines études ont établi qu'une réduction des aides publiques aux organisations non lucratives impliquait une réduction du soutien à la culture, parce que ces organisations devaient se concentrer davantage sur la recherche de financement que sur le soutien à la culture. P. Hughes et W. Luksetich, « Nonprofit Arts Organizations : Do Funding Sources influence Spending Patterns ? », *Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly*, 2004, n° 33, p. 203. D'autres études contredisent cette conclusion en démontrant que le soutien public dans la culture constitue un frein au soutien privé (D. P. Starr, « Private and Government Sources : Funding the Arts », *Music Educators Journals*, Vol. 69, n° 8, 1983, pp. 43-45).

(393) R. Dworkin, *A Matter of Principles*, *op. cit.*, p. 226.

montant de l'investissement que les individus voudraient dépenser est très complexe. Une simple opération de connexion des prix du marché aux préférences des individus serait largement inadéquate puisque le montant qu'un individu est susceptible de dépenser pour se procurer un bien culturel dépend fortement des ressources qu'il a déjà à disposition[(394)].

De manière générale, parce qu'il est impossible de distinguer les références culturelles qui nous permettent d'évaluer nos besoins culturels, la valeur que nous accordons à certaines formes de culture et la demande en culture, l'argument des biens publics est impraticable pour la culture[(395)]. La culture étant un élément fondamentalement ancré dans nos schémas de pensée et dans nos références, toute réflexion rationnelle basée sur les retombées positives de cette culture apparaît donc comme étant impossible[(396)] : la théorie des biens publics ne semble pas très opérante pour soutenir les politiques culturelles.

(394) Ainsi, par exemple, le simple fait qu'un riche puisse s'offrir du caviar alors que les pauvres n'ont pas de pain ne signifie pas que la communauté dans son ensemble préfère le caviar au pain et ne constitue pas forcément un obstacle à des subsides publics pour le pain. Ainsi, Dworkin considère que généralement, ceux qui se rendent dans les institutions culturelles sont des personnes qui ont les moyens de se l'offrir : ils appartiennent pour la plupart à la classe moyenne. L'approche économique ne semble donc pas offrir beaucoup de soutien au problème de la détermination des biens publics (R. DWORKIN, *A Matter of principles*, *op. cit.*).

(395) Ronald Dworkin prend l'exemple d'une société qui ne connaît pas l'opéra moderne. À notre estime, leur culture en est appauvrie. Or, la source de cet appauvrissement réside précisément dans l'impossibilité des individus de cette société de constater l'importance de l'opéra. Par conséquent, l'on ne peut considérer que l'opéra est une forme de culture que les individus de cette société veulent produire ou désirent préserver. Ainsi, l'opéra ne peut constituer un bien public pour cette société, même si, de notre point de vue, cette forme d'art est importante. En effet, si nous considérons que l'opéra est une forme d'art qui procure un plaisir digne d'être conservé et protégé, c'est parce que nous sommes habitués culturellement à profiter des représentations d'opéra. Rien n'indique que, dans d'autres cultures, ces représentations sont appréciées de la même manière, notamment parce que le système culturel peut avoir d'autres fonctions que de divertir ou de procurer du plaisir aux spectateurs (R. DWORKIN, *A Matter of principles*, *op. cit.*). La grande influence de la structure culturelle dans la construction des choix individuels implique ainsi que, lorsqu'il faut choisir entre un investissement dans la culture ou dans les parcs publics, par exemple, certaines références de notre culture devront être mobilisées. Et le paradoxe réside dans ce que, si l'on pose le choix des parcs publics, l'on devra abandonner certains pans de la culture, qui constituent justement l'élément qui nous a permis de décider !

(396) *Ibid.*, pp. 226-227.

SECTION II. – LES OBJECTIONS COMMUNAUTARIENNES ET HERMÉNEUTIQUES AUX THÉORIE LIBÉRALES

123. Dans les pages précédentes, trois pistes particulièrement fécondes pour justifier le soutien public à la culture ont été développées. La première est liée à l'importance pour l'égalité des chances de l'amélioration esthétique de l'environnement de vie et, plus généralement, de l'enrichissement de l'espace public par les cultures. La deuxième concerne le rôle joué par la participation à la culture dans l'égalité des chances. La troisième propose de fonder la légitimité des politiques culturelles sur l'importance du concept de structure culturelle et sur son rôle pour la construction du sens. Ces justifications apparaissent particulièrement pertinentes par rapport aux développements théoriques traitant du concept de culture développés dans le premier titre de cette partie. Toutefois, ces raisonnements visant à justifier l'intervention publique dans la culture viennent, d'une manière ou d'une autre, buter contre l'exigence de neutralité.

Cette exigence exclut toute forme de subventionnement de la culture, même dans le cadre du libéralisme perfectionniste. En effet, les conditions posées par les libéraux perfectionnistes, qui comprennent notamment l'aménagement de mécanismes clairs et transparents de subventionnement, sont impossibles à respecter. En effet, les principes de neutralité et de publicité « orthodoxes » ne seront jamais respectés par des instances d'octroi des subventionnements, en raison des difficultés liées à leur composition[(397)] et

(397) Le premier problème concerne le comité chargé de décider des subventions. Si ce comité est composé d'artistes, certains le considèreront *a priori* comme un groupe d'intéressés qui se répartit les richesses. Le principe d'impartialité sera ainsi violé. En réalité, dans tous les cas, le comité chargé des décisions de subvention présente un problème insoluble. En effet, ce comité doit à la fois apparaître désintéressé, mais également susceptible d'éviter des décisions discriminatoires. Soit l'on décide qu'il est responsable publiquement, mais les minorités pourront toujours considérer que le corps élu envisage les critères publics à son avantage. Soit l'on décide que c'est un organe irresponsable, qui ne doit pas rendre des comptes aux minorités et qui est composé presque uniquement de personnes intéressées, mais dans ce cas, le corps d'experts sera souvent suspecté d'être partial. La neutralité d'intention, dans un cas comme dans l'autre, n'apparaîtra pas comme étant respectée (H. BRIGHOUSE, « Neutrality, Publicity and State Funding of the Arts », *op. cit.*, p. 58). Enfin, ce comité devra refléter la diversité des choix culturels. L'enjeu sera de ne pas privilégier certaines pratiques culturelles et options artistiques. Ainsi, aux États-Unis, le défi sera de ne pas favoriser la culture

aux critères utilisés[398], qui pourront systématiquement être considérés comme étant discriminatoires. Le respect *in abstracto* d'un principe général de neutralité – au sens orthodoxe du terme – est donc impossible, même si les libéraux perfectionnistes ont raison de vouloir établir des critères et des procédures qui garantissent au maximum le respect des libertés individuelles. Ce n'est que dans l'abandon du principe de neutralité au sens strict pour d'autres principes, comme le pluralisme mono- ou multi-institutionnel (voy. *infra*) et dans une évaluation au cas par cas[399] que l'objectif du respect des libertés individuelles prendra tout son sens[400].

124. L'hypothèse qui sera défendue dans cette section est que ce ne sont pas tant les raisonnements visant à justifier l'intervention de l'État dans la culture qui posent problème que le principe de neutralité lui-même, tel qu'il est formulé dans le libéralisme politique. Le problème est que la nature signifiante de la culture, c'est-à-dire la recherche et la production collective du sens des

européenne par rapport aux cultures multiculturelles et populaires ayant cours dans le pays (T. Miller, « The National Endowment for the Arts in the 1990's. A Black Eye on the Arts ? », *American Behavioral Scientist*, 2000, n° 43, pp. 1429-1445).

(398) Dans tous les États, des critères sont établis pour sélectionner les artistes ou les œuvres soutenus. Ainsi, le controversé « Helms Amendment » interdisait toute subvention à des œuvres obscènes ou indécentes, c'est-à-dire sadomasochistes, homosexuelles, pédophiles ou qui dénigrent la foi des uns et des autres ou encore les œuvres qui dénigrent, avilissent ou injurient une personne, un groupe de personnes sur la base de critères tels que la race, la croyance, le sexe, le handicap ou l'origine nationale. S'il semble que cet amendement ne constitue en soi pas une loi de censure, puisque le droit de s'exprimer subsiste (H. Brighouse, « Neutrality, Publicity and State Funding of the Arts », *op. cit.*, p. 59), certains le considèrent comme étant discriminatoire. En interdisant le soutien à des œuvres homosexuelles, par exemple, la loi établit une discrimination entre les œuvres érotiques hétérosexuelles et les autres. Un groupe est donc discriminé et l'exigence de neutralité est violée (H. Brighouse, « Neutrality, Publicity and State Funding of the Arts », *op. cit.*, pp. 61-62).

(399) C'est dans ce sens que certaines juridictions ont préféré envisager le principe de neutralité, comme la *First Circuit* dans l'affaire *Advocate for Arts v. Thomson* (532 F. 2d 792 (1st Circ. 1976)).

(400) Il semble que, comme dans d'autres domaines, l'instauration de principes généraux neutres de décision est compliquée, quel que soit le domaine, en raison de la nature particulière des processus gouvernementaux de décisions comme le démontrent les études tenant au « public choice » (G. Tullock, A. Seldon et G. L. Brady, *Government Failure. A Primer in Public Choice*, Wahsington D.C., Cato Institute, 2002).

expériences humaines et sociales (par la connaissance, l'information, la compréhension, le jugement, l'expression et la création), qui passe par l'initiation aux expressions concrètes de cette recherche sur le sens que sont les œuvres et les traditions, ne peut qu'échapper au libéralisme politique qui ne connaît, en raison de la neutralité, que des « conceptions de la vie bonne » élaborées et menées par des individus particuliers. Ceci implique que la pensée libérale reste aveugle aux sources culturelles de la diversité des conceptions du bien qu'il postule par ailleurs et que le principe de neutralité en vient à exclure toute forme de soutien public à la diversité des cultures et à la richesse des conceptions de la vie bonne, alors que les mécanismes privés aboutissent irrémédiablement à une homogénéisation et à une simplification de cette diversité culturelle. Ainsi, le principe de neutralité, en excluant tout soutien public à la culture, en arrive à détruire le postulat – culturel – sur lequel il repose (la pluralité des conceptions de la vie bonne) parce qu'il ne perçoit pas que cette pluralité trouve sa source dans une vie culturelle dont la richesse et la diversité doivent être soutenues.

125. Après avoir analysé les objections formulées à l'encontre de l'idéologie de la neutralité sur laquelle repose le libéralisme politique (§ 1), nous étudierons celles qui concernent la conception de la justice véhiculée dans le libéralisme politique (§ 2). Ensuite, nous expliquerons en quoi le libéralisme politique nie les dimensions culturelles constitutives des individus et des sociétés (§ 3).

§ 1. *L'impossible idéologie de la neutralité*

126. Le principe de neutralité est très controversé. Il est rejeté par les communautariens mais également par ceux qui renvoient dos-à-dos les communautariens et les libéraux. En effet, ce principe s'apparente à une forme d'idéologie impossible, tant sur le plan méthodologique (A) que sur le plan éthique (B) et politique (C).

A. **La restriction de la raison pratique à une fonction d'explicitation « neutre »**

127. Rappelons que le principe de neutralité implique « une restriction de la raison pratique à un rôle d'explicitation des jugements intuitifs en principes généraux » (voy. *infra*). Cette

neutralité méthodologique est contestée, notamment par Guillaume de Stexhe. Ce dernier considère que la raison pratique ne peut pas se contenter de clarifier les procédures de la justice mais doit « déployer une réflexion qui s'attache, de façon critique non seulement aux formes ou aux formulations d'une règle de justice cohérente et adéquate à nos institutions en situation, mais au *sens* même du projet de justice – et des intuitions qui le manifestent ». Dès lors, la raison pratique doit concilier une raison analytique et une raison réflexive ; elle ne doit pas seulement décrire mais également *justifier* les principes de justice. Or, la neutralité méthodologique conduit à évincer la dimension évaluative et critique de la raison pratique, en la détachant du « transcendantal » (c'est-à-dire de la « structure constitutive de la condition humaine ») et ne parvient donc pas à se justifier véritablement(401).

B. Le mythe de la « neutralité épistémique » ou « méta-éthique »(402)

128. C'est en se fondant sur cette conception trop restrictive de la raison pratique que la méthodologie libérale aboutit, « sur le plan méta éthique »(403), à traiter du juste indépendamment du bon. Or, « une détermination *exclusivement* politique du 'juste' ne peut se comprendre comme *sensée* et (donc) se *justifier* – ce qu'on attend précisément d'une pensée philosophique – qu'en se réfléchissant sur le plan éthique – qui n'est évidemment pas neutre quant au 'bien' [...] »(404).

(401) L'exclusion par la méthodologie libérale de toute forme de « réflexion critique », qui « rapporte et mesure les pratiques, effectives ou projetées, au champ des possibilités originaires que ces pratiques seules révèlent, et dans lequel elles s'enracinent sans l'épuiser » s'explique par le choix qu'elle se contraint de poser entre deux options. En effet, le libéralisme se contraint de choisir entre soit l'hétéronomie d'une morale qui viserait à « normer l'agir du dehors » et d'autre part la spontanéité individuelle ou collective à laquelle le libéralisme se restreint, excluant ainsi que l'explicitation des jugements réalisée par la raison puisse se doubler d'une réflexion critique réalisée « en fonction d'une distanciation de soi à soi, qu'assume la réflexion herméneutique qui fait référence interrogative à du constitutif ouvert » (G. DE STEXHE, « La neutralité et la distribution comme justice ? Questions au libéralisme solidariste de Philippe Van Parijs », *op. cit.*, p. 504).

(402) Nous empruntons ce terme à Guillaume de Stexhe.

(403) G. DE STEXHE, « La neutralité et la distribution comme justice ? Questions au libéralisme solidariste de Philippe Van Parijs », *op. cit.*, p. 511.

(404) *Ibid.*, p. 505.

En effet, l'idée de neutralité et de primauté du juste par rapport au bien se révèle intenable dès la détermination des prémisses libérales du raisonnement sur la justice, c'est-à-dire dans l'identification de ce pour quoi on élabore une théorie de la justice. La détermination des circonstances qui posent le problème de la justice (et à partir desquelles on élabore une théorie de la justice) renvoie en réalité déjà à une certaine conception de la justice « en l'absence de laquelle on ne comprendrait pas que de telles situations soient vécues et comprises comme *problèmes* »(405). Les auteurs libéraux identifient la rareté et la pluralité comme les « circonstances de justice ». Or, ce qui les conduit à identifier dans ces deux constats un problème de justice est en réalité un « certain sens de la justice comme d'un bien, un sens et un bien qui sont à la fois problématiques et (épistémologiquement) a *priori* – ou transcendantaux »(406). Ainsi, à la source du libéralisme, il y a « une option pratique et particulière » : « la mise hors jeu de cette violence première qu'est l'arbitraire par lequel un vouloir ou une position s'imposerait hors réciprocité, dans leur pure singularité impérative – dans la violence »(407). Ce choix pour la raison n'est donc pas *neutre*, mais constitue un choix *éthique*.

C. **L'impraticable « neutralité politique »**(408)

129. Enfin, c'est au plan politique, dans son fonctionnement pratique, que le principe de neutralité se révèle incohérent et contradictoire.

Le principe de neutralité postule, au plan politique, « un respect égal à toutes celles, parmi (les conceptions de la vie bonne), qui sont compatibles avec le respect des autres »(409). Il décline, au plan éthique, la distinction entre le juste et le bien en deux principes : l'indépendance par rapport aux conceptions du bien, qui traduit le principe méta éthique de neutralité sur le plan politique (A) et

(405) *Ibid*., p. 506.

(406) G. DE STEXHE, « La neutralité et la distribution comme justice ? Questions au libéralisme solidariste de Philippe Van Parijs », *op. cit.*, p. 507.

(407) *Ibid*., p. 509.

(408) Nous empruntons ce terme à Guillaume de Stexhe.

(409) P. VAN PARIJS, *Qu'est qu'une société juste ? Introduction à la pratique de la philosophie politique*, *op. cit.*, p. 244.

la non-discrimination des conceptions de la vie bonne – à condition qu'elles respectent les autres conceptions, qui constitue un « contenu normatif pratique » (B)[410].

Cette traduction, au niveau politique, de la neutralité « épistémique » est (comme cette dernière d'ailleurs) non neutre et reste non justifiée. Force est en effet de constater que la liberté de choix qui découle du premier principe (A), et l'égale dignité qui découle du second (B) n'ont, en réalité, pas de sens si on les envisage de manière tout à fait neutre. En effet, la liberté de choix ne prend son sens que dans un cadre axiologique marqué et « déjà signifiant » ; en dehors de ce cadre, elle se réduit à une « indifférence » traduisant « l'insignifiance » des biens sur lesquels doit s'exercer le choix[411]. Ce sont nos valeurs – qui concernent « le bon » – qui, seules, permettent d'exercer et de guider notre liberté de choix. Quant à l'égale dignité, elle repose, d'une manière ou d'une autre, sur « la considération des propriétés qui nous unissent et des valeurs que nous partageons »[412]. Dès lors, pour François Ost et Michel van de Kerchove, il est nécessaire d'élucider l'« horizon normatif partagé » sur lequel l'égale dignité se fonde[413].

Par ailleurs, la neutralité sur le plan politique est contradictoire et incohérente. En effet, cette règle garantit à la fois la neutralité du politique par rapport aux conceptions de la bonne vie et, dans le même temps, opère concrètement une distinction entre les conceptions de la vie bonne selon qu'elles respectent les autres conceptions ou non. Or, cette restriction dans la prise en compte de certaines conceptions de la vie bonne constitue une « discrimination et donc une préférence accordée à certaines formes de visées de la vie bonne par rapport à d'autres »[414]. Cette discrimination exprime en réalité

(410) *Ibid*., p. 511.

(411) F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 523.

(412) C. Taylor, *La liberté des modernes*, textes choisis par P. De Lara, Paris, P.U.F., 1997, pp. 261 et s. cité dans F. Ost et M. van de Kerchove, *ibid.*, p. 523.

(413) Pour ces auteurs, « s'il est clair que, dans une société pluraliste, nous sommes rarement du même avis, du moins parvenons-nous à exprimer nos désaccords de façon mutuellement compréhensible et à les traiter à l'aide de négociations, de compromis et parfois même d'avancées principielles » (F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 523).

(414) *Ibid*.

une « double *préférence* pour la liberté sociale – ou plus justement sociable – de tous »[415]. Dans ce sens, le libéralisme doit être compris comme l'« institutionnalisation du refus de la violence faite à la liberté »[416]. Ceci implique de faire le partage « entre neutralité formelle et universalité substantielle » mais aussi de réaliser que « le libéralisme pratique ou politique exige de rompre avec la métaéthique du libéralisme méthodologique »[417]. Pour redonner une cohérence au libéralisme, il semble donc qu'il faut abandonner le principe de neutralité…

§2. *Une conception réductrice de la justice*

130. La conception libérale de la justice comme distribution de ressources socio-économiques a été critiquée à maintes reprises. Dans le libéralisme politique, le « problème de justice » est considéré comme étant constitué de la conjonction entre la rareté – définie en termes économiques – des « biens » et la pluralité des conceptions du bien. Sous le concept de « biens rares », le libéralisme traite de manière abstraite d'une variété impressionnante d'« objets » très différents sans prendre en compte leur signification concrète. L'on postule donc que le seul problème est la « confrontation des individus au sujet des biens rares »[418] et que, plus fondamentalement, les individus sont déjà « complets et formés » (la liberté apparaît, dans cet esprit, comme étant « possession individuelle et originaire de soi à soi »)[419].

Cette conception solipsiste de la liberté et des biens premiers dont la justice postule la redistribution est assurément trop restrictive parce qu'elle ne voit pas que c'est « de leur *participation* au jeu social que les individus en viennent, originairement et toujours à nouveau à se recevoir »[420]. Finalement, « le 'bien rare' premier que la justice requiert de *faire advenir* (et non pas de distribuer)

(415) *Ibid*., p. 517.
(416) *Ibid*., p. 522.
(417) *Ibid*., p. 517.
(418) *Ibid*., p. 525.
(419) *Ibid*.
(420) *Ibid*. D'ailleurs, le « second Rawls » semble s'être départi de cette conception, puisqu'il envisage d'emblée l'existence « comme ne trouvant la possibilité de sa réussite que dans la participation à l'échange social » (*ibid*., p. 524).

socialement n'est pas alors un donné factuel préexistant et extérieur à la liberté : c'est la participation sociale même, qui peut être considérée comme transcendante parce que c'est d'elle que chacun reçoit – ou non – ses *propres* possibilités d'exister et d'être un soi libre – sous toutes les modalités possibles (y compris individualistes) de cette existence propre ».

D'autres auteurs ont mis en lumière la nécessité de coopérations sociales visant à faire advenir les « capabilités » (ou capacités réelles) de chacun. Amartya Sen envisage ainsi les fonctionnements et les capabilités comme un nouveau mode d'appréhension des avantages individuels que doit procurer la justice(421). L'approche par les capabilités implique que l'évaluation des « avantages des individus »(422) et des inégalités, de la justice sociale, de la pauvreté, du bien-être et des handicaps doit prendre en compte l'étendue des « possibilités réelles de réaliser » les choses auxquelles l'individu accorde de la valeur. L'attention se concentre donc sur « la liberté [que la personne] a vraiment de faire ceci ou d'être cela – ce qui lui paraît bon de faire ou d'être » et non plus sur l'utilité ou sur les ressources. Ainsi, pour Amartya Sen, il faut dépasser, par le concept de capabilités, les « biens premiers » définis par Rawls, qui, selon lui, ne sont que « des moyens en vue d'autre chose, en particulier de la liberté »(423). L'approche par les capabilités insiste quant à elle « sur la possibilité de réaliser effectivement les fins et sur la liberté concrète d'atteindre ces fins raisonnées »(424).

Enfin certains ont mis en évidence le fait que la conception réductrice de la justice postulée par le mythe de la neutralité affaiblissait dangereusement cette justice – et la conception du bien sur laquelle elle repose (socialité, refus de la violence et autonomie de l'individu). En effet, comme le soulignent François Ost et Michel van de Kerchove, « par elle-même, cette justice libérale n'est pas en mesure de produire ou même de soutenir le bien dont elle s'autorise »(425). Dans certaines conditions extrêmes, l'État doit être autorisé à promouvoir une conception de la vie bonne qui

(421) A. Sen, *L'idée de justice*, *op. cit.*, p. 284.
(422) *Ibid*., p. 283.
(423) *Ibid*., p. 287.
(424) *Ibid*., p. 287.
(425) F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 525.

postule l'exclusion de certaines expressions liberticides du débat public[426].

§3. *La négation des dimensions culturelles constitutives des individus et des sociétés*

131. Dans les paragraphes précédents, l'on a constaté que le libéralisme repose sur des présupposés non-neutres. Mais il y a plus. Ces présupposés conduisent le libéralisme à nier les dimensions culturelles constitutives des individus et des sociétés. En effet, le libéralisme, qui promeut un « moi désengagé » et une forme d'« asocialité », écarte la culture comme élément fondateur des identités et des sociétés (A). Cette négation de la culture se traduit dans les actions de l'État libéral (B). Ces actions, qui doivent respecter l'impossible principe de neutralité, aboutissent à renforcer l'homogénéisation des cultures, voire à détruire certaines formes de cultures.

A. **La négation de la dimension culturelle, le « moi désengagé »[427] et l'« asocialité »**

132. La neutralité libérale procède en effet d'une anthropologie particulière. Elle écarte tout simplement l'inscription de l'individu dans des cultures, dans des communautés et des groupes. Le libéralisme favorise une conception de l'individu et de la société politique comme étant « désincarnée » et « détachée » des cultures. L'individu y est considéré « sans attaches »[428], il est un « moi désengagé »[429]. Ainsi, pour Rawls, la « priorité du moi sur ses fins » implique que l'individu choisit librement ses attaches, s'en départit, les modifie, les exclut, les interroge, mais sans être constitué par elles. « La capacité *a priori* de se déterminer » l'emporte « sur les conceptions morales substantielles » (comme le juste l'emporte sur le bon au plan collectif)[430].

(426) *Ibid*.

(427) Nous reprenons ici l'expression de Michael Sandel dans « La république procédurale et le moi désengagé », *op. cit.*, pp. 255-275.

(428) F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 518.

(429) M. J. Sandel, « La république procédurale et le moi désengagé », *op. cit.*, pp. 255-274.

(430) F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 518.

Pourtant, pour de très nombreux auteurs, ce sont les cultures, les communautés culturelles et les groupes humains qui forment le milieu « humanisant » de chaque individu. L'existence humaine n'est pas en soi capable d'elle-même, elle n'émerge que dans un milieu culturel donné. C'est par la « coopération sociale » permanente (qui passe par l'éducation au sens large), que les êtres humains enrichissent leurs existences de « capacités réelles » et complexifient les conceptions du bien que le libéralisme veut protéger.

Pour les communautariens, cette conception libérale du sujet « ne tient pas compte des conditions réelles de formation de l'identité »[(431)]. Pour ces auteurs, ce qui constitue réellement le sujet, c'est sa culture, son langage[(432)], sa socialisation à travers « des contenus culturels hérités de notre tradition »[(433)] : « la vie humaine est profondément dialogique », écrit Charles Taylor. Dès lors, « ce qui donne sens à l'existence, ce sont les contenus substantiels qui tissent l'histoire propre de chacun, et ces contenus, bien entendu, sont déjà inscrits dans la culture »[(434)]. Ces contenus « précédent donc l'individu et déterminent la manière dont il pourra définir son identité et exercer sa liberté » : c'est « dans un rapport herméneutique à cette tradition » que l'individu peut réellement se constituer en sujet[(435)]. Ce rapport herméneutique aux travail sur le sens des expériences humaines et sociales, médiatisé par les cultures, n'est pas seulement central dans la constitution de l'identité du sujet, il est aussi fondamentalement lié à la construction du sens de l'existence : « les fins qui orientent notre existence ne sont pas le produit d'un choix arbitraire et souverain mais le produit d'une auto-interprétation contextualisée de notre situation dans un horizon socioculturel qui nous précède » et qui « donne consistance et densité au sujet »[(436)].

(431) A. Berten, P. Da Silveira et H. Pourtois, « Introduction générale », in *Libéraux et communautariens*, *op. cit.*, p. 15.

(432) C. Castoriadis, *op. cit.*, p. 222.

(433) F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 518.

(434) A. Berten, P. Da Silveira et H. Pourtois, « Introduction générale », *op. cit.*, p. 15.

(435) *Ibid.*, pp. 15-16.

(436) *Ibid.*, p. 16.

B. La négation et la destruction de la dimension culturelle par l'État libéral

133. En niant la dimension culturelle constitutive des individus et des sociétés, le libéralisme postule un État qui est largement « incapable d'assurer les conditions effectives d'un libre choix entre diverses conceptions de la vie bonne »(437).

D'abord, comme on l'a déjà rappelé *supra*, la neutralité de l'État libéral conduit à un *appauvrissement de la structure culturelle*. Le principe de neutralité interdit en effet, *in fine*, à l'État d'intervenir dans le « libre marché culturel » car cette action favorisera ou défavorisera toujours certaines conceptions de la vie bonne. Ainsi, l'État ne peut pas se soucier de la disparition de certaines formes d'expressions culturelles, ce problème doit être réglé par les mécanismes du marché. Or, à lui seul, ce mécanisme semble impropre à soutenir la diversité(438). Analysant la privatisation des chaînes TV sur l'espace européen, Jean-Marc Ferry constate « que la privatisation des chaînes s'accompagne d'une perte de pluralisme, tant en ce qui concerne les contenus (pluralisme idéologique) que les genres (pluralisme stylistique) »(439). Ainsi, le marché ne suffit pas à maintenir la richesse de la structure culturelle et à l'alimenter(440). Pour cet auteur, « le problème nouveau est qu'il s'agit moins, à présent, de protéger la liberté de la presse contre la tutelle de l'État

(437) A. Berten, P. Da Silveira et H. Pourtois, « Introduction générale », *op. cit.*, p. 248.

(438) D. F. Murray, « Liberalism, Art and Funding », *op. cit.*, p. 120.

(439) Alors même que la poursuite du pluralisme était l'un des buts poursuivis par cette privatisation (J.-M. Ferry, « Culture et médias dans l'espace européen. Pour une Charte européenne de l'Audiovisuel », in *Politique culturelle et droit de la radio-télévision*, *op. cit.*, p. 10).

(440) Jean-Marc Ferry souligne que : « [d]'une part, l'uniformisation des styles affecte le pluralisme des genres télévisuels, et cela peut s'analyser comme une baisse de qualité. C'est pourquoi la privatisation des chaînes pose le problème d'une diversification des programmes, à développer dans l'esprit d'un rééquilibrage se réclamant de la qualité. La difficulté d'un tel rééquilibrage est qu'il renvoie sans doute à des critères de programmation, qui ne convergent pas avec ceux des annonceurs publicitaires. D'autre part, une forme de censure est enchâssée dans le milieu médiatique lui-même, lequel opère souverainement la sélection des contenus idéologiques, des genres télévisuels, des *news* à commenter, des thèmes de débat public, des individus autorisés de médias, ainsi que des personnalités consacrées comme grands Représentants, au titre d'Interprétants ou de Discutants privilégiés ».

que de promouvoir une autonomie des citoyens face au pouvoir des médias »[441]. Ainsi, d'une manière ou d'une autre[442], l'État doit intervenir pour éviter un appauvrissement de la structure culturelle.

134. Ensuite, la neutralité conduit à *l'homogénéisation des cultures existantes*. En effet, irrémédiablement, l'action de l'État va favoriser certains groupes humains – notamment les puissantes organisations philanthropiques – ou certaines expressions culturelles, qui « sont les plus susceptibles d'apporter une forme et des buts en accord avec les valeurs communes de la société libérale »[443]. Par des mécanismes comme les crédits d'impôt ou les défiscalisations, l'appareil étatique sera vite amené à favoriser, indirectement, les expressions culturelles les plus « mainstream »[444], qui correspondent plus aisément aux critères bureaucratiques « classiques »[445] ou aux tendances politiques au pouvoir. Quant à lui, le « libre marché culturel », qui ne fonctionne jamais dans des conditions de concurrence parfaite, favorisera les identités culturelles et les formes culturelles hégémoniques qui sont « pour des raisons historiques, en position dominante » par rapport à celles qui resteront « minoritaires et vulnérables »[446].

135. Mais il y a plus. Pour les communautariens comme Sandel, « les situations d'inégalité et d'aliénation culturelle ne sont pas

(441) J.-M. Ferry, *op. cit.*, p. 10.

(442) En ce qui concerne les pistes de solutions, Jean Marc Ferry constate que « [m]ême si l'on redécouvre les vertus du modèle public ; même si la B.B.C. est à nouveau invoquée comme un exemple de pluralisme réussi, la privatisation des chaînes est un fait accompli, et la nationalisation-étatisation ne saurait être une voie d'avenir. C'est pourquoi, une fois passés les vents de la désétatisation et de la déréglementation, l'effort d'imagination doit essentiellement porter, à présent, sur de nouveaux modes de régulation. Deux tâches réformatrices, deux directions programmatiques semblent s'indiquer en creux : 1) garantir le pluralisme idéologique (des contenus) et stylistique (des genres), afin d'assurer une offre médiatique globale de qualité ; 2) procéduraliser vis-à-vis des médias et au profit des publics l'implémentation de certains droits fondamentaux touchant à la *participation* et à la *personnalité* ».

(443) M. Walzer, « La critique communautarienne du libéralisme », in *Libéraux et communautariens*, *op. cit.*, pp. 328-329.

(444) A. H. Levy, *Government and the Arts. Debates over Federal Support of the Arts in America from George Washington to Jesse Helms*, *op. cit.*, pp. 87 et 110-112.

(445) *Ibid*., pp. 110-111.

(446) A. Berten, P. Da Silveira et H. Pourtois (dir.), *Libéraux et communautariens*, *op. cit.*, p. 249. Voy., pour une explicitation de cette idée dans le cadre des industries culturelles, F. Martel, *Mainstream. Enquête sur cette culture qui plaît à tout le monde*, Paris, Flammarion, 2012.

seulement engendrées par les soubresauts d'une époque que l'avènement d'une société pleinement libérale viendrait clore »[447]. L'État libéral lui-même serait responsable de la *destruction des cultures*. Pour certains communautariens, l'État libéral adopte une attitude « ethnocidaire »[448]. Ainsi, « en prétendant assurer l'égale liberté exclusivement au travers de droits individuels et abstraits (et éventuellement de ressources accordées aux individus pour exercer ces droits), l'État libéral ne reconnaît d'existence juridique qu'aux individus et non aux communautés culturelles. Dans cette mesure, il privilégie les conceptions individualistes du bien par rapport aux conceptions du bien qui ne peuvent se développer que dans un contexte communautaire ». Par conséquent, « les sociétés libérales sont *de facto* ethnocidaires : elles détruisent ou dénaturent les identités culturelles traditionnelles qui ne peuvent s'accommoder de la forme juridique individualiste et étroite qu'y prend l'État ».

136. La neutralité de l'État libéral est accusée *de détruire la dimension collective du travail sur le sens des expériences humaines et sociales*. Pour les communautariens, l'État libéral est non seulement incapable « d'assurer les conditions effectives d'un libre choix entre les conceptions de la vie bonne », mais il est aussi « incapable d'assurer les conditions sociales de sa propres légitimité »[449]. En effet, le libéralisme n'a pas fait advenir un état d'émancipation et d'égalité des personnes. Au contraire, c'est un « individualisme négatif »[450] qu'il a engendré, dans lequel les individus, procéduralisant leurs rapport à l'autre au moyen de leurs droits individuels, en viennent à interroger la solidarité et la légitimité de l'État[451]. Pour assurer les bases libérales et les principes de justice, l'État doit mettre en œuvre des tâches d'éducation que le principe de neutralité lui interdit de mener : développer chez les citoyens un sens

(447) *Ibid*., p. 249.

(448) Voy. M. J. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, *op. cit.*, p. 60 : « the circumstances of justice and especially the assumption of mutual disinterest are thought to introduce an individualistic bias and to rule out or otherwise devalue such motives as benevolence, altruism and communautarian sentiments ».

(449) *Ibid*., p. 250.

(450) F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 513.

(451) A. Berten, P. Da Silveira et H. Pourtois (dir.), *Libéraux et communautariens*, *op. cit.*, p. 250.

de la collectivité, de la communauté, susceptible d'engendrer chez eux un sens commun de la solidarité[452]. Or, ce sens commun se développe notamment au moyen des pratiques culturelles collectives, des pratiques de partage des œuvres, des expressions et des traditions culturelles qui incarnent la recherche du sens des expériences humaines et sociales. L'État libéral, en s'interdisant de soutenir ces pratiques, ces expressions et ces traditions culturelles, mine la recherche collective sur les sens des expériences humaines et sociales qui s'exerce à travers elles.

137. Enfin, le principe de neutralité est dépourvu de sens face aux revendications culturelles de *mouvements violents ou liberticides*. Le « relativisme éthique » qu'implique la neutralité exige un respect de l'ensemble des expressions culturelles, alors que certaines d'entre elles visent précisément à miner les fondements démocratiques du développement de la structure culturelle globale[453].

Conclusions du Chapitre I

138. Bien que les débats théoriques sur le rôle de l'État aient majoritairement été menés par des auteurs libéraux, force est de constater, à l'issue de ce premier chapitre consacré aux justifications des politiques culturelles, que le cadre libéral n'apparaît pas propice pour développer une justification cohérente et raisonnée de ces politiques.

Certes, il semble possible d'envisager, à partir des principes libéraux de justice ou de la théorie des biens publics, certains fondements à l'intervention publique dans la culture. D'abord, on peut soutenir que l'État favorise l'égalité des chances en soutenant l'amélioration esthétique de l'ensemble des quartiers et en soutenant le développement culturel de tous les individus ce qui amène à renforcer l'estime de soi. Ensuite, toujours en se fondant sur le principe d'égalité des chances, certains considèrent que, en égalisant l'accès

(452) *Ibid.*, p. 252.

(453) G. de Stexhe, « La neutralité et la distribution comme justice ? Questions au libéralisme solidariste de Philippe Van Parijs », *op. cit.*, p. 500 ; G. de Stexhe, « Qu'est ce qui est et n'est pas démocratique ? La démocratie comme logique et comme projet », in *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ? Groupements liberticides et droit*, H. Dumont, P. Mandoux, A. Strowel et F. Tulkens (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 111-112.

au capital culturel, en reconnaissant l'ensemble des cultures et en permettant à chacun de participer au travail sur les sens des expériences humaines et sociales, l'État favoriserait effectivement le développement de l'ensemble des individus et l'égalité des chances en atténuant les effets de l'exclusion culturelle et de la distinction sociale. La troisième justification que nous avons approfondie est liée au rôle des structures culturelles dans la construction du sens des expériences humaines et sociales et dans la mise en œuvre de la liberté de choix entre les conceptions de la vie bonne. Quant à la théorie des biens publics, elle offre certaines pistes pour justifier une intervention de l'État dans la culture, en se basant sur une assimilation des biens culturels à des biens publics.

Cependant, la construction d'un argumentaire libéral pour fonder l'intervention publique dans la culture est fragilisée par certains présupposés du libéralisme politique qui, tôt ou tard, s'ils sont considérés de manière « orthodoxe », viennent remettre en question toute forme de politique culturelle signifiante. Les arguments développés présentent en effet d'importantes distorsions avec l'exigence de neutralité parce qu'ils postulent une conception particulièrement élargie de cette exigence et une conception nuancée de l'exigence d'égal respect des libertés. Ainsi, on a vu que le principe de « neutralité culturelle » empêche toute justification valide des politiques culturelles. Car mener une politique culturelle, même lorsqu'elle vise le maintien de la diversité culturelle – qui, *a priori*, apparaît neutre– postule et suppose toujours des choix culturels déterminés, qui ne seront jamais « neutres ».

Plus fondamentalement, c'est le principe même de neutralité et la méthodologie particulière qu'il implique qui aboutit à une impasse car, comme on l'a rappelé, ce principe conduit l'État à appauvrir la structure culturelle, à nier la dimension culturelle et constitutive des individus et des sociétés voire à détruire certaines cultures. Il rend l'État aveugle à la spécificité de la culture dans la constitution des individus et des communautés et à la nature collective du travail sur le sens des expériences humaines et sociales que la culture incarne.

139. À notre sens, la restriction du rôle de l'État que le principe de neutralité induit ne permet pas aux pouvoirs publics d'assumer leurs responsabilités à l'égard de la structure culturelle.

D'abord, cette restriction du rôle de l'État l'empêche de mettre en œuvre les politiques nécessaires pour sauvegarder activement la structure culturelle de la société contre les attaques violentes et liberticides de ceux qui s'opposent à la diversité des points de vue qu'elle véhicule. De la même manière, ce principe rend difficile toute forme d'éducation à l'importance de la structure culturelle. Le libéralisme reste rivé sur l'individu et ses rapports directs avec la satisfaction immédiate qu'il retire de « produits culturels », en écartant la « socialité » fondatrice de l'individu que la culture vise à enrichir. Par conséquent, les mécanismes que la neutralité impose de mettre en œuvre empêchent toute appréhension collective de l'importance de la structure culturelle et du travail sur le sens des expériences humaines et sociales qu'elle opère, qu'elle incarne et qu'elle objective. Parce que la neutralité nécessite le respect de l'individualisme à l'intérieur d'un instrument de redistribution collectif, elle rend impossible toute forme de soutien à la structure culturelle de la société, alors même que celle-ci constitue un bien premier, et réduit le rôle des politiques culturelles à un instrument de distribution de financements pour la production de biens et services culturels « désincarnés »[(454)].

Plus fondamentalement, ce raisonnement qui exclut, au nom du principe de neutralité, le soutien à l'enrichissement de la structure culturelle de la société – neutre en soi – est, à notre sens, paradoxal et révélateur d'un grand malaise. C'est en effet la structure culturelle, telle que conceptualisée par Dworkin, qui permet précisément d'assurer la pluralité des conceptions de la vie bonne que le principe de neutralité vise à préserver. Cette structure culturelle est, par excellence, un bien premier. Elle est en effet un bien nécessaire pour construire, choisir et approfondir les conceptions du bien des individus, ainsi que pour les réaliser. Si la justification des politiques culturelles est problématique, c'est parce qu'elle met particulièrement en lumière des contradictions internes au principe de neutralité. En somme, alors que le principe de neutralité poursuit l'objectif de préserver la pluralité des conceptions de la

(454) Cela étant dit, l'idée d'un impôt « culturellement dédicacé » reste intéressante, si la contribution à la culture, à travers cet impôt, est obligatoire (ce qui permet d'éviter l'effet « passager clandestin »), car elle permettrait de mieux refléter la diversité culturelle et la richesse des structures culturelles.

vie bonne qui découle d'une vie culturelle riche, il organise l'État d'une telle façon à ce qu'il ne puisse pas sauvegarder cette richesse, et donc la diversité des conceptions du bien. La nature signifiante de la culture, c'est-à-dire la production collective du sens et la réalisation, par la critique et l'expressivité, d'un travail sur le sens des expériences humaines et sociales réalisé à l'échelle d'une société, échappe au libéralisme politique qui ne connaît, en raison de la neutralité, que des « conceptions de la vie bonne » élaborées et menées par des individus particuliers agitant des libertés formelles et désincarnées. Ceci implique que la pensée libérale reste aveugle aux sources culturelles de la diversité des conceptions du bien qu'il postule par ailleurs. En raison de cet aveuglement du libéralisme à ce qui constitue l'essence de la culture (et la source du pluralisme qu'il entend ordonner), le principe de neutralité en vient à exclure toute forme de soutien public à la diversité des cultures et à la richesse des conceptions de la vie bonne alors que les mécanismes privés aboutissent irrémédiablement à une homogénéisation et à une simplification de cette diversité culturelle. Ainsi, le principe de neutralité, en excluant tout soutien public à la culture, en arrive à détruire le postulat – culturel – sur lequel il repose (la pluralité des conceptions de la vie bonne) parce qu'il ne perçoit pas que cette pluralité trouve sa source dans une vie culturelle dont la richesse et la diversité doivent être soutenues.

Il faut en conclure que ce ne sont pas tant les raisonnements visant à justifier l'intervention de l'État dans la culture qui posent problème que le principe de neutralité lui-même et la conception neutre de la justice tels qu'ils sont formulés dans le libéralisme politique.

CHAPITRE II.

L'élaboration d'une justification des politiques culturelles fondée sur le multiculturalisme et le communautarisme moderne

Introduction

140. Dans le chapitre précédent, l'impossibilité d'une justification purement libérale des politiques culturelles a été démontrée. Cette impossibilité découle d'un ensemble de problèmes méthodologiques et de présupposés inhérents au libéralisme politique, qui se cristallisent dans le principe de neutralité.

141. C'est pourquoi, dans ce chapitre, est développée une justification résolument non neutre de l'intervention de l'État dans la culture. Notre justification se fonde sur la conception anthropologique du sujet qui se dégage du communautarisme (**Section I**), sur l'équilibre entre les libertés et la dimension culturelle du multiculturalisme (**Section II**) et sur le rappel de l'importance de la construction du sens des expériences humaines et sociales par le communautarisme moderne (**Section III**). Elle se situe dans le prolongement de l'argument de Dworkin relatif aux structures culturelles[455](**Section IV**).

Section I. – Les communautés constitutives des communautariens

142. Les communautariens estiment que l'État devrait non pas se montrer neutre face aux différences, mais au contraire « promouvoir une conception substantielle de la justice, reflétant les convictions éthiques, les traditions collectives propres à la communauté politique concernée »[456]. Pour ces auteurs, il faut dépasser le cadre procédural et formel du libéralisme politique pour élaborer

(455) A. H. Levy, *Government and the Arts. Debates over Federal Support of the Arts in America from George Washington to Jesse Helms*, *op. cit.*, p. 9.

(456) J. Ringelheim, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 34.

un accord sur le bien, fondateur de la société[457]. La justification d'une intervention dans la culture est évidemment plus aisée dans ce cadre de pensée.

§ 1. *La conception communautarienne de la formation du sujet*

143. Comme on l'a montré *supra*, les auteurs communautariens ont d'abord souligné les limites de la conception libérale « atomiste » de l'individu, qui apparaît détaché de toute racine sociale, historique et culturelle et qui semble capable de remettre en question ses idées à tout moment. Ils tendent à reconnaître l'importance du rôle joué par la communauté pour les individus, tant sur un plan ontologique que normatif[458]. En soulignant la nature sociale des individus et le rôle primordial des relations dans la construction de l'identité, les communautariens pointent la grande faiblesse du libéralisme politique qui privilégie une conception « monologique » : son incapacité à comprendre les besoins et les conceptions de l'individu dans leur contexte social et culturel, mais également son incapacité à comprendre le dialogue entre l'individu et les communautés[459]. Ces auteurs ont également bien mis en valeur l'imposture du principe de neutralité et l'impossibilité de définir une conception du juste séparée des conceptions du bien (voy. *supra*).

Les communautariens défendent ainsi une tout autre conception anthropologique de la formation de l'identité et du sujet. Au contraire des libéraux, les communautariens considèrent que l'individu appartient à des communautés qui le constituent avant qu'il ne puisse choisir librement des appartenances à des groupes ou se dégager de certaines appartenances. Michael Sandel évoque une communauté

(457) Voy. le chapitre précédent, la section consacrée aux objections communautariennes au libéralisme politique. Voy. également A. Berten, P. Da Silveira et H. Pourtois (dir.), *Libéraux et communautariens*, *op. cit.*, p. 10.

(458) C. Taylor, « Atomism », in *Powers, Possesssions and Freedom. Essays in honour of G.E.M. Macpherson*, A. Kontos (dir.), Toronto, University of Toronto Press, 1979 ; D. Bell, *Communitarianism and its Critics*, Oxford, Oxford University Press, 1993 ; M. J. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, *op. cit.* ; R. Tuck, « Rights and Pluralism », in *Philosophy in an Age of Pluralism : The Philosophy of Charles Taylor in questions*, J. Tully (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 1994.

(459) I. Ward, *An Introduction to critical Legal Theory*, 2nd ed., London, Cavendish Publishing, 2004, p. 63.

« constitutive » de l'individu – par opposition aux communautés « coopérative » des libéraux – qui engage les individus « dans un mode de citoyenneté plus englobant que ce qu'un moi désengagé peut tolérer »[460]. Pour ces auteurs, « le soi n'est pas antérieur à ses fins, mais ce sont plutôt elles qui le constituent ». Dès lors, « notre soi est constitué, au moins en partie, de fins que nous ne choisissons pas, mais que nous découvrons à travers notre encastrement dans un contexte social commun »[461]. Il est donc impossible de percevoir un moi désengagé par rapport à un « encastrement » communautaire.

En ce qui concerne le rapport entre cet « encastrement » de l'individu dans un contexte communautaire et la détermination de ses choix, de son identité et des fins qu'il décide de poursuivre, le communautarisme affirme qu'il se déroule sur le mode de l'« autodécouverte » et non pas du jugement. C'est à partir de ces « attachements constitutifs » que l'individu peut être appréhendé comme une personne pourvue « de personnalité et de profondeur morale »[462] qui peut, parce qu'il sait qu'il s'inscrit dans une histoire particulière, discerner des fins désirables, poser des choix et adopter une certaine forme de conduite. Michael Sandel fait valoir que « [e]n tant que sujet auto-interprétant, je suis capable de méditer ma propre histoire, de prendre distance à son égard, mais la distance s'avère toujours fragile et provisoire, la réflexivité ne prend jamais pied hors de l'expérience elle-même »[463]. Pour les communautariens, les communautés constitutives permettent aux individus d'exercer une liberté de choix entre des conceptions de la vie bonne qui n'a pas de sens en dehors d'une « situation » : une liberté totale « serait un vide dans lequel rien ne vaudrait la peine d'être fait et rien ne mériterait de compter »[464]. Les interrogations des individus sur leur conception de la vie bonne se déroulent sur le mode d'une « autodécouverte » qui se constitue à partir d'une exploration non

(460) M. J. Sandel, « La république procédurale et le moi désengagé », *op. cit.*, p. 263. C'est ce mode de citoyenneté particulier et englobant qui justifie le principe de différence en tant que principe de partage (*ibid.*, p. 267).

(461) W. Kymlicka, « Le sujet désengagé », in *Libéraux et communautariens*, *op. cit.*, p. 281.

(462) M. J. Sandel, « La république procédurale et le moi désengagé », *op. cit.*, p. 268.

(463) *Ibid.*, p. 269.

(464) Voy. C. Taylor, cité dans W. Kymlicka, « Le sujet désengagé », *op. cit.*, p. 276.

pas sur ce qui est « donné » par les communautés constitutives, mais à partir d'une réflexion sur « soi-même » sur sa « nature constitutive » et sur les fins communautaires que l'individu décide de s'approprier[465]. Les communautariens reconnaissent également une liberté de choix au sujet, qui « a le pouvoir de participer à la constitution de sa propre identité » : il pose des choix entre des fins possibles qui toutes « empiètent sur son identité »[466].

144. Les communautariens considèrent que l'État doit prévenir toute action destructrice des cultures (voy. *supra*, la critique communautarienne du principe de neutralité libéral) en soutenant l'ensemble des communautés culturelles. À leur sens, parce que ni le marché ni l'État ne peut être neutre par rapport à la culture, l'État doit s'engager dans la protection et la promotion des communautés qui construisent les individus. L'État doit mettre en œuvre une « politique de la reconnaissance » afin de conférer une « égale dignité » aux cultures et aux identités culturelles qui façonnent la société. Pour les communautariens, les pouvoirs publics ont l'obligation de protéger les structures culturelles qui permettent aux individus de construire du sens[467].

Les communautariens ne rejettent pas les libertés individuelles mais ils envisagent un État particulier « un État délibérément non neutre, tout au moins pour une certaine partie de son domaine de souveraineté »[468]. Afin de permettre à chacun de mener à bien ses projets, l'État doit promouvoir l'ensemble des cultures, l'ensemble des identités culturelles, en écartant celles qui sont nocives. Face aux « groupes primaires », il doit non seulement être un « arbitre empêchant et remédiant aux transgressions d'un groupe vis-à-vis d'un autre » mais il doit également « rendre les associations désirables plus solides et plus cohérentes », et donner « à chaque membre des associations valorisées une liberté et une sécurité plus grandes » en les libérant ainsi « de conditions gênantes »[469]. Dans

(465) *Ibid.*, p. 283.

(466) *Ibid.*, p. 284.

(467) W. Kymlicka, *Les Théories de la Justice : Une Introduction*, Paris, La Découverte, 1999, p. 236.

(468) M. Walzer, « La critique communautarienne du libéralisme », *op. cit.*, p. 328.

(469) J. Dewey, cité dans M. Walzer, « La critique communautarienne du libéralisme », *op. cit.*, p. 332.

cet esprit, l'État peut promouvoir les associations culturelles dont l'objet est de travailler sur le sens des expériences humaines et sociales, promouvoir les structures culturelles qui fournissent le « donné » à partir duquel les individus « s'auto-découvrent ». Pour les communautariens, l'État doit protéger l'intégrité des formes de vie communautaires et des structures culturelles qui forment un « horizon de valeurs et de compréhension qui engage et lie collectivement »[(470)]. Évidemment, dans ce cadre, la justification des politiques culturelles est aisément fondée dès lors que l'on rattache ces politiques à la protection et à la promotion de certaines identités culturelles et communautés constitutives.

§2. *Les limites du communautarisme*

145. Will Kymlicka a élaboré une célèbre critique de la position communautarienne. Il considère que celle-ci mésinterprète le libéralisme – ou plutôt la conception qu'il a du libéralisme. Ainsi, cet auteur fait valoir que la critique concernant la « vacuité » de la liberté totale « déforme le rôle donné à la liberté par les théories libérales »[(471)]. Pour Kymlicka, le libéralisme ne promeut pas la liberté de choix pour elle-même, mais uniquement « en tant que condition préalable à la possibilité de mener à bien des projets qui, quant à eux, nous semblent avoir une valeur intrinsèque »[(472)]. De la même manière, pour Kymlicka, la vision libérale ne met pas forcément en valeur un individu « désengagé » au sens où il se percevrait antérieur par rapport à ses fins. Pour cet auteur, « ce qui est central dans la vision libérale, ce n'est pas que nous nous percevions comme antérieur à nos fins, mais que nous nous comprenions nous-mêmes comme étant antérieurs à nos fins en ce sens qu'aucune fin, aucun objectif n'est à l'abri d'une éventuelle révision ». Pour que cette révision soit possible, il faut considérer le sujet comme un soi antérieur à ses propres fins dans la mesure où « je peux toujours envisager mon moi sans fins *actuelles* », sans toutefois nier qu'il existe un « donné » particulier à partir duquel je raisonne[(473)].

(470) A. Wellmer, « Conditions d'une culture démocratique », in *Libéraux et communautariens*, *op. cit.*, p. 378.

(471) W. Kymlicka, « Le sujet désengagé », *op. cit.*, p. 277.

(472) *Ibid.*, p. 277.

(473) *Ibid.*, p. 282.

Kymlicka considère qu'en réalité, le communautarisme et le libéralisme ne sont pas des théories politiques très éloignées. Pour Kymlicka, leur seul point de divergence est la question de savoir si le soi « est constitué par ses fins » et si les frontières du soi sont « fluctuantes »[(474)]. Pour Walzer, ces deux théories sont même complémentaires : « le libéralisme est une doctrine autosubversive ; c'est pour cette raison qu'il appelle périodiquement un correctif communautarien »[(475)].

146. D'autres ont critiqué le fait que, en mettant en valeur l'influence du contexte culturel sur les choix des individus, les communautariens étaient incapable d'expliquer comment l'individu garde la capacité de critiquer leurs valeurs et leurs traditions[(476)]. Enfin, certains auteurs communautariens ont été critiqués parce qu'ils véhiculeraient une idée de cultures homogènes et totalisantes.

Section II. – L'équilibre entre libertés et dimensions culturelles dans le multiculturalisme

147. Les multiculturalistes proposent une alternative dans la définition des rôles de l'État, de l'individu et des cultures. Pour ces auteurs, le libéralisme politique est antinomique : l'État neutre doit respecter à la fois la liberté des individus d'exprimer leurs différences mais également l'égalité entre les individus, ce qui le contraint à traiter les individus de manière identique. Ce faisant, l'État agit en ne prenant pas en compte leurs différences[(477)]. Insensible aux différences culturelles des individus[(478)], l'État libéral en arrive à nier l'importance de la culture et de sa pluralité (voy. *supra*).

(474) *Ibid.*, p. 284.

(475) M. Walzer, « La critique communautarienne du libéralisme », *op. cit.*, p. 325.

(476) W. Kymlicka, « Le sujet désengagé », *op. cit.*, p. 284.

(477) J. Ringelheim, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 33. Voy. également J. Ringelheim, « La société démocratique comme espace culturel, pluraliste. Réflexions sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Discussion générale sur le droit de participer à la vie culturelle, 9 mai 2008, E/C.12/40/5.

(478) J. K. Cowan, M.-B. Dembour et R. A. Wilson, « Introduction », in *Culture and Rights. Anthropological Perspectives*, J. K. Cowan, M.-B. Dembour et R. A. Wilson (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 16.

§1. *Le pari du multiculturalisme : réconcilier le libéralisme avec la dimension culturelle*

148. Le multiculturalisme tente le pari de dépasser les faiblesses du libéralisme en redéfinissant les rapports entre l'État et la culture, tout en restant dans le cadre libéral[(479)]. Un auteur majeur, Will Kymlicka, concilie ainsi à la fois une vision libérale et une préoccupation pour les communautés et les cultures :

> « As a liberal, Kymlicka demands that a state guarantee the basic civil and political rights of all its citizens and he defends the value of personal autonomy. As a culturalist, Kymlicka thinks that individuals exercise freedom only through their moorings to a societal culture, and that this fact should lead liberals to take a moral interest in cultures »[(480)].

149. Kymlicka estime que de nombreux problèmes culturels présentés par les communautariens (voy. *infra*) doivent être réintégrés dans le cadre d'un libéralisme politique revisité[(481)]. Les penseurs du multiculturalisme estiment qu'« il faut favoriser le respect et l'épanouissement des différentes identités culturelles au sein d'une société »[(482)].

Pour Will Kymlicka, le respect et la promotion des cultures ne sont pas incompatibles avec le libéralisme ; au contraire, il considère que sans cette inclusion des droits culturels dans le libéralisme, celui-ci manque à son obligation d'assurer l'égale liberté. À défaut de consacrer des droits « polyethniques », de définir des droits spécifiques de représentation et de reconnaître la diversité des cultures qui le compose, l'État libéral manquerait à son devoir d'égal respect pour chacun, puisqu'il favorisera, à son corps défendant, certaines cultures. Will Kymlicka considère ainsi que la neutralité « culturelle » de l'État libéral est une chimère ; pour éviter de privilégier

(479) M. Walzer, *'Comment' on/in Charles Taylor. Multiculturalism and 'The Politics of Recognition'*, Princeton, Princeton University Press, 1994.

(480) D. D. Laitin et R. Reich, « A Liberal Democratic Approach to Language Justice », in *Language Rights and Political Theory*, *op. cit.*, p. 11.

(481) W. Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, Clarendon Press, 1989.

(482) J. Ringelheim, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 40.

outrancièrement certaines cultures, l'État doit consacrer une égalité entre ces cultures, les reconnaître et les protéger par le biais de droits polyethniques[483].

150. C'est dans les années 60-70 qu'émergea sur la scène politique le concept de multiculturalisme, alors que des groupes marginalisés économiquement, socialement et culturellement se battaient pour la reconnaissance de leur « identité » et de leur « culture ». La reconnaissance demandée s'est traduite dans des « politics of identity » ou encore « politics of difference », comme la révision des programmes dans les universités et les politiques de discrimination positive[484]. Ces revendications ont rejailli sur le langage des droits fondamentaux[485], qui a par conséquent intégré des préoccupations plus culturelles, en ce compris au sein des organes de protection des droits de l'homme[486].

151. L'idée fondamentale du multiculturalisme est la suivante : puisque l'État, même en promouvant la neutralité, reflète en réalité les normes d'une culture dominante, seule la prise en compte assumée et délibérée des différences entre les groupes culturels existant au sein de la communauté politique permet d'assurer un respect effectif de la liberté et de l'égalité[487]. Même des décisions politiques qui apparaissent relativement neutres, comme l'installation de monuments historiques, la désignation des rues ou encore le choix des attributs symboliques de l'État sont chargées de références à la culture dominante[488]. Ainsi, aux États-Unis, les décisions du

(483) W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights,* Oxford, Clarendon Press, 1995, spéc. Chapitre III, (*Individual Rights and Collective Rights*), Chap. IV (*Rethinking Liberal Tradition)* et Chap. X, (*Freedom and culture*).

(484) Voy. *ibid*., Chap. II (*The politics of Multiculturalism*).

(485) Pour une analyse approfondie de l'intégration de la différence et de la diversité dans le langage des droits, M. Minow, « Rights and Cultural Difference », in *Identities, Politics, and Rights*, A. Sarat et T. R. Kearns (dir.), Michigan, University of Michigan Press, 1998, pp. 347-365.

(486) J. K. Cowan, M.-B. Dembour et R. A. Wilson, « Introduction », *op. cit.*, p. 8.

(487) Ainsi, certains se posent la question de savoir si même la théorie de Rawls n'est pas liée à une certaine culture. Voy. S. Brennan et R. Noggle, « Rawls's Neglected Childhood : Reflections on the Original Position, Stability, and the Child's Sense of Justice », in *The Idea of a Political Liberalism. Essays on Rawls*, *op. cit.*, p. 66.

(488) S. Levinson, « The Tutelary State : 'Censorship', 'Silencing' and the 'Practices of Cultural Regulation' », in *Censorhip and Silencing : Practices of Cultural*

N.E.A. auraient trop souvent favorisé une culture élitiste européenne, négligeant la diversité culturelle de la population[489]. Ces actions de l'État mettent en valeur des personnes, des idées, des formes d'expression qui font écho à une culture, au détriment des autres cultures[490].

Pour Kymlicka, la neutralité revendiquée par l'État libéral est trompeuse et illusoire car toutes les mesures prises ont toujours un impact culturel. Toutes les régulations et l'ensemble de l'appareil étatique et administratif reflètent une certaine culture et l'État tend à privilégier les groupes dominants[491]. Concrètement, dans les politiques de soutien aux arts, force est de constater une certaine tendance à soutenir la culture « mainstream »[492]. La difficulté d'apprécier en termes administratifs les formes les plus créatives de remise en question du sens communément accordé aux expériences humaines et sociales est immense, d'autant plus que ce langage n'est jamais neutre[493]. Par exemple, l'établissement de critères pour l'obtention des bourses ou de subsides va nécessairement restreindre le champ des choix disponibles, et obliger à rentrer dans des catégories[494], qui se reposent sur une conception peut-être déjà dépassée de l'art, de la culture ou des mouvements socio-culturels[495]. De plus, le risque de manœuvre politicienne est grand dans un contexte où l'écart entre le public et les auteurs culturels

Regulation, R. C. Post (dir.), Los Angeles, The Getty Research Institute for the History of Arts and Humanities Publications, 1998, p. 198 ; W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship A Liberal Theory of Minority Rights, op. cit.*, p. 108.

(489) T. Miller, « The National Endowment for the Arts in the 1990's. A Black Eye on the Arts ? », *op. cit.,* pp. 1444-1445.

(490) Sur les monuments publics, voy. K. Savage, « The Politics of Memory : Black Emancipation and the Civil War Monument », in *Commemorations : The Politics of National Identity*, J. R. Gillis (dir.), Princeton, Princeton University Press, 1994, pp. 135-136 et S. Levinson, *op. cit.*, pp. 201-213.

(491) W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights, op. cit.*, pp. 82-84 et 126.

(492) A. H. Levy, *Government and the Arts. Debates over Federal Support of the Arts in America from George Washington to Jesse Helms*, *op. cit.*, pp. 87 et 110-112.

(493) *Ibid*., p. 113.

(494) *Ibid*., p. 112, 116 et 126.

(495) Cela pourrait également être le cas lorsque l'on recherche des critères les plus neutres et objectifs possibles, qui se fonderaient, par exemple, sur des formes d'art reconnues. Voy. F. S. Ravitch, « A Funny thing happened on the way to neutrality : Broad principles, formalism and the establishment clause », *Georgia Law Review*, 2004, n° 38, pp. 510-511.

se creuse et où nombreuses sont les incompréhensions véhiculées par l'art contemporain[496] et certains mouvements socio-culturels. Découle par ailleurs de cette incompréhension la volonté d'établir des critères, se rapprochant des objectifs de la censure[497]…

152. Pour Kymlicka, l'impact culturel de l'État a d'importantes conséquences en termes d'égalité. Le fait de désigner un groupe comme étant la norme générale et abstraite dévalorise les autres groupes, nuit à leur image. L'absence de reconnaissance et l'exclusion culturelle créent un terreau de fragilisation de l'estime de soi. Les inégalités peuvent alors se reproduire. Dès lors, pour réaliser une véritable égalité, il faut inscrire les différences dans nos institutions, dans les droits[498]. Ainsi, les auteurs du multiculturalisme mettent en valeur l'importance des liens culturels et la place centrale de l'idée d'égalité. Mais ils concilient cette vision avec une prééminence donnée à la liberté car ils estiment que si les liens culturels sont importants pour les individus, ceux-ci ne sont pas entièrement déterminés par ceux-là. Les tenants du multiculturalisme croient ainsi en la possibilité d'une critique individuelle. Kymlicka estime que c'est grâce à notre culture que nous pouvons faire usage de notre liberté. Nous avons besoin d'un contexte dans lequel inscrire nos choix, qui nous permet de poser des jugements et d'exercer notre liberté en lui donnant du sens[499]. Les individus sont donc bien inscrits dans un réseau social[500] et culturel, mais ils sont capables de remettre en question ce réseau[501].

(496) A. H. Levy, *Government and the Arts. Debates over Federal Support of the Arts in America from George Washington to Jesse Helms*, *op. cit.*, pp. 115-120.

(497) *Ibid*.

(498) W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights, op. cit.*, pp. 82-84 et 126.

(499) *Ibid*.

(500) J. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 309.

(501) W. Kymlicka et A. Patten, « Language Rights and Political Theory : Context, Issues, Approaches », in *Language Rights and Political Theory*, *op. cit.*, p. 11 ; W. Kymlicka, « Liberal Theories of Multiculturalism », in *Rights, Culture and the Law, Themes from the Legal and Political Theory of Joseph Raz*, L. H. Meyer, S. L. Paulson et T. W. Pogge (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 233-234.

§2. *Les justifications multiculturalistes des politiques culturelles*

153. Parce qu'il reconnaît la fondamentalité de la dimension culturelle pour les individus et pour la société et qu'il se défait du mythe de la neutralité, le multiculturalisme développe une approche très intéressante pour la justification des politiques culturelles.

A. **Des droits polyethniques**

154. Ainsi, un des droits « polyethniques » que Kymlicka reconnaît à certains groupes ethniques ou religieux[(502)] concerne précisément le soutien aux pratiques artistiques. Will Kymlicka estime que :

> « Some ethnic groups and religious minorities have also demanded various forms of public funding of their cultural practices. This includes the funding of ethnic associations, magazines, and festivals. Given that the most liberal states provide funding for the arts and museums, so as to preserve the richness and diversity of our cultural resources, funding for ethnic studies and ethnic associations can be seen [...] simply as a way of ensuring that ethnic groups are not discriminated against in state funding of art and culture. Some people believe that public funding agencies have traditionally been biased in favour of European-derived forms of cultural expression, and programmes targeted at ethnic groups remedy this bias »[(503)].

Pour Kymlicka, dès lors que l'État intervient toujours d'une manière ou d'une autre, directement ou indirectement, dans la culture, il doit intervenir en faveur de la diversité culturelle, pour rétablir l'équilibre par rapport aux impacts non neutres de ses propres politiques[(504)]. D'autres auteurs ont également souligné l'indispensable reconnaissance par l'État de la diversité des cultures et la nécessité de préserver les cultures minoritaires[(505)].

(502) W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, *op. cit.*, p. 7.

(503) *Ibid.*, p. 30.

(504) *Ibid.*, p. 30.

(505) J. Spinner, *The Boundaries of Citizenship. Race, Ethnicity, and Nationalism in the Liberal State*, Baltimore/London, The John Hopkins University Press, 1994, pp. 155-160.

155. À notre sens, le raisonnement de Kymlicka est également valable même dans le cas où l'État ne développerait pas de politiques culturelles *identifiées* comme telles. En effet, si, par des mesures fiscales indirectes[506], il soutient la culture, il doit mettre en œuvre des mécanismes qui visent à rétablir l'égale liberté et le respect de toutes les cultures. Même dans le cas où il ne mettrait en œuvre aucune forme de soutien à la culture, rappelons que Kymlicka soutient que l'État représente et favorise – à son corps défendant – une certaine forme de culture, notamment celle qui sera produite par le mécanisme que la neutralité tend à renforcer, c'est-à-dire le marché. Dans ce dernier cas, afin de rétablir l'égalité, il faut considérer, à notre sens, que l'État est fondé à agir pour soutenir la diversité culturelle face notamment aux forces homogénéisantes du marché, qui favorisent des cultures dominantes.

B. Le soutien à la structure culturelle en tant que source de liberté

156. La justification multiculturaliste la plus intéressante des politiques culturelles a été développée par Kymlicka dans un article où il reprend l'argumentaire de Dworkin (voy. *supra*)[507]. Pour Kymlicka, la structure culturelle de la société est un bien premier par rapport auquel l'État est fondé à agir.

Kymlicka envisage ce bien premier de manière plus dynamique que dans la conception de Dworkin. Pour Kymlicka, le langage et la culture sont avant tout des *moyens* d'élaborer des jugements intelligents sur nos vies et pour agir ensuite[508] :

> « We decide how to lead our lives by situating ourselves in these cultural narratives, by adopting roles that have struck us as worthwhile ones, as ones worth living. We can and should critically

(506) Comme c'est le cas très souvent aux États-Unis : voy. F. MARTEL, *De la culture en Amérique*, Paris, Gallimard, 2006, spécialement les chapitres consacrés à la philanthropie et aux associations « 501c3 », qui sont soutenues indirectement par des mécanismes fiscaux (pp. 289-365). Un parallèle peut également être fait avec la situation européenne.

(507) W. KYMLICKA, « Dworkin on Freedom and Culture », *op. cit.*, pp. 118-119.

(508) *Ibid.*, p. 118.

reflect on these cultural meanings, but they form the unavoidable starting point for our deliberations about the good life » [509].

Pour Will Kymlicka, l'action publique dans le domaine culturel est justifiée par la nécessité d'enrichir la structure culturelle, qui permet à la liberté réelle d'advenir, mais également par la nécessité d'éviter que la neutralité étatique n'affecte le bien-être de tous. L'État doit soutenir toutes les cultures parce qu'elles constituent les fondations nécessaire de la construction du sens et les moyens sans lesquels il est impossible de choisir entre les conceptions de la vie bonne et de les réaliser. Il doit agir afin d'assurer l'existence et la participation dans la structure culturelle, qui garantit une liberté et une autonomie réelles. Le soutien public à la culture est ainsi fondé pour ouvrir les perspectives sur la culture, sur toutes les conceptions de la bonne vie, pour consacrer des droits polyethniques, pour protéger et préserver les cultures et les identités culturelles non pas pour elles-mêmes, mais parce qu'elles sont importantes dans la vie des individus[510]. Parce que la neutralité peut avoir des conséquences négatives en privilégiant certaines cultures, l'État doit soutenir la diversité des cultures[511].

157. Cette conception se rapproche de l'opinion de certains penseurs, comme Joseph Raz. Ce dernier soulignait que l'État doit intervenir pour promouvoir le bien-être des individus et pour assurer l'existence d'un environnement culturel offrant une richesse d'options pour donner du sens aux expériences humaines et sociales[512].

(509) *Ibid*., pp. 209-210.

(510) J. Raz, *Value, Respect, and Attachment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 35.

(511) W. Kymlicka, « Dworkin on Freedom and Culture », *op. cit.*, pp. 209-210.

(512) Voy. également, pour d'autres justifications proches de cette idée, D. Clover, « Feminist Aesthetic Practice of Community Development : the Case of Myths and Mirrors Community Arts », *Community Development Journal*, 2007, p. 512.

§3. *Les limites du multiculturalisme*

158. Une partie des critiques du multiculturalisme soutient que le projet multiculturaliste n'est que la réitération d'un « pluralisme culturel » et n'est pas suffisamment « communautarien ». Un auteur comme Michael Walzer conteste que le multiculturalisme puisse réellement aboutir à la formation d'une véritable « communauté politique » d'individus citoyens et solidaires. Pour lui, la conception du multiculturalisme est trop restrictive : trop d'importance y serait conférée à la liberté de choix comme constitutive du moi.

159. D'autres considèrent au contraire que le multiculturalisme est trop « communautarien ». Ils estiment que ce système garde l'illusion de cultures homogènes et closes, qu'il prône une société dans laquelle les individus seront traités en fonction de leur communauté d'appartenance. Ces critiques dénoncent la dérive « culturaliste » : détourner les problèmes profonds, sociaux et économiques, vers de simples problèmes identitaires. L'État multiculturel ne verrait plus que les différences(513), sans par ailleurs considérer les possibles métissages de cultures(514). Cet État utiliserait le langage des droits de l'homme alors que les communautés qu'il protège ne les respectent pas toujours(515). D'autres critiquent la vision des cultures que le multiculturalisme implique. Ainsi, Jeremy Waldron ne croit pas en la vision de Kymlicka des « cultural structures ». Critiquant une vision trop pure de la culture, cet auteur estime que « we need culture, but we do not need cultural integrity »(516).

160. À notre sens, ces critiques n'entament pas la pertinence du multiculturalisme de Kymlicka, qui parvient à réconcilier les libertés libérales avec la dimension culturelle.

(513) Voy., pour une forme récente et controversée de cette critique, W. B. Michaels, *La diversité contre l'égalité*, Paris, Libre/Raisons d'agir, 2009.

(514) W. E. Cooper, « Culture Vultures and the Re-Enchantment of Citizenship », in *Do We Need Minority Rights ? Conceptual Issues*, J. Räikkä (dir.), The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 22.

(515) J. K. Cowan, M.-B. Dembour et R. A. Wilson, « Introduction », *op. cit.*

(516) J. Waldron, « Autonomy and Perfectionism in Raz's *Morality of Freedom* », *op. cit.*

SECTION III. – LE COMMUNAUTARISME MODERNE ET LA CONSTRUCTION DU SENS

161. Dans ce paragraphe, est étudié le communautarisme moderne, en ce qu'il permet un dépassement des limites du libéralisme et du communautarisme par la voie dialectique. Cette perspective, proposée notamment par François Ost et Michel van de Kerchove, « souligne l'entrelacement du juste et du bien » : « si [...] le juste présuppose une conception déterminée du bien, à l'inverse il nous faut reconnaître que le bien moderne est traversé d'une exigence d'universalisation qui le soumet de part en part à l'exercice de la confrontation et de la critique »(517). La société que l'on doit promouvoir est celle qui se constitue à partir du « vouloir vivre ensemble » et de la mise en valeur de la « liberté sociable »(518). Elle implique que l'État juste est celui qui prend la mesure de « l'enracinement d'une politique juste de distribution dans une dynamique sociale première – celle d'un jeu *d'échange* qui est, sous des modes différenciés, constitutif de toute expérience proprement humaine »(519).

Dans cet esprit, l'État juste doit permettre l'épanouissement « des conditions d'accès à soi » qui font advenir cette « possibilité fragile » qu'est l'existence libre, capable d'elle-même. Ainsi, l'État doit soutenir ces « milieux humanisant », notamment à travers l'éducation(520). Si dès lors la justice exige de mettre en place les pratiques d'échange qui permettent à l'individu d'advenir à lui-même, nul doute que les activités culturelles et d'éducation permanente sont par excellence des pratiques que la justice postule de soutenir. L'État juste doit susciter la participation dans un monde commun, encourager les échanges culturels, mettre en place des mécanismes permettant d'élargir l'accès et la participation au travail sur le sens des expériences humaines et sociales. Parce que comme l'écrit Jean-Marc Ferry, une société juste doit ouvrir un espace public participatif, accessible, diversifié, où se forme une culture politique partagée, où peuvent se développer des « identités reconstructives »

(517) F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 526.

(518) G. DE STEXHE, « La neutralité et la distribution comme justice ? Questions au libéralisme solidariste de P. Van Parijs », *op. cit.*, pp. 519-522.

(519) *Ibid.*, pp. 525-526. Nous soulignons.

(520) *Ibid.*, p. 527.

fondées sur la reconnaissance mutuelle, et une culture publique commune[521]. Parce que la plus grande injustice « consiste à dénier à certains la participation au monde humain commun »[522], c'est lutter pour la justice que d'instaurer des espaces collectifs où chacun peut participer au travail sur le sens des expériences humaines et sociales par l'initiation à la démarche créative et aux éléments du patrimoine et par la pratique de cette démarche créative et l'appropriation des éléments du patrimoine.

162. Dans cet esprit, l'État démocratique est à la fois « une procédure *et* un projet » ; il poursuit à la fois l'objectif de constituer des mécanismes qui permettent l'exercice non violent des libertés et du pouvoir mais aussi de réaliser des conceptions substantielles du bien commun. Cet État doit pouvoir poursuivre une conception déterminée du bien commun – la liberté sociable – qui peut lui permettre de mener son projet de justice, de préserver les libertés individuelles, les différentes conceptions du bien et son existence même. C'est dans ce sens que l'État peut – et doit – développer un tissu associatif riche qui est compatible avec son projet[523]. Il doit également soutenir la mise en place d'une éducation au bien commun, d'une *paideia* démocratique « en vue de former les citoyens à la hauteur des ambitions démocratiques »[524].

Section IV. – Notre justification des politiques culturelles

163. À notre sens, la justification des politiques culturelles la plus complète repose sur une dialectique entre la justification développée par Kymlicka et celle développée dans le « communautarisme moderne ». Cette justification repose sur l'idée que l'État doit nécessairement enrichir la structure culturelle qui permet à la liberté réelle d'advenir et doit éviter qu'une neutralité étatique

(521) [...]. Cet authentique espace public, médiatique, culturel et politique se situe entre l'État et le marché ; il permet le débat démocratique en dehors des enceintes politiques et autorise la complexification de ce débat (voy. J.-M. Ferry, *Europe, la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale,* Paris, Cerf, 2006.

(522) *Ibid*., p. 529.

(523) M. Walzer, « La critique communautarienne du libéralisme », *op. cit.*, pp. 326-329.

(524) F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 526, citant C. Castoriadis.

illusoire n'affecte le bien-être de tous. Par conséquent, il doit soutenir toutes les cultures parce qu'elles constituent les fondations nécessaire de la construction du sens et les moyens sans lesquels il est impossible de choisir entre les conceptions de la vie bonne et de les réaliser. Il doit agir afin d'assurer l'existence et la distribution juste de la structure culturelle, qui garantit une liberté et une autonomie réelles.

Cette justification est enrichie par les précisions apportées sur le rôle particulièrement important des structures culturelles pour les individus dans le travail d'élaboration du sens des expériences sociales et humaines (A). À partir de la justification fournie par Kymlicka et prolongée par la réflexion sur l'importance du rôle joué par les structures culturelles dans l'élaboration du sens, il est possible de considérer que l'enrichissement des structures culturelles est une exigence de justice (B) ainsi que l'élargissement de la participation à ces structures culturelles (C) et la reconnaissance de l'égale dignité de tous dans la participation à ces structures (D).

§ 1. *Une conception des « structures culturelles » comme sources de liberté*

164. Si l'État juste doit développer des politiques qui visent à enrichir les structures culturelles c'est parce que ces structures forment le cadre signifiant à partir duquel les individus peuvent se constituer en sujets autodéterminants et libres. En effet, ces structures participent non seulement à la constitution de l'individu en tant que sujet digne et libre, mais elles lui permettent également d'élaborer ses conceptions de la vie bonne, de déployer sa liberté de choix, d'approfondir ou de changer de projet de vie(525).

165. Cette conception de la culture comme structure culturelle signifiante correspond aux conclusions de la recherche du premier titre : la culture regroupe ces pratiques qui ont pour objet le travail sur le sens des expériences humaines et sociales et qui incarnent et

(525) Ainsi considérées, les cultures ne sont pas des blocs homogènes qui enferment les sujets mais plutôt une structure lâche, riche et diverse à partir de laquelle les individus se développent et à partir de laquelle ils élaborent leurs projets de vie (voy. *premier titre*).

objectivent ce travail dans une démarche créative et un héritage culturel. Les structures culturelles sont ainsi le lieu de la liberté, de la critique et de l'expressivité du détachement par rapport aux communautés constitutives. Dans la lecture d'Amartya Sen, la culture apparaît comme ce qui permet de déployer la « capacité de choisir entre des affiliations différentes dans la vie culturelle », « de choisir sa façon de vivre peut-être en suivant à certains égards, si on le désire, ses préférences culturelles ancestrales »[(526)].

§2. *L'enrichissement des structures culturelles comme exigence de justice*

166. La justification des politiques culturelles reposant sur une conception de la culture comme « structure signifiante et constituante de l'individu » présente l'avantage de poser la diversité culturelle comme un bien premier que la justice postule de sauvegarder. En poursuivant ouvertement l'objectif de soutenir la pluralité et la richesse des structures culturelles, l'argumentation met en valeur la diversité culturelle mais en justifiant cet objectif pour de *bonnes raisons*. C'est au nom de la complexification et de l'enrichissement des perspectives disponibles que l'État peut intervenir dans la culture. Et c'est seulement dans la mesure où la structure culturelle de la société permet aux individus de déployer leur liberté, en la rendant signifiante, que cette structure culturelle est protégée. La culture n'est donc pas protégée en soi, mais pour ce qu'elle implique dans la constitution de la socialité et du sens de l'existence des individus[(527)].

167. Évidemment, cet objectif n'est pas en soi neutre par rapport aux conceptions du bien (car le juste n'est jamais autonome par rapport au bien). Mais, parce qu'il vise à enrichir l'ensemble de ces conceptions, à les complexifier, il n'est pas non plus contraire aux libertés individuelles qui puisent les conditions de leur exercice dans cette structure culturelle. Ainsi, cette justification des politiques culturelles permet de concilier une intervention de l'État dans la culture et les libertés culturelles dès lors qu'elle repose sur

(526) A. Sen, *L'idée de justice*, *op. cit.*, pp. 292-293.

(527) Ainsi, il est dans une certaine mesure vrai que « we need culture, but we do not need cultural integrity » (J. Waldron, « Autonomy and Perfectionism in Raz's *Morality of Freedom* », *op. cit.*).

la nécessité d'approfondir la diversité culturelle nécessaire à l'exercice de ces libertés. C'est donc la diversité culturelle qui, en mettant en avant la nécessité d'un respect et d'une promotion de l'ensemble des tendances culturelles présentes dans la société, permet à l'État de concilier à la fois les libertés culturelles et une intervention dans les cultures(528). Cette idée est notamment traduite en Belgique dans le principe du pluralisme culturel qui se concrétise dans un principe de non-discrimination entre les structures culturelles (sauf pour les structures liberticides), par un principe de participation de l'ensemble de ces structures culturelles et d'une représentation adéquate de ces structures et, pour un certain nombre de missions, par un principe de subsidiarité dans l'action de l'État par rapport à ces structures(529).

168. Cette justification des politiques culturelles permet de dépasser l'impasse du non-interventionnisme culturel en se fondant sur l'idée que la neutralité culturelle de l'État n'est jamais « neutre ». Dès lors, l'idée que la justice postule la non-intervention de l'État dans la culture et donc « le libre marché culturel » n'est plus tenable. Faire confiance au « libre marché culturel » n'est pas plus « neutre » que de soutenir certaines associations culturelles. Tout autant que la neutralité culturelle de l'État, la neutralité du libre marché culturel est une chimère. Le « libre marché culturel » aboutit à créer une homogénéisation des cultures minoritaires ou trop subversives qui ne peuvent survivre en raison de la « neutralité » de la collectivité politique (voy. *supra*).

169. Par ailleurs, cette justification des politiques culturelles permet de sauvegarder la diversité culturelle en postulant une action de l'État pour défendre les libertés culturelles et la démocratie. En effet, puisque le but des politiques culturelles est d'approfondir les conceptions du bien disponible, de donner à voir la richesse des cultures, de créer un espace où la liberté peut réellement s'exercer et où les cultures sont également respectées et reconnues, ces politiques culturelles doivent pouvoir mettre en œuvre,

(528) Voy., sur cette exigence de conciliation, H. DUMONT, « Le droit à la culture, ou une liberté-autonomie et un droit-créance peuvent-ils se concilier dans une liberté-participation ? », *op. cit.*, pp. 221-247.

(529) Voy. H. DUMONT, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. I de 1830 à 1970*, *op. cit.*, pp. 335-356.

dans des conditions extrêmes, l'exclusion des pratiques culturelles liberticides ou destructrices des autres pratiques culturelles de l'espace public culturel et de faire ainsi advenir la liberté sociable. En raison de ce but précis assigné aux politiques culturelles (l'ouverture du travail sur les sens des expériences humaines et sociales par l'initiation et la pratique d'une démarche créative et la transmission et l'appropriation d'un héritage culturel), l'État doit discriminer entre les structures culturelles selon qu'elles échangent avec les autres structures ou qu'elles refusent les autres structures ou veulent les détruire. Dans ces deux derniers cas en effet, l'État peut être autorisé à adopter des mesures d'interdiction(530).

§3. *L'élargissement de la participation aux structures culturelles comme exigence de justice*

170. Ensuite, la légitimité des politiques culturelles que l'État va mettre en place par rapport à la diversité des structures culturelles signifiantes est liée au rapport que ces politiques entretiennent avec l'obligation d'instaurer les conditions d'une participation large au travail sur le sens des expériences humaines et sociales effectué par ces structures. Si la justice exige la mise en place de pratiques d'échange qui permettent à l'individu d'advenir à lui-même, l'État doit s'assurer que chaque individu dispose effectivement d'un « accès à ses possibilités » humaines au travers de coopérations collectives et plus précisément d'un « accès à ses possibilités de création ». Ces coopérations prennent, dans le champ de la culture, la forme d'un ensemble de politiques visant à permettre à chacun de déployer ses possibilités de création et de participer à l'espace public culturel.

L'action de l'État visant à mettre en œuvre des coopérations « culturelles » permettant d'assurer à chacun l'accès à ses possibilités de création est également justifiée par le principe d'égalité des chances. En effet, comme on l'a souligné *supra*, la possibilité de participer à la culture joue un rôle important dans les phénomènes de distinction sociale. Le degré de participation aux structures

(530) En autorisant une exclusion des pratiques culturelles de l'espace public, cet argument permet ainsi de rencontrer ceux qui considèrent que l'État multiculturel utilise le langage des droits de l'homme alors que les communautés qu'il protège ne les respectent pas toujours (voy. J. K. Cowan, M.-B. Dembour et R. A. Wilson, « Introduction », *op. cit.*).

culturelles signifiantes et le degré d'accès à ses « possibilités de création » sont étroitement liés au développement des capabilités d'un individu, c'est-à-dire du « fonctionnement potentiel ou réalisable, et l'ensemble des fonctionnements particuliers que quelqu'un a la possibilité réelle de réaliser » et donc à sa « liberté réelle »[(531)] et à ses « possibilités réelles »[(532)]. Les politiques culturelles seront donc particulièrement justifiées lorsqu'elles viseront à renforcer les capabilités de tous notamment de ceux qui, d'une manière ou d'une autre, participent moins à la construction et à l'utilisation de la structure culturelle et ont donc moins accès à leurs possibilités de création ou à garantir, pour tous, la conversion de ce droit en réalisations concrètes[(533)]. Dans cette perspective, l'État doit veiller à élargir au maximum la participation au travail sur le sens des expériences humaines et sociales (notamment en veillant à fournir les moyens et les outils adéquats de compréhension, d'analyse et d'expressivité) et doit veiller à fournir à chacun les conditions d'accès à ses possibilités de créer du sens.

§4. *La reconnaissance de l'égale dignité des structures culturelles comme exigence de justice*

171. Enfin, l'action de l'État envers la culture est justifiée par le fait que cette action permet l'instauration d'une « égalité des partenaires » qui implique une « reconnaissance » réciproque de statut. Si l'État juste est l'État qui fait advenir ce « bien rare » particulier qu'est la « dignité » et un « monde commun tel que, en prenant place comme partenaire et comme égal, un être humain puisse y

(531) N. Farvaque et I. Robeyns, « L'approche alternative d'Amartya Sen : une réponse à Emmanuelle Bénicourt », *L'Économie politique*, juillet 2005, n° 27, pp. 38-51. La capabilité est « un vecteur de modes de fonctionnement exprimant la liberté, pour un individu, de choisir entre différentes conditions de vie » (E. Monnet, « La théorie des 'capabilités' d'Amartya Sen. De la relativité par rapport à l'agent à l'objectivité », *Traces*, 2007, Vol. 12, n° 1, p. 103).

(532) La participation à la culture intéresse en particulier une capabilité particulièrement liée à la justice sociale qui est celle de « réaliser diverses combinaisons de fonctionnements que nous pouvons comparer et juger les unes par rapport aux autres au regard de ce que nous avons des raisons de valoriser » (A. Sen, *L'idée de justice*, *op. cit.*, pp. 284 et 286).

(533) N. Farvaque et I. Robeyns, « L'approche alternative d'Amartya Sen : une réponse à Emmanuelle Bénicourt », *op. cit.*, p. 291.

accomplir et s'approprier la dignité dont il est capable »[534], l'État doit non seulement s'assurer que sont reconnues, protégées et promues l'ensemble des cultures – dès lors qu'elles respectent les exigences de la justice – mais doit également garantir la promotion de l'échange entre ces cultures, du respect de leurs membres, du respect de leur richesse. Il doit susciter l'ouverture d'un authentique espace public culturel, la participation dans un monde commun, encourager le déploiement de chacun de ses possibilités de création, encourager les échanges culturels et reconnaître la valeur du travail sur le sens des expériences humaines et sociales effectué par l'ensemble des structures culturelles. L'État doit favoriser et mettre en place les conditions d'un véritable partage culturel, notamment grâce aux échanges interculturels et aux actions de démocratie culturelle.

172. En mettant en valeur la diversité des cultures et une conception dynamique des structures culturelles, cette justification protéiforme des politiques culturelles se développant à de multiples niveaux écarte la critique de certains, qui considèrent que le communautarisme et le multiculturalisme reposent sur l'illusion de cultures homogènes et close, sans métissage possible[535].

Dès lors, en définissant l'importance de la structure culturelle par rapport à la liberté et à l'égalité, l'argument proposé par Kymlicka et approfondi grâce à l'apport herméneutique déjoue les critiques de ceux qui assimilent le projet communautariste ou multiculturaliste avec une société dans laquelle les individus seront traités en fonction de leur communauté d'appartenance et qui dénoncent la dérive « culturaliste » qui détournerait les problèmes profonds, sociaux et économiques, vers de simples problèmes identitaires[536]. L'idée de reconnaissance n'a pour seul but que de garantir l'inclusion des membres des minorités dans la collectivité au sens large et de garantir leur participation. Ce « multiculturalisme critique »[537]

(534) G. DE STEXHE, « La neutralité et la distribution comme justice ? Questions au libéralisme solidariste de P. Van Parijs », *op. cit.*, p. 528.

(535) W. E. COOPER, « Culture Vultures and the Re-Enchantment of Citizenship », *op. cit.*, p. 22.

(536) En effet, il faut considérer de manière dynamique cet argument, comme postulant la porosité des cultures, leur fluidité, leur variabilité. Voy., pour une forme récente de cette critique, W. B. MICHAELS, *op. cit.*

(537) T. TURNER, « Anthropology and Multiculturalism : What is Anthropology That Multiculturalists Should Be Mindful of It ? », *Cultural Anthropology*, novembre1993, Vol. 8, n° 4, p. 412.

vise à rendre « l'espace public plus égalitaire et plus représentatif des différentes composantes de la société contemporaine ». Comme le rappelle Julie Ringelheim, il existe évidemment des inégalités qui n'ont pas des causes culturelles. Mais force est de constater que l'hégémonie d'une culture a bel et bien généré des discriminations, causé l'aliénation de certaines cultures et provoqué leur marginalisation(538).

173. À notre sens, il faut donc considérer que l'État doit pouvoir poursuivre une conception déterminée du bien commun – la liberté sociable – et de la culture – comme structures signifiantes – qui lui permet de mener son projet de justice, de préserver les libertés individuelles, les différentes conceptions du bien et son existence même. C'est dans ce sens que l'État doit soutenir, développer et promouvoir la culture et la participation dans cette culture.

Conclusions du Chapitre II

174. Au terme des discussions menées dans ce second chapitre consacré aux justifications d'une intervention de l'État dans la culture, on est très loin de l'idée d'une neutralité culturelle qui exclurait toute intervention de l'État dans la culture. En effet, dès lors que l'on sort du cadre strict – solipsiste – du libéralisme politique, les fondements des politiques culturelles apparaissent plus nombreux et plus solides.

175. Rappelons que les communautariens estiment que l'État doit prévenir toute action destructrice en soutenant l'ensemble des communautés culturelles qui façonnent les individus et doit mettre en œuvre une « politique de la reconnaissance » de l'égale dignité de l'ensemble des cultures et il doit concrètement protéger les structures culturelles. Pour les multiculturalistes, l'action publique dans le domaine culturel est justifiée par la nécessité d'enrichir la structure culturelle, qui permet à la liberté réelle d'advenir, mais également par la nécessité d'éviter que la neutralité étatique n'affecte la structure culturelle et, par ricochet, le bien-être de tous. Cette action permet également de « corriger » les effets néfastes de l'impossible neutralité du marché et de l'État. Ainsi, c'est à travers une diversité

(538) J. Ringelheim, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*

culturelle renforcée que, pour les multiculturalistes, l'État concilie à la fois respect des libertés individuelles et intervention dans la culture. Pour les « communautariens modernes », qui prolongent communautarisme et multiculturalisme, l'État juste est celui qui doit faire advenir un espace commun où chaque être humain peut s'accomplir, exprimer sa liberté, se développer en tant qu'individu et « s'approprier la dignité dont il est capable » à travers une reconnaissance en tant que partenaire dans un monde commun(539).

176. Ainsi, à notre sens, si l'État doit, au nom de la justice, soutenir la culture c'est parce que cette structure donne à l'individu la possibilité de se constituer comme sujet signifiant, auto-déterminé et libre de créer du sens, parce qu'elle est le lieu de la critique et de l'expressivité, parce qu'elle est une ressource de sens plurielle, diverse et riche qui complexifie les conceptions du bien et qui permet le développement de libertés réelles.

Invoquer la nécessité d'un enrichissement des structures culturelles et la nécessité d'une protection et d'une promotion de la diversité culturelle n'est pas un argument neutre par rapport aux conceptions du bien. C'est même parce qu'il vise à dépasser l'impossible neutralité culturelle des « biens premiers » classiques que cet argument est de nature à justifier réellement les politiques culturelles. Cette absence de « neutralité » n'implique pas forcément une contradiction par rapport aux libertés individuelles. Le respect des libertés culturelles se réalise non pas par une impossible neutralité mais au contraire par la prise en compte de la diversité, par la valorisation de la pluralité, par sa promotion, par l'application concrète du principe de non-discrimination, par la mise en œuvre d'une participation large de l'ensemble des tendances socio-culturelles et, dans une certaine mesure, par le principe de subsidiarité (comme le postule d'ailleurs le principe du pluralisme culturel en droit belge)(540).

Si l'État n'intervenait pas, la diversité culturelle, le pluralisme culturelles et la « qualité » culturelle – nécessaires à l'exercice de la liberté – seraient en danger pour deux raisons. D'abord parce que

(539) G. DE STEXHE, « La neutralité et la distribution comme justice ? Questions au libéralisme solidariste de P. Van Parijs », *op. cit.*, p. 528.

(540) H. DUMONT, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. I de 1830 à 1970*, *op. cit.*, pp. 335-356.

l'action de l'État lui-même n'est jamais neutre mais favorise toujours une certaine conception du bien et parce que le « libre marché culturel » n'est pas plus « neutre » que le fait de soutenir certaines associations culturelles. Ensuite parce qu'il faut pouvoir aménager dans des conditions extrêmes, l'exclusion de l'espace public culturel des pratiques culturelles liberticides ou destructrices des autres pratiques culturelles.

L'État n'est pas seulement fondé à assurer le développement et la protection des structures culturelles dans lesquelles se déploient les libertés individuelles. Il est aussi fondé à intervenir positivement pour assurer une participation égale de l'ensemble des individus à ces structures et pour favoriser l'égalité des chances dans ce domaine. Il faut s'assurer que chaque individu puisse être reconnu comme participant de l'espace public culturel. Au nom de l'égalité des chances et de la justice, l'État doit veiller à élargir au maximum la participation au travail sur le sens des expériences humaines et sociales (notamment en veillant à fournir les moyens et les outils adéquats de compréhension, d'analyse et d'expressivité) et les coopérations culturelles par le biais d'une démocratisation de la culture et de l'instauration d'une démocratie culturelle. Ainsi, l'intervention dans la culture permet de tisser des liens, d'ouvrir des espaces de coopération qui permettent *in fine* de « former les citoyens à la hauteur des ambitions démocratiques »[(541)] et d'ouvrir l'espace public.

177. En raison de leur rôle dans la constitution des sujets, dans l'exercice réel des libertés, dans l'égalité des chances et dans l'élargissement des espaces de participation, la démocratisation culturelle, la démocratie culturelle, le soutien et la promotion de la diversité culturelle et la promotion de l'interculturalité peuvent, à ce stade de la thèse, être qualifiés de politiques légitimes et justes.

(541) F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 526, citant C. Castoriadis.

Conclusions du Titre II

178. Après avoir identifié les acceptions générales du concept de culture, ce titre visait à déterminer les fondements éthiques de l'intervention de l'État dans la culture et donc du droit à la culture. En effet, de la même façon que le développement d'un régime juridique du droit à la culture nécessite un concept de culture appréhendable par le droit, il postule également que les politiques culturelles visant à sa réalisation soient légitimes.

179. Les justifications théoriques des politiques culturelles et leur légitimité se déduisent, d'une part, de leur capacité à appréhender la culture comme un ensemble de structures signifiantes et, d'autre part, de leur aptitude à concilier une série de valeurs antagonistes.

D'abord, les développements théoriques pertinents pour fonder l'intervention publique dans la culture sont, à notre sens, ceux qui parviennent à saisir l'essence signifiante de la culture que l'on a dégagée au premier titre. Les structures culturelles signifiantes sont celles qui permettent à chacun de développer ses possibilités de création. Mais ce soutien crée parfois un certain malaise. En résonance avec la définition de la culture retenue dans le premier chapitre et avec les conclusions de Caroline Levine dans *Provoking Democracy : Why We Need the Arts*(542) et d'autres auteurs(543), il nous semble en effet que la justification fondamentale de l'intervention publique dans les arts, par exemple, se construit justement

(542) C. Levine, *Provoking Democracy : Why We Need the Arts*, *op. cit.*, p. 35.

(543) C. Becker, « The Artist as Citizen », in *The New Gatekeepers. Emerging Challenges to Free Expression in the Arts*, *op. cit.*, p. 112 : « Let's be clear : Artists do not create volatility even if their images trigger it. Such turbulence already exists in society and is often very close to the surface. The work merely creates a point of cathexis – a location for de-territorialised emotions. Part of the artist's role as citizen can be understood as just this – helping to determine not only, in Butler's sense, what 'will constitute the domain of the sayable', but also how, when and where it can be said. A great worry now is that artists won't be provocative enough and will be afraid to talk in complex terms about the event of the past two years [11 septembre – guerre en Irak], that they will be afraid to appear unpatriotic ».

par rapport à leur capacité à construire et à questionner le sens communément donné aux expériences humaines et sociales, à créer un détachement par rapport à ce qui nous conditionne qui puisse ouvrir de nouvelles perspectives. Un des fondements de la démocratie réside précisément dans le soutien aux formes d'art et de culture qui, parfois avant-gardistes, parfois élitistes ou provocantes, se constituent en terrains de lutte pour la démocratie et le pluralisme(544). Le droit à la culture doit s'inscrire dans cette perspective.

Ensuite, il ressort des développements précédents que la justification des politiques culturelles ne peut être reçue que si elle parvient à concilier des valeurs *a priori* antagonistes : la liberté culturelle et l'intervention de l'État dans la culture. Le succès et l'efficacité des justifications des politiques culturelles se mesurent ainsi à l'aune de leur capacité à réunir à la fois l'égalité d'accès et la liberté culturelle, à définir les rôles respectifs de l'État et du marché et à situer de manière équilibrée le respect des identités culturelles par rapport au dialogue interculturel. Les politiques culturelles doivent ainsi jouer les équilibristes entre l'universalité et la particularité des cultures, entre la liberté culturelle et les exigences d'égalité. Elles doivent parvenir à articuler ces deux exigences normatives démocratiques que sont l'autonomie et l'égalité. Leurs justifications et leurs fonctions doivent aussi concilier ces deux exigences démocratiques.

180. Le libéralisme politique reste impropre à saisir la nature signifiante et constitutive de la culture en raison de certains présupposés méthodologiques. Si l'on se défait de l'idéologie de la neutralité, les arguments de Dworkin, approfondis par Kymlicka et rapprochés de la thèse de Sen, constituent une approche séduisante du problème, aboutissant à développer l'autonomie et l'égalité. De la même manière, au sein du système rawlsien, la lutte contre les phénomènes de distinction culturelle peut être considérée comme une exigence de justice à condition d'élargir la portée des « biens premiers ».

Les communautariens, dont la critique du libéralisme a permis de mettre en valeur l'importance de la culture dans la constitution

(544) *Ibid.*, p. 35.

des individus et l'impossibilité d'une neutralité culturelle, fondent l'intervention de l'État dans la culture sur la nécessité de respecter l'intégrité des structures culturelles à partir desquelles les individus se développent. En reconnaissant l'importance des cultures, ils créent un espace où peuvent se réfléchir et se justifier des interventions positives de l'État dans la culture.

181. À partir des objections communautariennes au libéralisme nous avons tenté d'élaborer une justification valide des politiques culturelles. Fondée sur une dialectique entre communautarisme et multiculturalisme afin de concilier la liberté culturelle et l'égalité, nous avons développé une justification des politiques culturelles profondément ancrée autour de l'importance des structures culturelles comme source de liberté réelle. La justification des politiques culturelles que nous endossons repose sur l'idée selon laquelle l'État *doit* enrichir la structure culturelle, qui permet à la liberté réelle d'advenir. Une inaction dans ce domaine justifiée par une neutralité étatique illusoire affecte nécessairement le bien-être de tous. Les pouvoirs publics doivent soutenir une diversité de structures culturelles parce que celles-ci constituent les fondations nécessaires de la construction du sens et les moyens sans lesquels il est impossible de choisir entre les conceptions de la vie bonne et de les réaliser. Les pouvoirs publics doivent non seulement agir afin d'assurer une richesse et une diversité des structures culturelles mais également, et surtout, pour garantir une participation élargie à ces structures culturelles.

182. La précision du régime juridique de la culture pourra, par la suite, participer à un renforcement des fondements des politiques culturelles. En effet, ce droit fondamental, une fois précisé, peut fournir des balises juridiques et éthiques pour repenser les politiques culturelles, leurs objectifs et leur légitimité. L'une des avancées apportée par le droit à la culture réside sans aucun doute dans le rappel de la nécessité de l'expression et de la création, de la construction et de la remise en question du sens communément donné aux expériences humaines et sociales. Dans ce cadre, le droit à la culture, parce qu'il précise les enjeux, permet de revaloriser la légitimité des politiques culturelles. La légitimité et l'efficacité du droit à la culture peuvent ainsi renforcer celles des politiques culturelles prises dans leur globalité.

Cette revalorisation ne peut être réalisée que si le droit à la culture lui-même réussit à concilier la liberté culturelle et l'égalité dans l'accès et dans la participation. En effet, les libertés individuelles doivent être conciliées avec les politiques culturelles que postule le droit à la culture dans un soutien toujours renouvelé à la diversité culturelle, dans des mécanismes participatifs, dans un principe de non-discrimination voire dans le principe de subsidiarité. Cette conciliation doit être constante et doit notamment se réaliser dans la détermination des droits des publics et des artistes, dans la précision des droits et obligations de la puissance publique par rapport à la culture et plus largement, dans l'identification des fonctions des politiques culturelles.

CONCLUSIONS DE LA PARTIE I

183. Cette première partie entendait révéler les soubassements théoriques d'une reconnaissance du droit à la culture. Ces soubassements sont d'ordre conceptuel, éthique et philosophique.

184. D'ordre conceptuel, d'abord. Afin de rendre possible l'analyse juridique du droit à la culture, il fallait en effet définir son objet. L'exploration du concept de culture a permis de dégager une acception de la culture maniable par le droit et spécialement par le droit des droits fondamentaux.

Après une étude des différentes acceptions du concept de culture, nous avons montré que la culture se comprend surtout par rapport au travail sur le sens des expériences humaines et sociales qu'elle construit et qu'elle incarne. C'est d'ailleurs dans ce rapport de la culture avec la construction du sens, avec la critique et l'expressivité, que s'exprime l'importance de ce concept pour les individus. En effet, c'est parce que la culture est fondamentalement liée à la construction du sens qu'elle est essentielle pour le développement des capabilités des individus et pour la construction de leur identité.

La réception juridique du concept de culture n'en reflète que certaines acceptions. En effet, le système juridique et le droit des droits fondamentaux doivent appréhender la culture en fonction de leurs rôles particuliers (respectivement : ordonner le réel et garantir un certain nombre de ressources à tous les individus). Ainsi, le concept de culture privilégié par le droit et les droits fondamentaux a trait à l'ensemble des créations artistiques et des patrimoines culturels, qui incarnent la culture au sens de travail sur le sens des expériences humaines et sociales dans des réalisations concrètes, dans des processus créatifs déterminés, dans des méthodes particulières, dans une posture d'expressivité et d'analyse critique.

À l'intérieur de ce champ conceptuel, nous avons identifié trois secteurs particuliers (la création artistique contemporaine, le patrimoine culturel et l'éducation permanente), afin de déployer une

analyse juridique la plus rigoureuse possible de ce droit dont l'objet reste si rétif à l'analyse juridique.

185. Les fondations théoriques de la reconnaissance du droit à la culture sont également d'ordre éthique et philosophique. En effet, la reconnaissance d'un droit à la culture emmène forcément la mise en œuvre de politiques culturelles dont l'objectif est de soutenir la diversité, de favoriser l'accessibilité et la participation à la culture. Ainsi, dès que la légitimité des politiques culturelles apparaît comme étant incertaine ou controversée, c'est en réalité la structure éthique et philosophique sur laquelle repose le droit à la culture qui chancelle.

Il était donc tout à fait primordial de consolider cette structure éthique et philosophique avant de se lancer dans la construction du régime juridique du droit à la culture. Nous avons construit la légitimité des politiques culturelles en écartant la neutralité libérale au profit d'une justification axée autour de la diversité culturelle, de son importance pour la justice et pour la construction des individus et du lien social. Les objections communautariennes, multiculturalistes et herméneutiques à la neutralité libérale nous semblent en effet dirimantes en ce qui concerne la culture. Le principe de neutralité libérale est injustifiable et incohérent à plus d'un titre, et particulièrement en ce qui concerne la culture, parce qu'il ne reconnaît pas la diversité culturelle sur laquelle il s'appuie pourtant. La prétendue « neutralité culturelle » ne conduit en réalité l'État qu'à favoriser l'homogénéisation des cultures par le jeu du marché et qu'à soutenir, sans le justifier, les structures culturelles dominantes. Par conséquent, nous avons construit la légitimité des politiques culturelles sur une reconnaissance plus positive du rôle signifiant des structures culturelles.

Notre justification des politiques culturelles, qui repose sur les écrits des « communautaristes modernes » et des multiculturalistes, ancre la liberté réelle des individus dans la diversité des structures culturelles existantes. Ainsi, au regard de l'exigence de justice, l'État est non seulement fondé à intervenir pour soutenir cette diversité de structures culturelles, mais il y est également obligé parce que ce sont ces structures qui permettent aux individus de se construire comme des sujets signifiants, autodéterminés et libres, de créer du sens et du lien social. Cette intervention

ne sera évidemment pas « neutre » (la neutralité culturelle étant de toute façon impossible). Mais elle n'entrera pas en contradiction avec les libertés culturelles, qu'elle permettra de soutenir et de valoriser, car elle constitue en réalité une garantie de leur existence. L'exigence de justice en matière culturelle ne concerne pas seulement les actions de l'État visant à soutenir la diversité culturelle. Elle concerne également, et surtout, les politiques visant à assurer une participation de chacun aux structures culturelles qui permettent à l'individu d'advenir à lui-même et de déployer ses possibilités de création. Dans cette perspective, c'est le principe d'égalité des chances, un principe fondateur de la justice, qui permet de justifier et d'exiger que soient mises en œuvre des politiques culturelles dont l'objectif est d'élargir la participation au travail sur les sens des expériences humaines et sociales (notamment en veillant à fournir à tous les moyens adéquats de compréhension, de créativité, d'analyse critique et d'expressivité dans le domaine culturel). Enfin, l'exigence de justice implique que l'État instaure des espaces de coopération de travail sur les sens, un authentique espace public culturel.

Cette première partie a tenté de démontrer la légitimité des politiques culturelles, afin de consolider les fondations théoriques du droit à la culture. L'on ne peut qu'espérer, au seuil de la deuxième partie, que le droit à la culture, une fois son régime juridique précisé, puisse participer à la refondation des politiques culturelles en renforçant leur légitimité au plan éthique et leur importance au plan politique.

PARTIE II.

LA RECONNAISSANCE DU DROIT À LA CULTURE

INTRODUCTION DE LA DEUXIÈME PARTIE

186. Dans la première partie, a été établie la possibilité d'une appréhension du concept de culture par le droit des droits de l'homme. Ensuite, le soutien public de l'État dans la culture a été justifié.

187. En se fondant sur ce terreau théorique, cette partie vise à identifier les processus qui ont amené la reconnaissance du droit à la culture, tant en droit international qu'en droit constitutionnel. Ensuite, elle tend à établir les éléments normatifs de ce droit fondamental : la conception de la culture qui s'y est déployée est ainsi précisée et les prérogatives s'exerçant sur cet objet sont identifiées.

188. Plusieurs paradoxes, inhérents à tous les droits culturels, traversent la présente étude de droit international et de droit constitutionnel. Le premier réside dans le décalage entre les grandes déclarations parfois grandiloquentes sur l'importance fondamentale des droits culturels pour tous les droits de l'homme et le sous-développement de cette catégorie de droits. L'écart s'est creusé entre le discours symbolique sur les droits culturels et le manque d'effectivité qui les affecte. Le deuxième paradoxe réside dans la difficulté d'interpréter des droits orientés vers la spécificité culturelle dans un contexte où l'on a mis l'accent sur l'universalité des droits au-delà des différences culturelles(545). Enfin, le troisième touche à la définition de la culture. L'interprétation du droit à la culture laisse penser que plus on s'est inquiété de la légitimité de ce droit, plus on a eu tendance à élargir la notion de culture qui en était l'objet. Ce mouvement a été entretenu jusqu'à ce qu'on en vienne à confondre le droit à la culture avec d'autres droits et à toucher à l'effectivité de celui-ci, qui s'est retrouvé dénué de spécificité.

(545) W. S. Logan, « Closing Pandora's Box : Human Rights Conundrums in Cultural Heritage Protection », in *Cultural Heritage and Human Rights*, H. Silverman et D. F. Ruggles (dir.), New York, Springer, 2007, pp. 39-40 ; V. T. Thamilmaran, « Cultural Rights in International Law », *Sri Lanka J. Int'l L.*, 2001, Vol. 13, p. 75.

189. Les sources du droit à la culture sont nombreuses et ont été consolidées même si ce droit est longtemps resté négligé, notamment en raison du sous-développement politique des principes qu'il véhicule. Ceux-ci ont incontestablement été précisés ces dernières années, grâce au travail de nombreuses organisations internationales et nationales. En témoigne l'adoption récente par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'audacieuse Observation générale n° 21 relative au droit de participer à la vie culturelle(546). Cependant, une précision rigoureuse des éléments normatifs du droit à la culture fait toujours défaut. C'est qu'à un niveau juridique, l'effectivité du droit et la justiciabilité de celui-ci commandent une détermination minutieuse de l'objet du droit et de ses prérogatives, au-delà de l'apaisement des controverses politiques que sa reconnaissance a suscité.

Ces controverses constituent autant de faiblesses qui continuent à saper la précision en termes juridiques du droit à la culture. D'abord, le perpétuel débat politique sur l'universalisme et le relativisme des droits humains empêche de considérer sereinement le droit à la culture en tant que droit fondamental spécifique, détaché de considérations « culturalistes » ou « occidentales ». Ensuite, se pose un problème de « noyautage » du droit à la culture dans le vaste ensemble des droits culturels, particulièrement par rapport au droit à l'identité culturelle. La difficulté est d'isoler les éléments spécifiques au droit de participer à la vie culturelle en droit international et au droit à l'épanouissement culturel en droit interne. Ces difficultés sont renforcées par la confusion qui règne dans les droits culturels, et qui est liée à la conception de la culture retenue. C'est qu'en effet le droit à la culture recouvre une réalité différente selon la conception de la culture prise en compte. L'imprécision de l'objet de ce droit a conduit à un manque de clarté sur ses éléments constitutifs et a amené une faiblesse dans son effectivité, en raison

(546) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 21, *Droit de chacun de participer à la vie culturelle (art. 15, par. 1 a), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 43e session, Genève, 21 décembre 2009, E/C.12/GC/21. L'audace de cette Observation s'explique en partie par son absence d'effets contraignants. Dès lors, la volonté de ses rédacteurs d'assurer une effectivité aux droits culturels à travers cette Observation doit être relativisée : ils n'assument pas de réelle responsabilité juridique à l'égard de celle-ci.

notamment de la crainte de voir surgir de l'ambiguïté du droit à la culture une forme de relativisme culturel. Il est donc primordial de préciser exactement l'objet et les prérogatives de ce droit, faute de quoi il restera largement ineffectif. L'identification des éléments constitutifs du droit à la culture est tout à fait nécessaire, car le manque d'effectivité de ce droit provient notamment de son ambiguïté.

190. Dans l'analyse des sources et de la portée du droit à la culture, des allées et venues seront sans cesse opérées entre droit international et droit constitutionnel. Comme on l'a vu dans l'introduction générale, l'étude du droit international est en effet tout à fait primordiale. Il importe, pour chaque norme internationale étudiée, de vérifier si elle fait partie du droit belge, si elle a un effet contraignant et si elle est reconnue comme étant applicable directement(547).

191. Rappelons par ailleurs qu'au niveau international, en vertu des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur l'interprétation des Traités, les travaux préparatoires ne doivent être mobilisés que lorsque le texte n'est pas clair. Ils doivent par ailleurs être mis en perspective par rapport à l'idée selon laquelle les instruments relatifs aux droits de l'homme sont des « *living instruments* ». Dans le cadre de cette thèse et de la détermination des sources et de la portée du droit à la culture, nous mobilisons les travaux préparatoires des textes comme des outils pour mettre en lumière la conception des rédacteurs de ces textes sans pour autant considérer que cette conception nous lie à jamais. L'étude des travaux préparatoires n'a nullement pour objectif d'identifier, une fois pour toute, l'objet et les prérogatives du droit à la culture. Ces travaux préparatoires des textes étudiés sont ainsi systématiquement mis en perspective, dans la suite du raisonnement, avec les travaux plus récents et les diverses interprétations subséquentes donc ces textes ont fait l'objet. Il en est de même, *mutatis mutandis*, pour les travaux préparatoires de la Constitution et l'interprétation originaire du Constituant.

192. Cette deuxième partie est divisée en deux titres. Le premier titre explore les sources du droit à la culture, en droit international et en droit constitutionnel. En droit international, l'idée est de

(547) Nous reviendrons sur ces notions dans la troisième partie.

sérier les différentes bases juridiques du droit à la culture en tant que droit culturel spécifique et d'identifier si ces instruments juridiques font partie du droit belge, s'ils sont contraignants et s'ils sont applicables directement (**Chapitre I**). En droit constitutionnel, l'on identifie le processus de la reconnaissance des droits « culturels » avant de se pencher sur la reconnaissance implicite de ces droits dans la répartition des compétences (**Chapitre II**).

Le second titre traite des éléments constitutifs du droit à la culture. Il donne lieu à une identification de l'objet du droit à la culture (**Chapitre I**), des prérogatives qui en découlent et de leurs titulaires (**Chapitre II**), ainsi que des obligations qu'il emporte pour des débiteurs identifiés (**Chapitre III**).

TITRE I.
LES SOURCES DU DROIT À LA CULTURE

193. Dans ce titre, on précise le contexte de la reconnaissance d'un droit à la culture en droit international (**Chapitre I**) et en droit constitutionnel (**Chapitre II**).

CHAPITRE I.
En droit international

194. Dans ce chapitre, il s'agit d'appréhender le mouvement qui a amené, en droit international, à la consécration d'un droit à la culture. Ce droit, reconnu formellement dans les textes depuis 1948, est resté longtemps « sous-développé »[548]. Les grands principes qui forment le contexte du droit ont désormais été précisés. Néanmoins, il semble que, sur un plan juridique, les éléments normatifs du droit restent indéterminés (voy. Chapitre II).

195. La difficulté de préciser les éléments normatifs du droit à la culture découle directement de l'éclatement, de la fragmentation et de la diversité des sources qui reconnaissent ce droit.

D'abord, le droit à la culture est fragmenté en ce que les dimensions de ce droit qui sont rattachées aux droits civils et politiques sont séparées de celles protégées dans des instruments relatifs aux droits économiques et sociaux et sont, en principe, soumis à des régimes différents[549]. Cet éclatement entre les dimensions 'libertés' et les dimensions 'sécurités' a eu des effets néfastes : les aspects culturels des droits civils et politiques ont été négligés et les aspects culturels de la deuxième génération des droits fondamentaux ont souffert d'un manque d'attention et d'effectivité[550].

Ensuite, l'éclatement du régime juridique du droit à la culture résulte de l'association privilégiée entre droits culturels et droits des minorités et des groupements. En effet, le droit à la culture a surtout été développé au regard des problématiques particulières des minorités et des peuples autochtones et moins de manière générale,

(548) P. Meyer-Bisch, « Les droits culturels forment-ils une catégorie spécifique de droits de l'homme ? Quelques difficultés logiques », in *Les droits culturels, une catégorie sous-développée des droits de l'homme. Actes du VIII^e Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme*, Fribourg, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, coll. Interdisciplinaire (série « droits de l'homme »), 1993, p. 17.

(549) C. Groni, « The right to take part in cultural life », *Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Discussion générale sur le droit de participer à la vie culturelle*, 9 mai 2008, E/C.12/40/3, p. 23.

(550) M. Bidault, *La protection internationale des droits culturels*, *op. cit.*, pp. 13-53.

comme un droit universel individuel. L'attention s'est ainsi portée avec plus d'acuité sur la problématique de l'identité culturelle que sur la participation de tous à toutes les cultures. Au-delà de la problématique des minorités et des peuples autochtones, le droit à la culture a fait l'objet d'une attention soutenue en référence à certains groupements particuliers, considérés comme étant plus vulnérables(551).

Enfin, le droit à la culture apparaît plus fragmenté encore puisque certains de ses aspects sont traités dans des instruments relatifs aux politiques culturelles et non pas dans des textes proclamant des droits fondamentaux. Le déficit dans la protection par le droit des droits de l'homme du droit universel de participer à la culture et d'accéder à la culture a poussé l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) à prendre le relais sur ce point. Ainsi, de nombreux instruments de l'UNESCO viennent consacrer des obligations étatiques et des mécanismes qui, s'ils ne consacrent pas explicitement des droits de l'homme, instaurent les conditions d'exercice des droits culturels. Dans ce cadre, une approche objective doit être privilégiée en complément de l'étude des droits de l'homme liés au droit à la culture.

196. L'on cherchera aussi, dans cette section, à étayer les raisons de la négligence systématique dont le droit à la culture(552) a fait l'objet, déjà sommairement citées dans l'introduction. Plusieurs circonstances expliquent ce manque de systématisation relative au contenu de ce droit en droit international.

D'abord, le nombre assez faible de recherches approfondies au niveau juridique conduites sur le droit à la culture, à l'exception des travaux de Mylène Bidault, d'Yvonne Donders, d'Elsa Stamatopoulou et d'autres auteurs, n'a pas permis de développer les contours d'un droit au contenu indéterminé dans sa formulation(553).

(551) M. Bidault, *ibid.*, pp. 54-93.

(552) P. Meyer-Bisch, « Les droits culturels forment-t-ils une catégorie spécifique des droits de l'homme ? Quelques difficultés logiques », *op. cit.*, pp. 17-21 ; A. Eide, « Cultural Rights as Individual Human Rights », in *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, A. Eide, C. Krause et A. Rosas (dir.), Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 289. Les droits culturels, toujours énumérés en fin de texte, apparaissent négligés.

(553) Les rares auteurs à s'être penchés sur ce droit sont les suivants : R. O'Keefe, « The 'Right to Take Part in Cultural Life' Under Article 15 of

Plus largement, force est de constater que le droit à la culture reste le terrain de vives tensions politiques et idéologiques. Ces tensions proviennent notamment de la crainte partagée parmi de nombreux experts internationaux de voir les théories relativistes s'exprimer en cas de débats sur les droits culturels. De nombreuses organisations continuent à réclamer la plus grande prudence face aux droits culturels, qui, à leur sens, peuvent justifier certaines inégalités inacceptables(554). Face à ce risque, la plupart de ces organisations ont préféré ne pas s'engager dans la clarification de ces droits. Ensuite, la difficulté que posent inévitablement les droits culturels réside dans la définition du concept de culture (difficulté qui a été traitée dans la première partie), dans l'absence de cohérence inhérente à la notion de « droits culturels » et dans la distinction entre ces droits et ceux qui incluent des aspects culturels(555). De plus, le manque d'étude approfondie du droit de participer à la vie culturelle trouve sa source dans l'opinion partagée par certains auteurs du droit international qui consiste à considérer les droits culturels plus comme un luxe que comme un droit. Des difficultés politiques sont également apparues lors de l'étude de ces droits, en raison notamment de la problématique des pratiques culturelles contraires aux droits de l'homme. En outre, la crainte de voir se transformer les droits culturels en instruments de revendication identitaire a également joué, crainte qui s'est doublée d'une peur

the ICESCR », *Int'l & Comp. L. Q.*, October 1998, Vol. 47, n° 4, pp. 904-923 ; Y. Donders, *Towards a Right to Cultural Identity ?*, *op. cit.* ; Y. Donders, « A Right to Cultural Identity in UNESCO », in *Cultural Human Rights*, F. Francioni et M. Scheinin (dir.), Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 317-340 ; Y. Donders, « The Legal Framework of the Right to Take Part in Cultural Life », *op. cit.*, pp. 231-272 ; M. Bidault, *La protection internationale des droits culturels*, *op. cit.* ; H. Niec, « Human Right to Culture », *Annuaire de l'AAA*, 1974, Vol. 44, pp. 109 et s. ; B. Boutros-Ghali, « Droit à la culture et Déclaration universelle des droits de l'homme », *Rev. Égyptienne de droit international*, 1968, Vol. 24, p. 67 ; Y. Dinstein, « Cultural Rights », *Israel Yearbook H. R.*, 1979, n° 9, p. 58 ; R. Stavenhagen, « Cultural Rights and Universal Human Rights », in *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, *op. cit.*, p. 63 ; A. Eide, « Cultural Rights as Individual Human Rights », *op. cit.*, p. 229, E. Stamatopoulou, *op. cit.*

(554) International Women Action's Watch, « Equality The right to take part in cultural life », Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Discussion générale sur le droit de participer à la vie culturelle, 8 mai 2008, E/C.12/40/10, p. 2.

(555) H. Niec, « Casting the foundation for the implementation of cultural rights », in *Cultural Rights and Wrongs. A Collection of Essays in Commemoration of the 50th Anniversary of the Universal Declaration on Human Rights*, *op. cit.*, p. 178.

de voir des droits collectifs prendre le dessus sur les individus(556) ou sur les États-nations(557).

197. Malgré cette absence de considération initiale pour les droits culturels, l'on constate aujourd'hui un regain d'intérêt pour ceux-ci, qui se traduit par une production accrue d'études en la matière. Parmi les facteurs qui ont incontestablement joué en faveur des droits culturels, citons les menaces qui pèsent sur les cultures minoritaires, la revalorisation des identités culturelles et des politiques d'inter-culturalité, le rôle désormais reconnu à la culture et à l'éducation dans la prévention du racisme et d'autres fléaux sociaux, la globalisation et la privatisation de secteurs entiers du monde culturel avec pour conséquence la nécessité de retrouver une légitimité pour l'intervention publique et en faveur de la diversité culturelle(558), l'importance des enjeux financiers dans ces secteurs et leur potentiel dévastateur pour la diversité culturelle et enfin les mouvements migratoires et la nécessité d'une compréhension mutuelle(559).

Si ces facteurs ont contribué à une revitalisation des discussions autour des droits culturels, la clarté ne caractérise pas toujours le contenu de celles-ci.

198. L'on envisage d'abord la reconnaissance du droit à la culture dans les instruments de protection des droits de l'homme (**Section I**) avant d'identifier les textes relatifs aux politiques culturelles qui consacrent, de manière « objective », des facettes du droit à la culture (**Section II**)(560).

---

(556) *Ibid*.

(557) Voy. notamment E. Stamatopoulou, « The right to take part in cultural life », *op. cit.*, pp. 7-9.

(558) Ainsi qu'en témoigne le paragraphe 75 de l'Observation générale relative au droit de participer à la vie culturelle, qui établit l'obligation pour les États parties « en tant que membres d'organisations internationales telles que [...] l'OMC » de faire en sorte que soient garanties la conformité entre les politiques et les décisions de ces organisations dans le domaine de la culture et les obligations découlant du droit de participer à la vie culturelle, notamment en ce qui concerne la coopération et l'assistance culturelle internationale (Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 21, *Droit de chacun de participer à la vie culturelle (art. 15, par. 1 a), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 43e session, Genève, 21 décembre 2009, E/C.12/GC/2, § 74).

(559) Voy. e.a. E. Stamatopoulou, « The right to take part in cultural life », *op. cit.*

(560) Voy. pour une étude des références à l'ensemble des droits culturels, de manière générale, dans les instruments internationaux relatifs aux droits

Section I. – La reconnaissance du droit à la culture dans les instruments de protection des droits de l'homme

199. On étudie la reconnaissance du droit à la culture dans la Déclaration universelle des droits de l'homme (§ 1), dans les instruments de protection des droits économiques, sociaux et culturels, qu'ils soient universels ou régionaux (§ 2) avant de se pencher sur les aspects culturels des droits civils et politiques (§ 3) et sur les dispositions européennes de protection du droit à la culture (§ 4). L'analyse des instruments de protection des droits des groupements (§ 5) clôt la réflexion sur la présence du droit à la culture dans les instruments de protection des droits de l'homme.

§1. *L'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme*

200. La Déclaration universelle des droits de l'homme est un instrument international d'une grande importance même si elle est dépourvue de force obligatoire. Selon la Cour de cassation, la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État, cette Déclaration ne fait même pas partie du droit belge(561) malgré sa publication au *Moniteur belge* le 31 mars 1949. Elle n'est donc évidemment pas directement applicable(562). Toutefois, la Déclaration a une valeur symbolique importante(563) et doit

---

de l'homme et aux politiques culturelles la thèse de Mylène Bidault (*La protection internationale des droits culturels*, *op. cit.*), celle d'Yvonne Donders (*Towards a Right to Cultural Identity ?*, *op. cit.*) et le rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels, rédigé au début de son mandat (Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, 14e session, *Rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels, Mme Farida Shaheed, soumis en application de la résolution 10/23 du Conseil des droits de l'homme*, 22 mars 2010, A/HRC/14/36, *op. cit.*, pp. 7-10).

(561) J. Wouters et D. Van Eeckhoutte, « Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde : een overzicht van bronnen en instrumenten », *op. cit.*, p. 16.

Voy. e.a. Cass., 25 septembre 2003, *Index/Biblo*, *R.W.*, 2002-2003 ; Cass., 4 décembre 2001 (dans cet arrêt, la Cour reconnaît que la Déclaration universelle n'est pas une loi au sens de l'article 608 du Code civil) ; C.E., arrêt *Tamby*, n° 42.283, du 12 mars 1993 ; C.C., arrêt n° 22/94, du 8 mars 1994, *Mon. b.*, 25 mai 1994, B.1.

(562) J. Fierens, *Droit et pauvreté. Droits de l'homme, sécurité sociale, aide sociale*, *op. cit.*, p. 116.

(563) W. Ganshof van der Meersch, « Quarantième anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme », *J.T.*, 1988, pp. 697-699.

donc être considérée, *a minima*, comme un instrument interprétatif[564]. Par ailleurs, on peut se demander, avec Jan Wouters et Dries Van Eeckhoutte, si un certain nombre de dispositions de la Déclaration ne devraient pas être considérées comme du droit international coutumier qui, rappelons-le, fait partie du droit belge[565].

Les droits culturels sont égrenés à divers endroits de la Déclaration universelle : l'article 26 consacre le droit à l'éducation, l'article 27 a trait au droit de participer à la vie culturelle et le droit de bénéficier des bienfaits de la création et l'article 24 le droit de chacun au repos et aux loisirs[566]. Certaines libertés classiques, consacrées aux articles 18 à 20, renferment également des aspects culturels. La portée de la reconnaissance des droits culturels dans la Déclaration est cependant longtemps restée incertaine. Ainsi, ce n'est que tardivement qu'une référence aux droits culturels a été insérée dans l'article 22 de la Déclaration[567], qui précise les obligations des États pour les droits économiques, sociaux et culturels[568].

201. L'article 27 dispose, en son alinéa 1er, 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 ». Il ajoute, en son deuxième alinéa, que « chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels

(564) Voy. E. Vogel-Polsky, « La reconnaissance en droit international des droits économiques, sociaux et culturels de la personne et son interrelation avec l'article 23 de la Constitution », in *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, R. Ergec (dir.), *op. cit.*, p. 68.

(565) J. Wouters et D. Van Eeckhoutte, « Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde : een overzicht van bronnen en instrumenten », *op. cit.*, p. 17, note de bas de page 64 et pp. 14-16.

(566) Ce droit « étroitement lié aux droits culturels » n'a cependant pas été pris en compte, jusqu'à présent, en droit international. Voy. Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, 14e session, *Rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels, Mme Farida Shaheed, soumis en application de la résolution 10/23 du Conseil des droits de l'homme*, 22 mars 2010, A/HRC/14/36, *op. cit.*, p. 9.

(567) Art. 22 : « Toute personne, en tant que membre de la société, a droit à la sécurité sociale ; elle est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité, grâce à l'effort national et à la coopération internationale, compte tenu de l'organisation et des ressources de chaque pays ».

(568) Voy., par exemple, A. Verdoodt, *Naissance et signification de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, Louvain, Nauwelaerts, coll. Études morales, sociales et juridiques, 1964, pp. 43-44.

découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur ».

Ce texte est le résultat des influences croisées de plusieurs textes qui ont été transmis à la Division des droits de l'homme. La formulation de l'article 27 a largement été calquée sur l'article 13 de la Déclaration américaine(569), adoptée le 2 mai 1948 à Bogota et qui reconnaît, dans son article 13, le droit de tout être humain de « prendre part à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de bénéficier des résultats du progrès intellectuel et notamment des découvertes scientifiques ». C'est l'importance accordée à la culture par cette Déclaration, notamment attestée dans son préambule(570), qui a réellement insufflé une volonté de reconnaître la culture comme un droit de l'homme dans la Déclaration universelle des droits de l'homme. L'apport des cinq Constitutions nationales qui consacraient, au moment des travaux relatifs à la Déclaration universelle des droits de l'homme, une forme de droit à la culture, essentiellement orienté vers la démocratisation de la culture, a aussi été primordial(571). L'article 27 doit également son existence aux nombreuses propositions de l'UNESCO, qui a transmis des textes de réflexion sur les rapports entre cultures, droits de l'homme et dimension artistique de la liberté d'expression(572).

(569) M. Bidault, *La protection internationale des droits culturels*, *op. cit.*, p. 21 ; E. Vogel-Polsky, « La reconnaissance en droit international des droits économiques, sociaux et culturels de la personne et son interrelation avec l'article 23 de la Constitution », *op. cit.*, p. 67.

(570) Voy. notamment le préambule de la Déclaration américaine, qui insiste sur l'importance de la culture, entendue comme « la plus haute manifestation de l'esprit » et qui proclame que l'Homme a « pour devoir de se cultiver, d'entretenir et d'encourager la culture, par tous les moyens dont il dispose » (§ 55).

(571) Division des droits de l'homme des Nations Unies, *Projet annoté de Déclaration internationale des droits de l'Homme*, E/CN.4/AC.1/3/add.1, 2 juin 1947, pp. 356-358.

(572) Voy., par exemple, l'intervention du représentant de l'UNESCO, Groupe de travail de la Commission des droits de l'homme sur la Déclaration internationale, E/CN, 4/AC.2/SR.9, p. 2 et le livre *Autour de la nouvelle Déclaration des droits de l'Homme*, Textes réunis par l'UNESCO, 1949. Voy. également l'enthousiasme des livres rédigés par après par l'UNESCO sur le sujet et notamment B. Boutros-Ghali, « The Right to Culture and the Universal Declaration of Human Rights », in *Cultural Rights as Human Rights*, Paris, UNESCO, 1970, pp. 73-75. Voy. enfin Dr. Vanek, « Les droits de l'artiste », in *Comité sur les principes philosophiques des droits de l'homme*, Part I, jusqu'au 31 mai 1947, 342.7 (100) : 1 A 02, p. 45.

202. Hormis de grandes déclarations sur l'importance de la culture, des questions relatives aux droits intellectuels et à l'intérêt d'une référence à la paix comme but de la culture et de la science, l'article 27 n'a pas été le creuset de débats très approfondis sur le droit à la culture. L'idée qui a prévalu à cette inscription est, qu'en raison de l'importance de la culture pour la vie humaine, il fallait inclure une référence culturelle dans la Déclaration[573], sans pour autant que cette référence enthousiaste ne soit précisée[574]. Le flou qui demeure autour du droit de participer à la vie culturelle a d'ailleurs poussé plusieurs membres du Comité à se demander si « le principe sur lequel repose cet article devrait être exposé dans le préambule »[575].

203. Trois précisions ont été apportées dans les travaux préparatoires de la Déclaration. La première concerne l'expression « participer librement » [576]. Selon Albert Verdoodt, cette expression signifie que les individus doivent pouvoir accéder à la culture sans interférence ou limitation autre que celles mentionnées à l'article 29, alinéa 2, de la Déclaration[577]. La deuxième précision concerne la notion de culture à laquelle l'article 27 donne droit et qui ne semble pas se réduire à un « droit à la culture nationale » puisque les représentants de l'URSS et de la Pologne regrettent l'absence d'un tel

(573) Y. Donders, *Towards a Right to Cultural Identity ?*, *op. cit.*, p. 141 ; Y. Donders, « The Legal Framework of the Right to Take Part in Cultural Life », *op. cit.*, pp. 231-272.

(574) Voy., par exemple, l'intervention de René Cassin, qui ne dira rien d'autre sur ce droit que le fait qu'il contient « une idée nouvelle, celle de la participation à la vie culturelle » (Commission des droits de l'homme, Groupe de travail de la Commission des droits de l'homme sur la Déclaration internationale, E/CN, 4/AC.2/SR.9, p. 2) ou l'intervention de l'UNESCO militant pour « affirmer que tous ont les mêmes droits de participer à une culture et affirmer la primauté de la vie culturelle sur les conceptions matérialistes » (E/CN, 4/AC.2/SR.9, *ibid.*).

(575) Commission des droits de l'homme, *Rapport du Comité de rédaction à la Commission des droits de l'homme*, E/CN.4/21, 1er juillet 1947, Annexe F, Articles proposés par le Comité de rédaction pour la Déclaration internationale des droits de l'homme, art. 35, p. 67.

(576) Voy. Assemblée générale des Nations Unies, *Projet de déclaration internationale des droits de l'homme*, E/800, 3e session du 3e Comité, 150e séance, A/C.3/SR.150, p. 619.

(577) A. Verdoodt, *Naissance et signification de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 255. L'article 29, (2) autorise des limitations aux droits reconnus lorsqu'elles sont légales et qu'elles ont pour but la protection des droits d'autrui, de la moralité, de l'ordre public ou de l'intérêt général de la société démocratique.

droit dans la Déclaration[578]. La troisième concerne le lien qui unit le droit à la culture au droit à l'éducation, qui était souligné dans une série de textes constitutionnels transmis au Secrétariat[579]. Les rédacteurs de la Déclaration ont toutefois préféré laissé implicite ce lien, en formulant les deux droits de manière semblable et en les rapprochant dans l'énumération de la Déclaration[580].

La plupart des discussions consacrées à l'article 27 se sont concentrées sur des questions périphériques à la participation à la vie culturelle comme la notion de « génocide culturel »[581], la distinction à effectuer entre le droit de participer à la vie et le « droit à une juste part de repos et de loisir et de connaissance du monde extérieur »[582] ou encore le statut à conférer au droit à la science, que les représentants de l'U.R.S.S. voulaient assujettir à un objectif de paix et de diffusion[583].

Le seul point sur lequel les débats relatifs à l'article 27 furent vigoureux concerne les droits d'auteur. La proposition française de reconnaître les droits d'auteur en tant que droits de l'homme, dans l'article 27 de la Déclaration, avant d'être acceptée, n'a pas

(578) Conseil économique et social, 7e session, 19 juillet-29 août 1948, Genève, 215e séance, *Rapport de la troisième session de la commission des droits de l'homme*, mercredi 25 août 1948, pp. 647 et 659.

(579) Voy. les Constitutions de l'Afghanistan, de la Colombie, du Panama, de la Turquie et de l'Équateur citées dans un rapport de Commission des droits de l'homme (Comité de rédaction, *Projet annoté de Déclaration internationale des droits de l'homme*, E/CN. 4/ AC. 1 /3/Add.1, 2 juin 1947).

(580) M. Bidault, *La protection internationale des droits culturels*, *op. cit.*

(581) E. Stamatopoulou, « The right to take part in cultural life », *op. cit.*, pp. 9-10. Voy. également, sur le génocide culturel, J. Morsink, « Cultural Genocide, the Universal Declaration, and Minority Rights », *HRQ*, 1999, n° 21, pp. 1009-1060.

(582) Commission des droits de l'homme, *Rapport du Comité de rédaction à la Commission des droits de l'homme*, E/CN.4/21, 1er juillet 1947, Annexe D, Articles proposés par la France pour la Déclaration internationale des droits de l'homme, art. 42, § 1, p. 52.

(583) Voy. notamment Commission des droits de l'homme, Groupe de travail de la Commission des droits de l'homme sur la Déclaration internationale, E/CN, 4/AC.2/SR.9, p. 2, 3-4 ; P. Lebar, « Lettre », in *Comité sur les principes philosophiques des droits de l'homme*, Part II du premier juin 1947, 342.7 (100) : 1 A 02, p. 310 ; Commission des droits de l'homme, 3e session, *Compte-rendu analytique de la soixante-dixième séance*, vendredi 11 juin 1948, E/CN.4/SR.70, pp. 4-5 ; Commission des droits de l'homme, *Rapport de la troisième session de la Commission des droits de l'homme*, Lake Success, du 24 mai au 18 juin 1948, Juin 1948, E/800, Annexe A, Projet de Déclaration internationale des droits de l'homme, art. 25, p. 14.

emporté l'unanimité, loin s'en faut. Ainsi, la section juridique de l'UNESCO a jugé que cette question « se rattache de très loin à la question des droits de l'homme », que le droit d'auteur « présente, avant tout, un caractère d'intérêt privé et professionnel » et relève « des droits qui ne sont pas fondamentaux »(584) alors que d'autres experts soulignaient l'impossibilité de définir le concept de droit moral et l'existence d'une protection déjà offerte à ce droit légal dans la propriété littéraire(585).

204. Soulignons enfin que, par le biais des libertés classiques sont également consacrés des éléments du droit à la culture. La même « coloration » culturelle se retrouve pour la liberté d'association qui est, elle aussi, considérée comme dotée d'une dimension culturelle(586).

Les projets d'articles concernant la liberté d'expression explicitaient d'ailleurs cette coloration culturelle de la liberté d'expression. Il a notamment été proposé d'intégrer une disposition autorisant « une censure préalable » pour le cinéma, « eu égard à la forme particulière que revêt ce moyen d'expression et la nécessité de protéger le public contre tout ce qui choque les règles de conduite généralement admises »(587). Cependant, les rédacteurs de la Déclaration ont rapidement pris la décision de ne pas énumérer toutes les dimensions culturelles contenues dans les libertés d'expression, de réunion et d'association(588). Mylène Bidault en déduit que les États ont préféré laisser implicite la dimension culturelle

(584) Section Juridique UNESCO, « Lettre du 20 janvier 1947 », in *Comité sur les principes philosophiques des droits de l'homme*, Part I jusqu'au 31 mai 1947, 342.7 (100) : 1 A 02, p. 42. Voy., pour la même opinion, Assemblée Générale des Nations Unies, *Projet de déclaration des droits de l'homme*, Texte des articles 1 à 28 du projet, et texte d'un article additionnel adopté par le 3e Comité, 3e session du 3e Comité, A/C.3/379 ; Assemblée générale des Nations Unies, *Projet de déclaration internationale des droits de l'homme*, E/800, 3e session du 3e Comité, 150e séance, A/C.3/SR.150, p. 619.

(585) Commission des droits de l'homme, Groupe de travail de la Commission des droits de l'homme sur la Déclaration internationale, E/CN, 4/AC.2/SR.9, p. 4.

(586) Voy. Commission des droits de l'homme, Comité de rédaction, *Projet annoté de Déclaration internationale des droits de l'homme*, E/CN. 4/ AC. 1 /3/Add.1, p. 159, p. 170.

(587) Commission des droits de l'homme, Comité de rédaction, *Projet annoté de Déclaration internationale des droits de l'homme*, E/CN. 4/ AC. 1 /3/Add.1, art. 17, p. 132. Voy. également le projet de René Cassin : E/CN.4/21, 1er juillet 1947, Annexe D, art. 24.

(588) Groupe de travail sur la Déclaration internationale, E/CN.4/AC.2/SR.7, 9 décembre 1947, p. 3.

de ces libertés. En conséquence, le texte de la Déclaration ne fait apparaître la question culturelle que dans les derniers articles et les libertés culturelles n'y apparaissent pas de manière claire.

§2. *La reconnaissance du droit à la culture dans les instruments de protection des droits économiques, sociaux et culturels*

205. Dans le point précédent, l'on a vu que les droits culturels ont été rattachés, de manière un peu aléatoire, aux droits pour lesquels une « obligation » de progressivité est reconnue à l'article 22 de la Déclaration. Dans une certaine mesure, les droits culturels ont vu leur sort scellé par la confirmation de ce rattachement quelque peu fortuit dans les instruments juridiques ultérieurs : désormais ils seront considérés comme des droits de la deuxième génération et vont suivre les processus plus laborieux de reconnaissance et de mise en effectivité de ces droits(589).

L'inadéquation de la division entre générations de droits apparaît nettement pour les droits culturels. À l'exception de la Charte africaine des droits de l'homme(590), qui rassemble les deux catégories de droits en reprenant le schéma des Déclarations universelle et américaine, tous les instruments de protection des droits, en s'inscrivant dans un schéma de distinction – et donc de hiérarchisation – entre générations de droits, vont contribuer à diviser le régime

(589) Ainsi, au sein des Nations Unies comme du Conseil de l'Europe, l'adoption des instruments consacrant des droits économiques sociaux et culturels a été maintes fois reportée. En ce qui concerne le Conseil de l'Europe, il a rapidement été décidé que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme garantirait essentiellement des droits civils et politiques. Dans les enceintes des Nations Unies, la nécessité d'adopter un instrument plus souple et moins contraignant pour les droits économiques, sociaux et culturels et l'attitude des institutions spécialisées – notamment l'UNESCO –, voulant préserver leur sphère de compétence, ont débouché sur l'adoption de deux Pactes distincts. Les tenants de l'indivisibilité et l'interdépendance des droits de l'homme, et ceux qui pressentaient que les mêmes caractéristiques réunissaient les droits économiques, sociaux et culturels et les droits civils et politiques n'ont donc pas convaincu. En ce qui concerne l'organisation des États américains, c'est un Protocole qui est venu compléter la Convention.

Voy., sur les arguments des uns et des autres, M. BIDAULT, *La protection internationale des droits culturels*, *op. cit.*, pp. 36-40.

(590) Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 27 juin 1981, Nairobi, 18e Conférence générale de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA).

des droits culturels et du droit à la culture, à faire éclater ses composantes et à en amenuiser la portée.

206. Nous analyserons ici successivement la reconnaissance du droit de participer à la vie culturelle dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, (instruments universels) (A) et ensuite dans les instruments régionaux relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels (B).

A. **Dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels**

207. Le Pidesc constitue le premier instrument qui fait expressément référence aux droits culturels dans son titre[591]. L'article 15 du Pidesc dispose que :

> « 1. Les États parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit :
>
> a) De participer à la vie culturelle ;
>
> b) De bénéficier du progrès scientifique et de ses applications ;
>
> c) De bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur.
>
> 2. Les mesures que les États parties au présent Pacte prendront en vue d'assurer le plein exercice de ce droit devront comprendre celles qui sont nécessaires pour assurer le maintien, le développement et la diffusion de la science et de la culture.
>
> 3. Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté indispensable à la recherche scientifique et aux activités créatrices.
>
> 4. Les États parties au présent Pacte reconnaissent les bienfaits qui doivent résulter de l'encouragement et du développement de la coopération et des contacts internationaux dans le domaine de la science et de la culture ».

208. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels a été adopté le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations Unies[592] et est entré en vigueur le

(591) Y. Donders, *Towards a Right to Cultural Identity ?*, *op. cit.*, p. 145.

(592) Assemblée Générale des Nations Unies, RES. 2200 A (XXI), 16 décembre 1966.

3 janvier 1976. Au contraire de la Déclaration universelle des droits de l'homme, il revêt une force juridique obligatoire pour les États même si la portée des obligations des États membres est modulée par le fameux article 2 du Pacte, qui laisse aux États membres une marge d'appréciation considérable dans l'exécution de ces obligations. Cette clause établit la progressivité des obligations découlant du Pacte. Elle prévoit que les États ont l'obligation de réaliser ces obligations, en y consacrant le maximum des ressources disponibles.

En Belgique, le Pacte a fait l'objet d'un assentiment de la part des assemblées parlementaires(593) et a été publié le 6 juillet 1983(594) au *Moniteur belge*. Il fait partie intégrante du droit belge et a force contraignante.

L'impact de l'article 2 du Pidesc sur l'applicabilité directe du Pacte n'a pas tardé à s'établir. Le Pidesc a très vite été considéré comme n'étant pas directement applicable. Pourtant, rien ne justifie d'exclure *a priori* toute applicabilité directe de cet instrument. D'ailleurs, certaines juridictions n'ont pas hésité, implicitement ou explicitement, à reconnaître que le Pidesc est susceptible d'application directe(595). De plus, certaines obligations découlant du Pidesc sont considérées par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels comme étant applicables directement, comme le respect des libertés syndicales, le « noyau dur » des droits économiques, sociaux et culturels(596), certaines obligations structurelles (réaliser

(593) Voy. loi du 16 mars 1994 portant approbation des Actes internationaux suivants : a) Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; b) Pacte international relatif aux droits civils et politiques, faits à New York le 19 décembre 1966, *Mon. b.*, 23 juin 1994 ; Décr. Comm. fr. du 8 juin 1982 portant assentiment du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, fait à New York le 19 décembre 1966, *Mon. b.*, 15 octobre 1982 ; Décr. Comm. fl. du 25 janvier 1983 portant approbation du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, fait à New York le 19 décembre 1966, *Mon. b.*, 26 février 1983.

(594) Voy. Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, *Mon. b.*, 6 juillet 1983.

(595) Voy. O. De Schutter et S. van Drooghenbroeck, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, *op. cit.*, pp. 396-397, p. 524 et la troisième partie de cette thèse.

(596) Observation générale, 1990, §§ 10 et 11 ; Principes de Limbourg, n° 25, 1987 ; Commission des droits de l'homme, RES 1993/14 sur les droits économiques, sociaux et culturels.

les droits, ouvrir des voies de recours effectives)[597], certaines obligations relatives à la non-discrimination[598] ou encore le respect de certaines obligations de respecter et de protéger qui se déduisent du Pidesc.

Par ailleurs, lorsqu'il n'est pas possible de revendiquer immédiatement le bénéfice du Pidesc devant un juge interne, d'autres voies existent pour sanctionner les violations. Ainsi, sur le plan international, la procédure des rapports devant le Comité des droits économiques, sociaux et culturels autorise un contrôle régulier de la réalisation des obligations ; l'ouverture aux plaintes individuelles permet aux individus de saisir le Comité[599]. Soulignons que la Conférence générale de l'UNESCO[600], au cours de sa 7e session, a adopté une résolution visant à renforcer l'effectivité de ce droit, qui prévoit que les États membres adressent périodiquement à l'organisation un rapport reprenant les données relatives au droit de participer à la vie culturelle[601].

Enfin, l'article concernant le droit de participer à la culture fait partie, comme l'article 13, 1°, des rares droits reconnus purement et simplement dans le Pacte. En effet, les autres droits font l'objet seulement d'un engagement à assurer certains droits de la part des États (art. 3 et 8) ou encore d'un engagement à agir au moyen de certaines mesures spécifiques (art. 6, 7, 9, 11, etc.)[602].

209. Les travaux consacrés à l'article 15 du Pacte ont été succincts[603]. L'idée essentielle qui se dégage de ces travaux, au-delà

(597) Observation générale n° 3, §§ 2, 5 et 9.

(598) Voy. notamment M. Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Utrecht, Intersentia, 2003, p. 181.

(599) Voy. le Protocole facultatif au Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels qui ouvre la possibilité pour des réclamations individuelles devant le Comité des droits économiques, sociaux et culturels.

(600) Commission des droits de l'homme, 9e session, *Projet de pacte relatif aux droits de l'homme et mesures de mise en œuvre, Le droit de prendre part à la vie culturelle, Lettre de l'UNESCO*, E/CN.4/684, 23 janvier 1953, p. 3.

(601) UNESCO, Conférence générale de l'UNESCO, 7e session, Résolution 4. 12.

(602) E. Vogel-Polsky, « La reconnaissance en droit international des droits économiques, sociaux et culturels de la personne et son interrelation avec l'article 23 de la Constitution », *op. cit.*, p. 70.

(603) Formellement, l'insertion du droit de participer à la vie culturelle a été proposée par plusieurs gouvernements lors de l'Assemblée générale des

d'une simple confirmation du principe contenu dans l'article 27 de la Déclaration, a été de consolider juridiquement cette disposition tout en conservant l'esprit de la Déclaration.

Même si certaines réserves de l'UNESCO, soucieuse de préserver ses compétences(604), ont parfois empêché une précision plus claire des éléments normatifs du droit à la culture(605), l'influence de cette organisation onusienne dans le processus d'adoption de l'article 15 a été très importante(606), notamment en ce qui concerne la méthode de travail relative aux droits culturels(607).

Ainsi, c'est le directeur général de l'UNESCO qui a définit l'obligation des États de favoriser « par tous moyens appropriés le maintien, le développement et la diffusion de la science et de la culture » comme l'obligation de « [faciliter] pour tous l'accès aux manifestations de la vie culturelle nationale ou étrangère, telles que livres,

---

Nations Unies en octobre 1950 : la Russie a proposé le droit aux loisirs et à la culture ; la Tchécoslovaquie le droit à l'éducation et à l'expression créative et la Syrie souhaitait inclure le droit au développement de sa culture (Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, *Compte-rendu analytique de la 184e séance*, 9 mai 1950, E/CN.4/SR.134, p. 9 (UN Doc. A/C.3/SR.299, septembre-décembre 1950, §§ 32-33).

(604) Ainsi, l'organisation s'est montrée plus d'une fois jalouse de ses compétences, invoquant notamment les nombreux problèmes « techniques » posés par l'article 15 du Pacte qui « doivent être étudiés avec le plus grand soin par les institutions spécialisées » (Commission des droits de l'homme, 7e session, *Compte-rendu analytique de la 204e séance*, 25 avril 1951, E/CN.4/SR.204, p. 6), notamment, pour le droit à la culture, par l'UNESCO, qui a reçu « à cet égard, une mission expresse » (p. 7).

(605) Ainsi l'UNESCO a souvent rappelé que « la mise en œuvre de tous les principes contenus dans les articles 26 et 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ne peut être réalisée qu'au moyen de conventions techniques qu'il est impossible de mettre au point immédiatement », Commission des droits de l'homme, 7e session, *Memorandum du Secrétaire général, Texte provisoire du Premier pacte international relatif aux droits de l'homme et mesures de mise en œuvre, Droits économiques, sociaux et culturels*, E/CN.4/529, 29 mars 1951, § 37 ; Commission des droits de l'homme, 7e session, *Compte-rendu analytique de la 204e séance*, 25 avril 1951, E/CN.4/SR.204, p. 5.

(606) Notamment dans les interventions préalables au processus de rédaction et qui visaient à rappeler l'importance des droits culturels : Commission des droits de l'homme, 7e session, *Projet de pacte international relatif aux droits de l'homme et mesures de mise en œuvre, Proposition d'articles relatifs aux droits éducatifs et culturels soumise par le Directeur général de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture*, E/CN.4/541, 17 avril 1951.

(607) Commission des droits de l'homme, 7e session, *Compte-rendu analytique de la 204e séance*, 25 avril 1951, E/CN.4/SR.204, p. 7.

publications, œuvres d'art, ainsi que la jouissance des bienfaits résultant du progrès scientifique et de ses applications », « [veiller] à la conservation et à la protection du patrimoine de livres, d'œuvres d'art et d'autres monuments et objets d'intérêt historique, scientifique ou culturel », « [assurer] aux savants et aux artistes des garanties de liberté et de sécurité dans leurs travaux et en veillant à ce qu'ils jouissent des conditions matérielles nécessaires à la recherche et à la création », et « [garantir] le libre développement culturel des minorités ethniques et linguistiques »(608). Par ailleurs, ce sont les experts réunis à cette fin par l'UNESCO qui ont identifié plusieurs enjeux essentiels pour le droit à la culture : le concept de culture et les droits de l'homme, les moyens de diffusion de la culture, le rôle de l'État, les obstacles qui s'opposent à la participation de tous à la vie culturelle, le respect dû à la culture des minorités ethniques et linguistiques et les problèmes particuliers des pays sous-développés et l'importance d'une communication des États sur l'avancement de leurs politiques dans ces domaines(609).

D'autres petites précisions égrènent les travaux préparatoires(610) comme la mise en valeur du lien indissociable entre politiques culturelles et droit à la culture par le biais de l'adoption d'une référence à la coopération internationale dans le domaine de la science et de la culture(611) ou encore la confirmation de l'indéniable portée

(608) Commission des droits de l'homme, 7e session, *Projet de pacte international relatif aux droits de l'homme et mesures de mise en œuvre, Proposition d'articles relatifs aux droits éducatifs et culturels soumise par le Directeur général de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture*, E/CN.4/541, 17 avril 1951, art. e), p. 2.

(609) UNESCO, *Rapport du Comité d'experts sur le droit de prendre part à la vie culturelle, 7/PRG/10 et les commentaires du Conseil exécutif de l'UNESCO sur le rapport*, 7C/PRG/10/Add.

(610) Par contre, il est plus étonnant de constater que la proposition américaine de reformuler l'obligation de développer la vie culturelle en un droit « de participer à la vie culturelle » et de bénéficier de la liberté indispensable à la recherche scientifique et aux activités créatrices » largement plébiscitée n'a pas été à la source d'un débat quant au sens de l'opération ou au sens des mots « participer » et « vie culturelle » (Commission des droits de l'homme, *Projets de pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme et mesures de mise en œuvre,* E/CN.4/SR.294, 27 mai 1952, pp. 3-5 ; Conseil économique et social, *Rapport de la Commission des droits de l'homme sur la huitième session de la Commission des droits de l'homme (avril-juin 1952),* E/2256, p. 19).

(611) Assemblée générale des Nations Unies, 3e Comité, A/C.3/L633, Tchécoslovaquie, amendement à l'article 16 du Projet de Pacte sur les droits

individuelle du droit de participer à la vie culturelle, dans le rejet de la proposition de l'UNESCO d'inclure une référence aux « Communautés culturelles »[612].

Au-delà de ces maigres indications, la rédaction de l'article 15 n'a finalement suscité que des débats de forme[613], des rappels de principe de l'importance de la culture et l'insertion de l'obligation de l'État de maintenir, de développer et de promouvoir la culture. Il n'y a pas de trace, dans les travaux préparatoires, de définition des notions employées, ni d'information sur l'étendue des obligations des États[614]. La seule précision apportée est que le droit de participer à la vie culturelle n'est pas qu'une disposition relative à la non-discrimination, mais implique également une mise en œuvre par l'État[615]. À nouveau, c'est la question de l'insertion des droits d'auteur en tant que droits de l'homme qui a retenu le plus l'attention des rédacteurs du Pacte. Finalement, c'est le revirement de l'UNESCO sur cette question qui a fini par convaincre dans un débat « particulièrement peu animé »[616]. Cette insertion a été essentiellement motivée par le défaut de protection de certaines œuvres

économiques, sociaux et culturels ; Conseil économique et social, Rapport de la Commission des droits de l'homme sur la dixième session de la Commission des droits de l'homme, E/2573, 1er janvier 1954, Annexe IA ; Assemblée générale des Nations Unies, 3e Comité, A/C.3/L.634, Arabie Saoudite, amendement au document A/C.3/L.633, octobre-novembre 1957 ; Assemblée générale des Nations Unies, 3e Comité, A/C.3/SR.799, octobre 1957, pp. 190-191. Assemblée générale des Nations Unies, 3e Comité, A/OR/12 Annexes, agenda item 33, 1957.

(612) E/C.3/SR 796, octobre 1957, pp. 173-174, A/OR/12, Annexes, agenda item 33, 1957.

(613) Y. Donders, *Towards a Right to Cultural Identity ?*, *op. cit.*, p. 148 ; Y. Donders, « The Legal Framework of the Right to Participate in Cultural Life », *op. cit.*, p. 248.

(614) Les travaux préparatoires concernent essentiellement les droits d'auteur et la proposition de l'URSS de faire référence à la démocratie et à la paix comme critères pour le droit à l'expression artistique et à la recherche scientifique.

(615) R. O'Keefe, « The 'Right to Take Part in Cultural Life' Under Article 15 of the ICESCR », *op. cit.*, p. 905.

(616) M. Green, « Questions de fond concernant la mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Discussion générale sur le droit de chacun de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur (paragraphe 1 c) de l'article 15 du Pacte, organisée en collaboration avec l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), 27 novembre

issues de certains groupes minoritaires ou autochtones, l'appropriation par certains États d'œuvres protégées, à défaut de protection internationale.

Le conflit entre droit d'auteur et droit à la culture, que préfigurait l'insertion des droits d'auteur dans l'article 15, n'a pas réellement été abordé. Tout juste a-t-on considéré que « le droit des auteurs et le droit du public ne se contrarient pas mais se complètent. Si le premier est respecté, le public est assuré de l'authenticité des œuvres qui lui sont présentées »(617). Les arguments de l'URSS et de la Tchécoslovaquie, basés sur le déséquilibre qu'impliquerait l'insertion de ce droit, en ce qu'il consacre un droit pour un groupe défini de bénéficiaires (les auteurs) et en ce qu'il remet en question les droits du public, n'ont pas convaincu(618).

L'on peut cependant se demander, avec Mylène Bidault et Maria Green, si le débat n'a pas été tout simplement été éclipsé par celui relatif à la proposition l'URSS d'astreindre comme but à la science le maintien de la paix et de la coopération entre les nations(619). Par ailleurs, les débats reflètent l'écart entre la conception américaine du copyright et la conception française du droit d'auteur, écart qui a entraîné une polarisation des discussions et a sans doute empêché une appréhension plus profonde des relations entre droit à la culture et droit d'auteur.

B. **Dans les textes régionaux**

210. Plusieurs instruments régionaux relatifs à la protection des droits économiques, sociaux et culturels consacrent le droit de participer à la vie culturelle, directement ou indirectement.

2000, Historique de la rédaction du paragraphe 1, c) de l'article 15 du Pacte, E/C.12/2000/15, 9 octobre 2000, p. 3.

(617) Assemblée Générale, Troisième Comité, *Projet d'articles sur les droits culturels*, A/C.3/SR.798, p. 9.

(618) Voy. *ibid*., pp. 3-13.

(619) M. Green, « Questions de fond concernant la mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », *op. cit.*, p. 13.

1. La Charte sociale européenne, la Charte sociale européenne révisée et la Recommandation 1990 sur le droit de participer à la vie culturelle

211. La Charte sociale européenne et la Charte révisée, dont la portée est controversée, reconnaissent le droit à la culture pour certaines catégories de personnes.

212. La Charte constitue, avec la Convention européenne des droits de l'homme, une des bases de l'action du Conseil de l'Europe. Elle revêt une force juridique obligatoire pour les États membres. Entrée en vigueur le 26 février 1965, elle fait partie intégrante du droit belge : elle a fait l'objet d'un assentiment de la part des assemblées parlementaires compétentes et a été publiée[620].

Comme pour le Pacte, les obligations des États sont modulées si bien que la seule véritable obligation est de reconnaître, « comme objectif d'une politique qu'elles poursuivront par tous les moyens utiles, sur les plans national et international, la réalisation de conditions propres à assurer l'exercice effectif »[621] des droits énumérés et des principes consacrés. Le Protocole additionnel de 1998 est venu quelque peu renforcer l'effectivité de la Charte en organisant l'examen de réclamations collectives par le Comité européen des droits sociaux. Ce mécanisme est important, mais sa portée reste bien en deçà de celle de la Cour européenne des droits de l'homme.

L'exclusion d'une applicabilité directe de la Charte, soutenue par une majorité d'auteurs et certaines décisions est, à notre sens, à nuancer. En effet, dans certaines décisions, des juridictions, dont le Conseil d'État et la Cour constitutionnelle, ont admis que la Charte sociale est susceptible d'effets directs[622]. Par ailleurs, la Charte

(620) Charte sociale européenne (révisée), *Mon. b.*, 20 juillet 1971.

(621) Charte Sociale Européenne, Partie III, art. A, 1 ; Charte sociale européenne révisée, Partie III, art. A, 1.

(622) C.E., arrêt *Henry*, n° 52.424, du 22 mars 1995, *A.P.T.*, 1995, p. 228. Voy., sur cet arrêt, O. De Schutter, « Observations sous C.E., 22 mars 1995, arrêt *Henry* », in *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, *op. cit.*, pp. 396-397. Cet arrêt concerne le droit de grève, reconnu à l'article 6 de la Charte sociale.

Voy. également C.C., arrêt n° 62/93, du 15 juillet 1993, *Mon. b.*, 5 août 1993. Dans cet arrêt où les demandeurs invoquaient l'article 6 de la Charte sociale, la Cour « reconnaît, implicitement, l'effet direct de l'ensemble des dispositions internationales invoquées » puisqu'elle accepte de rencontrer au fond les

peut être invoquée au contentieux objectif, parce que l'exigence d'effet direct n'est plus de mise, à tout le moins pour la Cour constitutionnelle – la question est moins claire pour le Conseil d'État. Enfin, si les projets concernant l'adhésion de l'Union européenne à la Charte sociale révisée aboutissent, la question du renforcement de l'effectivité de la Charte sera rouverte(623).

213. Le droit à la culture était tout à fait absent de la Charte adoptée en 1961. Il ne fut intégré aux préoccupations de la Charte qu'avec le Protocole additionnel de 1988 qui consacre un droit de participation des personnes âgées à la vie publique, sociale et culturelle(624).

La Charte sociale révisée reprend cette disposition et prévoit que les États, de manière directe ou concertée « avec les organisations publiques ou privées », doivent prendre des mesures visant à « permettre aux personnes âgées de demeurer le plus longtemps possible des membres à part entière de la société », notamment en prenant les mesures nécessaires pour qu'ils puissent « participer activement à la vie publique, sociale et culturelle [...] »(625). La Charte sociale révisée étend cette dimension culturelle et participative en reconnaissant un droit à la culture aux personnes handicapées(626). Les

---

moyens invoqués par les arguments alors qu'elle exigeait à l'époque un effet direct pour rencontrer ces moyens (voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « Obs. sous C.A., 15 juillet 1993 », in *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, *op. cit.*, p. 524).

(623) Même si « rien ne donne à penser que l'ordre juridique de l'Union sera plus généreux, dans sa reconnaissance de l'effet direct des dispositions de la Charte, que ne l'ont été les ordres juridiques nationaux, qui y sont généralement hostiles » (O. DE SCHUTTER, « L'adhésion de l'Union européenne à la Charte sociale européenne révisée », *EUI Working paper Law*, 2004/11, p. 17). Mais, pour cet auteur, la question reste ouverte quant à l'effet qui devrait être réservé à une éventuelle adhésion de l'Union au mécanisme des réclamations collectives par la Cour de justice des Communautés européennes, qui pourrait considérer que les décisions de ce Comité ont effet direct, palliant ainsi l'absence d'applicabilité directe de la Charte (*ibid.*, p. 23).

(624) L'idée générale de l'article 4 du Pacte était d'affirmer que les personnes âgées « ne doivent souffrir d'aucune mise à l'écart de la société du fait de leur âge, le droit de participer aux divers domaines d'activité de la société n'étant pas accordé ou refusé selon qu'il s'agit de personnes âgées retraitées ou encore actives ou selon qu'il s'agit de personnes âgées jouissant de leur totale capacité juridique ou souffrant d'une quelconque *diminutio capitis* », Conseil de l'Europe, Charte sociale européenne, Recueil de textes, 6e édition, Rapports explicatifs, Rapport explicatif du Protocole de 1988, p. 166.

(625) Art. 23 de la Charte sociale révisée.

(626) Art. 15 de la Charte sociale révisée.

États s'engagent, dans la Charte sociale révisée, « à favoriser leur pleine intégration et participation à la vie sociale, notamment par des mesures, y compris des aides techniques, visant à surmonter des obstacles à la communication et à la mobilité et à leur permettre d'accéder [...] aux activités culturelles et aux loisirs »(627).

L'article 30 de la Charte sociale, prévoit que, « en vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale », les États prennent des mesures pour « promouvoir l'accès effectif [...] à la culture »(628). Cet article consacre une obligation pour l'État de prendre des mesures pour faciliter l'accès des plus pauvres à la culture, dans une « approche globale et coordonnée ».

Enfin, au rang des droits culturels, la Charte consacre également un droit à l'éducation des enfants et des adolescents(629) et des droits aux travailleurs migrants, en matière de langues d'enseignement, d'accès à la formation, d'enseignement et de culture(630).

214. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté, le 24 janvier 2012, une Recommandation sur le droit de participer à la vie culturelle(631). Essentiellement orientée vers l'accessibilité d'une culture diversifiée et la démocratisation de celle-ci, la Recommandation aborde également la question de la liberté d'expression artistique et de la participation à la création contemporaine, notamment des plus jeunes. Elle insiste de manière générale sur le rôle particulier de l'État dans la mise en œuvre du droit de participer à la vie

(627) Le but était d'étendre la protection de personnes handicapées au-delà de la formation et de la réadaptation professionnelle en consacrant « le droit à l'autonomie et à l'intégration sociale ainsi qu'à la participation à la vie de la communauté ». À cette fin, les États membres doivent développer une politique cohérente qui correspond à celle décrite dans la Recommandation R (92) 6 du Comité des Ministres du Conseil. Voy. Conseil de l'Europe, Charte sociale européenne, Recueil de textes, 6e édition, Rapports explicatifs, Rapport explicatif de la Charte sociale révisée, pp. 199-200.

(628) Art. 30 de la Charte sociale européenne révisée. Voy. également les conclusions du projet « Accès aux droits sociaux en Europe ».

(629) Art. 17 de la Charte sociale révisée. La Charte sociale de 1961 contenait un début de protection du droit à l'éducation, en ce qu'elle protégeait les enfants et les adolescents contre le travail portant atteinte à leur éducation (art. 7).

(630) Art. 19 et 30 de la Charte sociale révisée.

(631) Recommandation n° 1990 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 24 janvier 2012, *Le droit de chacun de participer à la vie culturelle*, http://assembly.coe.int.

culturelle. Afin de permettre au droit de participer à la vie culturelle de dépasser le statut de simple « profession de foi » et dans le but de dépasser le manque de moyens matériels, financiers, humains ainsi que les carences des systèmes d'information, de médiation, d'éducation artistique et culturelles, l'Assemblée parlementaire invite les États à investir dans la culture et à valoriser en particulier le monde du spectacle vivant, celui des arts plastiques et le soutien aux jeunes talents. Parmi ces mesures, on trouve notamment une série de « Lignes directrices pour l'élaboration des politiques visant à assurer une participation effective à la vie culturelle » ainsi que la création d'un comité d'experts ou groupe transversal chargé de réfléchir à une série d'initiatives permettant d'œuvrer concrètement pour la réalisation du droit de participer à la vie culturelle.

Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, dans sa Réponse du 29 septembre 2012 à la Recommandation susmentionnée, a communiqué la Recommandation et les Lignes directrices aux institutions compétentes. Il souligne en particulier la pertinence des mesures proposées pour lutter contre les inégalités sociales entravant l'accès à la culture, notamment des plus jeunes. Par contre, il refuse la création d'un comité d'experts ou groupe de travail transversal dédié à cette question, considérant que les institutions déjà en place suffisent[(632)].

2. Le Protocole de San Salvador

215. La Convention américaine des droits de l'homme – qui a fait suite à la Déclaration américaine des droits de l'homme que l'on a déjà mentionnée – a été complétée par un Protocole additionnel relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, entré en vigueur le 16 novembre 1999[(633)]. Le Protocole de San Salvador comprend un article 14(1) qui consacre le droit aux bénéfices de la culture. L'article reprend la formulation de l'article 15 du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels[(634)].

(632) Réponse du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe à la Recommandation n° 1990 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Doc 13035 du 29 septembre 2012.

(633) M. BIDAULT, *La protection internationale des droits culturels*, *op. cit.*, p. 43.

(634) Art. 14(1) du Protocole de San Salvador. Voy. aussi les art. 14(2) et 14(3).

§3. *La reconnaissance du droit à la culture dans les instruments de protection des droits civils et politiques*

216. Les instruments universels et régionaux consacrant des droits civils et politiques protègent également des éléments du droit à la culture, qui se retrouve ainsi éclaté entre des instruments juridiques différents. Comme nous le verrons, la dimension culturelle des libertés consacrées dans les instruments relatifs aux droits civils et politiques a souvent été reconnue mais est restée très discrète.

A. **Dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques**

217. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques est un Traité ayant force obligatoire pour les États membres. Le Pidcp fait partie intégrante de l'ordre juridique belge depuis son entrée en vigueur au niveau international(635), l'assentiment donné à ce Pacte et à ses Protocoles par les assemblées compétentes(636) et la publication du Pacte et de ses Protocoles au *Moniteur belge*(637).

Comme pour le Pidesc, un Comité est chargé, au niveau onusien, de contrôler l'application du Pacte, par l'examen de rapports périodiques et de plaintes individuelles. Mais, au contraire du Pidesc, le

(635) Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976, conformément aux dispositions de l'article 49.

(636) Loi du 15 mai 1989, portant approbation des Actes internationaux suivants : a) Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; b) Pacte international relatif aux droits civils et politiques, faits à New York le 19 décembre 1966, *Mon. b.*, 6 juillet 1983 ; loi du 16 mars 1994 portant approbation du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, fait à New York le 19 décembre 1966, *Mon. b.*, 23 juin 1994 ; loi du 4 décembre 1998 portant assentiment au Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort, fait à New York le 15 décembre 1989, *Mon. b.*, 29 mars 2000.

(637) Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté le 19 décembre 1966, *Mon. b.*, 6 juillet 1983 ; Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, *Mon. b.*, 23 juin 1994 ; Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté le 15 décembre 1989, visant à abolir la peine de mort, *Mon. b.*, 29 mars 2000.

Pidcp est considéré comme étant applicable directement en droit belge[(638)]. En particulier, l'article 19 du Pacte, qui reconnaît la liberté artistique, s'est déjà vu, à plusieurs reprises, reconnaître un effet direct[(639)] : cette disposition peut être mobilisée directement par les individus devant un juge, au contentieux objectif comme au contentieux subjectif.

218. De manière générale, soulignons que le principe d'autodétermination sur le plan interne implique un droit au développement culturel[(640)], qui appelle un droit de préserver sa culture[(641)] et contribue ainsi au droit à la culture. Cette idée est traduite dans l'article 1er du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui dispose que « [t]ous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel ». Par le biais de cette liberté accordée à tous les peuples d'assurer leur développement culturel, on peut voir une consécration très générale du droit à une forme de maintien et de développement de la vie culturelle de tous les peuples.

219. L'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques[(642)] consacre quant à lui un droit à la protection de la

(638) L'avis du Conseil d'État sur le projet de loi d'assentiment au Pacte affirmait qu'aucun des droits du Pacte ne serait applicable directement. Cet avis, que le gouvernement avait suivi, « essuya les feux d'une doctrine unanime » (S. VAN DROOGHENBROECK, « Obs. sous Cass., 17 janvier 1989 », in *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, *op. cit.*, p. 49. Voy. pour l'avis et la « doctrine unanime », les références citées à la note 5). La Cour de cassation, dans son arrêt du 17 janvier 1989, a dépassé cet avis du Conseil d'État pour ouvrir la voie à une reconnaissance jurisprudentielle, au cas par cas, de la presque totalité des dispositions du Pidcp (voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *ibid.*, p. 51, et les références de la note de bas de page 12 pour l'ensemble des décisions du Conseil d'État, de la Cour de cassation et de la Cour constitutionnelle qui reconnaissent un effet direct au Pidcp).

(639) Voy. e.a. C.C., arrêt n° 62/93, du 15 juillet 1993, *Mon. b.*, 5 août 1993, obs. S. VAN DROOGHENBROECK, in *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, *op. cit.*, pp. 522-527 ; B. RENAULD, « Nécessité et proportionnalité des restrictions législatives aux libertés publiques », obs. sous C.C., arrêt n° 62/93, du 15 juillet 1993, *J.T.*, 1993, pp. 823 et s. Voy. également C.C., arrêt n° 45/96, du 12 juillet 1996, *Mon. b.*, 27 juillet 1996.

(640) Recommandation générale XXI concernant le droit à l'autodétermination, 1996, 48e session, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), p. 29, § 4.

(641) *Ibid.*, § 5.

(642) L'article 27 est formulé comme suit : « Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à

culture pour les personnes appartenant à des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques : ces personnes « ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle ». Cette disposition est reconnue en droit belge comme bénéficiant de l'effet direct(643). L'article 27 doit être soigneusement distingué de l'article 1er du Pacte, qui s'adresse aux peuples, alors que cet article s'adresse aux personnes appartenant à des minorités(644) qui « existent » sur le territoire de l'État (et qui ne doivent pas forcément être composées de résidents permanents sur le territoire)(645). Comme on le verra par la suite, cette disposition implique des obligations positives pour les États afin de protéger et rendre accessibles, aux personnes appartenant à des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, leur culture(646).

220. Cette disposition consacre une série de droits qui relèvent plutôt de l'ordre des libertés culturelles, puisque toutes les propositions plus « positives » ont été écartées(647) ainsi que les propositions

ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion et d'employer leur propre langue ».

(643) Voy. e.a. C.C., arrêt n° 90/94, du 22 décembre 1994, *Mon. b.*, 12 janvier 1995 ; J. Theunis, « De directe werking van artikel 27 van het Internationale Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten », *Jaarboek Mensenrechten 1994*, 1995, pp. 305 et s. ; S. van Drooghenbroeck, « Obs. sous C.A., 22 décembre 1994 », in *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, *op. cit.*, pp. 566-574.

(644) Voy. Comité des droits civils et politiques, *Observation générale n° 23. The rights of minorities, Art. 27*, 50e session, 1994, § 3.1.

(645) *Ibid.*, § 5.2.

(646) *Ibid.*, §§ 6.1., 6.2. et 7.

(647) Ainsi, la formulation proposée par l'UNESCO, qui consistait à garantir « le libre développement culturel des minorités ethniques et linguistiques » a été rejetée (Commission des droits de l'homme, 7e session, *Projet d'articles de l'UNESCO, Compilation des propositions relatives aux droits économiques, sociaux et culturels*, E/CN.4/AC.14/2/Add.4, 27 avril 1951, p. 5). Il en est de même de la proposition de l'URSS, qui prévoyait notamment que « L'État a le devoir [...] d'assurer aux minorités nationales le droit d'employer leur langue maternelle, de posséder leurs propres institutions éducatives et culturelles nationales, telles que les écoles, bibliothèques, musées, etc. » (Conseil économique et social, *Rapport de la Commission des droits de l'homme sur la cinquième session de la Commission du 9 mai au 20 juin 1949*, E/1371, 1949, texte de l'article proposé par le représentant de l'Union soviétique à insérer avant l'article 20, du projet de Pacte).

Une énonciation négative des droits des minorités a finalement été préférée dans des domaines identifiés de manière stricte, ce qui amène à réduire « l'engagement des États à la simple reconnaissance des libertés culturelles des personnes appartenant à des minorités » à l'exception de certains droits en matière

des « partisans de l'expression 'minorités nationales' », qui « insistaient sur le droit de ces minorités d'employer leur langue maternelle, de posséder leurs propres institutions éducatives et culturelles nationales, telles que : écoles, bibliothèques, musées, etc. »[(648)]. Le contenu de ces libertés individuelles n'a pas été précisé de manière extensive dans les travaux préparatoires. De la même manière, la portée exacte de l'article 27,1° du Pacte sur les droits civils et politiques, qui se limite à la vie culturelle de *sa* communauté au contraire de l'article 15 du Pidesc, n'a pas non plus fait l'objet de précisions[(649)].

221. Au cœur du Pacte international relatif aux droits civils et politique, l'on trouve les libertés classiques d'association, d'expression et d'opinion, ainsi que la liberté de religion. La dimension culturelle de ces libertés est notamment exprimée dans le texte de l'article 19 relatif à la liberté d'expression.

Force est de constater le large consensus sur l'inclusion d'une référence artistique dans la liberté d'expression et la grande convergence des propositions issues des États et des réunions d'organes onusiens vers une mention des « formes artistiques » que l'individu peut librement utiliser[(650)]. Par contre, seule une petite minorité de propositions faisaient état d'obligations positives de mise à disposition des moyens d'expression et de diffusion[(651)].

---

de participation aux processus de décision (M. BIDAULT, *La protection internationale des droits culturels*, *op. cit.*, p. 69).

(648) Conseil économique et social, *Rapport de la Commission des droits de l'homme sur la neuvième réunion de la Commission du 7 avril au 19 mai 1953*, E/2447, E/CN.4/689, 6 juin 1983, p. 12.

(649) C. GRONI, « The right to take part in cultural life », *op. cit.*, p. 7. Les débats consacrés à cette disposition, qui furent d'une âpreté remarquable, ont plutôt été concentrés sur la question de la définition des « minorités nationales » ou encore sur la légitimité des politiques d'assimilation de ces minorités.

(650) Ainsi, le projet présenté par le Comité de rédaction prévoyait que « tout individu est libre d'exprimer et de communiquer ses idées par la parole, par écrit, au moyen des arts ou de toute autre façon ». Le texte proposé par la sous-commission de la liberté de l'information et de la presse garantit notamment le droit de s'exprimer, de recevoir et de communiquer des informations « sous forme artistique ou par dispositifs visuels ou auditifs, fonctionnant selon la loi » (Commission des droits de l'homme, 6e session, *Dispositions concernant la liberté d'information contenues dans le projet de Pacte international relatif aux droits de l'homme*, 6 mars 1950, E/CN.4/360, Proposition de la sous-commission de la liberté de l'information et de la presse, pp. 6-7).

(651) Voy., par exemple, l'amendement de la Pologne, qui visait à assurer que « l'égalité réelle des moyens techniques de l'information mis à la disposition

Certaines références à la dimension culturelle dans les propositions ont trait aux restrictions spécifiques à la liberté artistique, notamment en ce qui concerne « la radiodiffusion et autres moyens d'expression similaires » ou encore « la publication d'images [...] lorsque celles-ci sont de nature à porter atteinte aux convictions religieuses ou aux sentiments d'une partie du public ou à les tourner en ridicule, ou à les exposer au mépris, ou sont contraires à l'intérêt et aux bonnes mœurs publics »(652). Il fut également rappelé, à de nombreuses reprises, que l'État gardait le contrôle sur les médias radiophoniques et télévisuels(653).

Au rang des expressions pouvant faire l'objet de sanction, de restriction ou d'interdiction, la sous-commission de la liberté de l'information et de la presse a envisagé les expressions qui « empiètent sur les droits de la propriété littéraire ou artistique ». Finalement, c'est seulement « la violation des droits existant en matière de propriété littéraire et artistique » qui autorise des restrictions(654).

Les multiples propositions soviétiques visant à garantir à toute personne le droit à l'expression artistique, « à condition d'empêcher que la liberté de parole et de presse ne soit utilisée à des fins de

---

des peuples », « par des mesures destinées à assurer une répartition équitable du papier de journal, des journaux, du matériel d'imprimerie, des stations radios, des studios et des salles de cinéma » ainsi que par l'aide aux « associations, syndicats et coopératives de journalistes, d'artistes et d'éducateurs » (Commission des droits de l'homme, 6e session, *Dispositions concernant la liberté d'information contenues dans le projet de Pacte international relatif aux droits de l'homme*, E/CN.4/360, Amendement de la Pologne à la proposition de l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques, 6 mars 1950, p. 8).

(652) Conseil économique et social, *Rapport de la Commission des droits de l'homme sur la troisième session de la Commission des droits de l'homme*, du 24 mai au 18 juin 1948, E/800, 28 juin 1948, texte soumis par la Conférence des Nations Unies sur la liberté de l'information, art. 17, pp. 33-34.

(653) Voy. e.a. Commission des droits de l'homme, 6e session, *Dispositions concernant la liberté d'information contenues dans le projet de Pacte international relatif aux droits de l'homme*, E/CN.4/360, 6 mars 1950, Précision de la Nouvelle Zélande, p. 12.

(654) Commission des droits de l'homme, 6e session, *Dispositions concernant la liberté d'information contenues dans le projet de Pacte international relatif aux droits de l'homme*, E/CN.4/360, Proposition de la Sous-Commission de la Liberté de l'information et de la presse, 6 mars 1950, p. 26. La Belgique a modifié cette précision et ce sont les « expressions qui empiètent sur les droits dans le domaine littéraire ou artistique » qui ont été reconnues comme pouvant faire l'objet de restriction (*ibid.*, p. 46).

propagande belliqueuse, d'incitation à la haine entre les peuples, de discrimination raciale et de diffusion de rumeurs diffamatoires »[(655)], furent quant à elles systématiquement rejetées.

Finalement, le texte du deuxième alinéa de l'article 19 adopté par la Commission lors de sa huitième session est le suivant : « Toute personne a droit à la liberté d'expression ; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou *artistique*, ou par tout autre moyen de son choix »[(656)]. Ainsi, la formulation de la liberté d'expression dans le Pacte contient seulement une allusion aux « formes artistiques » que peut recouvrir l'expression.

222. En ce qui concerne la dimension culturelle des autres libertés, les travaux préparatoires sont silencieux. Force est donc de constater que la dimension culturelle des libertés consacrées dans le Pacte reste discrète.

B. **Dans les textes régionaux**

223. Le droit à la culture est reconnu dans plusieurs textes régionaux, souvent de manière « détournée ». Ainsi, il est implicitement envisagé dans plusieurs arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (1). Il est simplement évoqué dans la Convention américaine relative aux droits de l'homme (2). Enfin, il est reconnu dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (3).

(655) Voy., sur l'amendement soviétique E/CN.4/L.125 et les débats, Assemblée générale, Troisième Comité, A/C.3/SR.289, § 36 ; Commission des droits de l'homme, 7e session, *Projet de Pacte international relatif aux droits de l'homme, Yougoslavie, texte proposé pour l'article 17*, E/CN.4/528, 11 avril 1950, § 182.

(656) Commission des droits de l'homme, 8e session, *Article X du Projet de pacte relatif aux droits civils et politiques*, adopté par la Commission lors de sa 332e séance, le 4 juin 1952, E/CN.4/668/Add.8. Nous soulignons.

1. La reconnaissance « par la bande » du droit à la culture dans la Convention européenne des droits de l'homme

224. La Convention européenne des droits de l'homme est un instrument juridique contraignant. Partie intégrante du droit belge, elle a force obligatoire dans l'ordre juridique belge(657).

La Convention bénéficie d'une garantie juridictionnelle à nulle autre pareille puisque les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme s'imposent aux États qui ont ratifié cette Convention sur un mode juridictionnel. Les dispositions de cette Convention sont directement applicables et ont effet direct en droit belge(658), en ce compris dans certains rapports entre particuliers(659). Très vite, les rédacteurs de la Convention européenne des droits de l'homme ont préféré ne consacrer que des droits civils et politiques (réputés concrets, effectifs et justiciables) remettant à plus tard la consécration de droits économiques, sociaux et culturels, considérés comme étant moins effectifs(660).

a) *Les tentatives d'inclusion des droits culturels dans la Convention*

225. Au sein du Conseil de l'Europe, les droits culturels ont été mis plusieurs fois à l'agenda, que ce soit dans la Déclaration de coopération culturelle, dans les travaux du Conseil de la coopération culturelle, chargé de renforcer le travail sur les droits culturels, qui ont débouché sur la Déclaration européenne sur les

(657) Voy. e.a., sur les lois d'assentiment que nous n'avons pas la place de reproduire toutes ici, la loi du 13 mai 1955 portant approbation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome, le 4 novembre 1950 et du Protocole additionnel à cette Convention, signé à Paris, le 20 mars 1952, *Mon. b.*, 19 août 1955, p. 05028.

(658) Voy. e.a. C.C., arrêt n° 18/90, du 23 mai 1990, *Mon. b.*, 27 juillet 1990 ; S. van Drooghenbroeck, « Obs. sous C.A., n° 18/90, in *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, *op. cit.*, pp. 434-435 et les références citées à la page 345, note (6).

(659) Voy. sur l'effet horizontal de la Convention, e.a. D. Spielmann, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, coll. Droit et Justice, 1998 ; S. van Drooghenbroeck, « L'horizontalisation des droits de l'Homme », in *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 355-390.

(660) Voy. sur les motifs de cette décisions, la thèse de Mylène Bidault, citée précédemment.

objectifs culturels (qui entend favoriser l'accès de tous à la culture et au patrimoine), ou encore dans la Déclaration finale du Premier Sommet des chefs d'État et de gouvernement du Conseil de l'Europe[661].

Par ailleurs, à de nombreuses reprises il a été proposé d'inclure des droits culturels dans la Convention[662]. La réalisation la plus aboutie à ce titre reste le projet de protocole additionnel relatif aux droits culturels. Ce protocole devait normalement accompagner l'adoption de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales et devait consacrer « dans le domaine culturel »[663] des droits fondamentaux justiciables (c'est-à-dire « suffisamment précis pour pouvoir être invoqués en justice »), individuels, à caractère universel et qui devaient présenter un intérêt particulier pour les personnes appartenant à des minorités nationales[664].

226. Les débats relatifs à l'identification des droits culturels, menés par le Comité *ad hoc* pour la protection des minorités nationales (CAHMIN) se sont construits autour de plusieurs grands axes, dont « le droit à une activité culturelle » et « l'éducation permanente

(661) Sur la base du paragraphe 17 de cette Déclaration, le Conseil de la Coopération culturelle a établi une série de droits et de principes qui doivent régir la coopération en matière culturelle. Le Comité *ad hoc* pour la protection des minorités nationales se fondera sur ces idées pour proposer d'insérer les droits culturels dans la Convention européenne des droits de l'homme.

(662) Assemblée du Conseil de l'Europe, Résolution 838 (1978), Annuaire de la C.E.D.H., 1978, Vol. 21, pp. 61-65 ; *Déclaration sur les droits de l'homme*, 27 avril 1978, §§ II, *ibid*., pp. 83-87. Deuxième réunion au Sommet des chefs d'État et de gouvernement, Strasbourg, 10-11 octobre 1997, Déclaration finale.

(663) La Recommandation 1255 mentionne ainsi qu'«[i]l est essentiel en outre de compléter la Convention-cadre par un protocole additionnel à la Convention européenne des Droits de l'Homme contenant des droits clairement définis que des individus puissent invoquer devant des organes judiciaires indépendants ». Ces organes pourraient être, en dernière instance, la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme. C'est pourquoi l'Assemblée juge extrêmement important d'activer les travaux relatifs à « un protocole complétant la convention [...] dans le domaine culturel par des dispositions garantissant des droits individuels, notamment pour les personnes appartenant à des minorités nationales » (Recommandation 1255 relative à la protection des minorités nationales, Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, 1995, § 8).

(664) Sommet de Vienne des chefs d'État et de gouvernement du Conseil de l'Europe, 8-9 octobre 1993. Cette mission, qui se combinait avec celle de « rédiger à bref délai une Convention-cadre » sur les minorités incombait au Conseil des ministres, qui l'a déléguée au CAHMIN.

des adultes »[665]. Mais, malgré cet effort de conceptualisation des droits culturels, le protocole n'a finalement pas été adopté, en raison de « difficultés juridiques et politiques »[666]. En attendant un protocole sur les droits et libertés culturels, les droits contenus dans la Convention européenne des droits de l'homme offrent une protection médiate pour certains aspects du droit à la culture.

b) *La protection du droit à la culture par la liberté de créer*

227. À travers l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif à la liberté d'expression, certains éléments du droit à la culture concernant la liberté de créer sont directement protégés. Si l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ne fait pas expressément référence à la création artistique, il ressort cependant de la jurisprudence[667] et des commentaires doctrinaux[668] que la création artistique, en ce compris les arts plastiques, relève de manière tout à fait certaine de la protection de cette disposition. En effet, selon la Cour « ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à

(665) Voy. Communication du Comité des ministres, Doc. 7316, 1er juin 1995, Annexe, Rapport intermédiaire d'activité du CAHMIN, § 13.

(666) R. Pickard, *Patrimoine culturel européen. Vol. II, Analyse des politiques et de la pratique*, Strasbourg, Publications du Conseil de l'Europe, 2005, p. 13. Voy. également Conseil de l'Europe, Groupe de travail européen sur la culture et le développement, *La culture au cœur : contribution au débat sur la culture et le développement en Europe*, Strasbourg, Publications du Conseil de l'Europe, 1998, p. 185.

(667) Voy., e.a. Comm. eur. D.H., 13 octobre 1983, n° 9870/82, Dec. Rapp., 34, p. 208 ; Cour eur. D.H., arrêt *Müller c. Suisse* du 24 mai 1988, § 33. Pour de plus amples développements sur la liberté artistique et l'article 10 de la Convention, voy. la troisième partie.

(668) Y. Tajima, « Protection of freedom of expression by the European Convention », *Revue des droits de l'homme,* 1969, pp. 658 et 678 ; K. Rimanque et F. Reyntjens, « Kunst en de vrijheid van expressie en haar beperkingen », in *Kunst en Recht*, K. Rimanque (dir.), Antwerpen, Kluwer, 1985, p. 1 ; J. Velaers, « De kunstvrijheid als vrijheid van meningsuiting en de grenzen ervan », in *Kunst en recht*, F. Swennen (dir.), Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2007, pp. 1-3 ; J. Velaers, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, Vol. I, Antwerpen, Maklu, 1991, p. 61 ; M. Verdussen, « Les droits de l'homme et la création artistique », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 1002 ; E. A. Alkema, « De vrijheid van de kunst als onderdeel van de grondrechtelijke communicatievrijheid in het licht van de EVRM », in *Hoe vrij is kunst? Onderdrukking, censuur en andere berperkingen aan de vrijheid van expressie*, T. Pronk et G. A. I. Schuijt (dir.), Amsterdam, Cramwinckel, 1992, pp. 9 et s.

l'échange d'idées et d'opinons indispensable à une société démocratique »[669]. L'article 10 protège ainsi la création dans tous les domaines[670] et sous toutes ses formes (langage écrit, parlé, symbolique, imagé ou mis en scène[671]). L'article 10 protège également tous les acteurs de la création (artistes, exposants, critiques d'art…) et toutes ses institutions : il consacre ainsi la liberté des théâtres, des opéras, des films, des représentations musicales, des galeries d'art, des bibliothèques[672] tout en maintenant la possibilité d'un système d'autorisation pour les cinémas. Nous reviendrons dans la troisième partie sur cette disposition et ses conséquences pour la liberté artistique.

c) *La protection du droit à la culture par la liberté de recevoir et de communiquer des informations*

228. La liberté de recevoir et de communiquer des informations offre une protection directe et indirecte du droit à la culture. La Cour européenne des droits de l'homme a affirmé que ce droit « interdit [...] à un gouvernement d'empêcher quelqu'un de recevoir des informations que d'autres aspirent ou peuvent consentir à lui fournir »[673].

Dans l'arrêt *Akdas*, la Cour a reconnu que ce droit à ne subir d'entraves de la part de l'État dans l'accès à l'information s'appliquait en matière culturelle, pour les œuvres du patrimoine littéraire

(669) Cour eur. D.H., arrêt *Müller c. Suisse* du 24 mai 1988, § 33.

(670) A. Schaus, « Les restrictions à la liberté d'expression opérées par le juge des référés face à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *Cah. dr. jud.*, 1991, n° 6, p. 161.

(671) Voy. e.a. Cour eur. D.H., arrêt *Grigoriades c. Grèce* du 25 novembre 1997, opinion concordante du Juge Jambreck, § 6 ; Cour eur. D.H., arrêt *Vajnai c. Hongrie* du 8 octobre 2008, §§ 40 et 52 ; J. Velaers, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, *op. cit.*, p. 58.

(672) J. Velaers, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, *op. cit.*, pp. 73-74 ; J. Velaers, « De kunstvrijheid als vrijheid van meningsuiting en de grenzen ervan », *op. cit.*, pp. 7-8.

(673) Voy. e.a. Cour eur. D.H., arrêt *Roche c. Royaume-Uni* du 19 octobre 2005, § 172 ; Cour eur. D.H., arrêt *Leander c. Suède* du 26 mars 1987, série A, nº 116, p. 29, § 74 ; Cour eur. D.H., arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, § 52 ; Cour eur. D.H., arrêt *Guerra et autres c. Italie* du 19 février 1998, § 53 ; Cour eur. D.H., arrêt *Thorgeirson c. Islande* du 25 juin 1992, § 63 ; Cour eur. D.H., arrêt *Sirbu c. Moldova* du 15 juin 2004, § 16.

européen[674]. La Cour en effet condamné la Turquie pour avoir procédé à une saisie des exemplaires traduits en turc du roman *Les onze mille verges* en considérant que « la reconnaissance accordée aux singularités culturelles, historiques et religieuses des pays membres du Conseil de l'Europe, *ne saurait aller jusqu'à empêcher l'accès du public* d'une langue donnée, en l'occurrence le turc, *à une œuvre figurant dans le patrimoine littéraire européen* »[675]. Comme le souligne Arnaud Latil, le droit d'accès au patrimoine européen, reconnu dans cet arrêt, « évoque inévitablement le droit du public à l'information, également fondé sur l'article 10 de la Convention ». Ainsi, « le droit du public à l'information et le droit d'accès aux ouvrages du patrimoine partagent une communauté de fondement et d'objet » en ce que ces deux droits « reposent sur la composante 'passive' de la liberté d'expression, et visent à autoriser l'accès à des créations véhiculant une valeur informative ou culturelle »[676]. Il faut donc considérer que la Cour a reconnu, dans cet arrêt, le droit pour un public d'une langue donnée de ne pas subir d'entraves dans l'accès au patrimoine culturel[677].

Par contre, la Cour s'est montrée plus frileuse quant à la consécration d'obligations positives de collecte et de diffusion d'informations pour l'État qui impliquerait notamment de revoir l'équilibre avec les droits d'auteur[678]. La Cour considère en effet

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

(675) Cour eur. D.H., arrêt *Akdas c. Turquie* du 16 février 2010, § 30. Nous soulignons.

(676) A. Latil, *op. cit.*, p. 772.

(677) Research Division – Division de la Recherche, *Cultural rights in the case-law of the European Court of Human Rights*, Publications du Conseil de l'Europe, janvier 2011, www.echr.coe.int, p. 8.

(678) A. Lucas, « Droit d'auteur, liberté d'expression et 'droit du public à l'information' (libres propos sur deux arrêts des Cours de cassation belge et française) », *A&M*, 2005, n° 1, pp. 13-23.

que la liberté de recevoir des informations « ne saurait se comprendre comme imposant à un État, dans des circonstances telles que celles de l'espèce, des obligations positives de collecte et de diffusion, *motu proprio*, des informations »[(679)]. Toutefois, notons que la Cour, dans un arrêt du 16 décembre 2008, a reconnu une obligation positive de faire respecter la liberté de recevoir des informations. La Cour a condamné l'inaction de la Suède dans le cas d'une famille suédoise contrainte de quitter son logement en raison de l'obligation qui lui avait été faite par le propriétaire du logement de retirer l'antenne de télécommunication qui lui permettait de recevoir des programmes en arabe et en farsi[(680)]. La Cour pourrait être amenée à confirmer l'existence de telles obligations positives à l'égard de la liberté de recevoir des informations en matière culturelle à l'occasion de l'affaire actuellement pendante *Jankovskis c. Lituanie*. Cette affaire concerne le cas d'un détenu qui, désireux de poursuivre une formation, a formulé la demande d'accéder à Internet en prison. Sa demande ayant été refusée, il n'a pas pu suivre la formation envisagée. La Cour, dans cette affaire, pourrait reconnaître l'existence d'une obligation positive de permettre, dans certains cas, l'accès à Internet. Elle élargirait par là le champ d'application de la liberté de recevoir des informations dans le domaine culturel[(681)].

d) *La protection du droit à la culture par la liberté d'association*

229. La liberté d'association peut également couvrir certains aspects du droit à la culture. Dans l'affaire *Sidiropoulos c. Grèce*, la Cour a estimé que le refus d'enregistrer une association de défense de la culture, s'il était fondé sur le but légitime de la préservation de l'identité grecque, était disproportionné[(682)]. Elle a fait de même

(679) Cour eur. D.H., arrêt *Roche c. Royaume-Uni* du 19 octobre 2005, § 172 ; Cour eur. D.H., arrêt *Leander c. Suède* du 26 mars 1987, § 74 ; Cour eur. D.H., arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, § 52 ; Cour eur. D.H., arrêt *Guerra et autres c. Italie* du 19 février 1998, § 53.

(680) Cour eur. D.H., arrêt *Khurshid Mustafa and Tarzibachi c. Suède* du 16 décembre 2008, §§ 45-50.

(681) Cour eur. D.H., affaire *Jankovskis c. Lituanie*, communiquée le 27 septembre 2010, affaire n° 21575/08, déposée le 7 janvier 2008.

(682) Cour eur. D.H., arrêt *Sidiropoulos et autres c. Grèce* du 10 juillet 1998, § 47.

concernant l'organisation macédonienne unie *Ilinden*[(683)]. La Cour reconnaît ainsi le droit des habitants d'une région ou des membres d'une minorité de s'associer pour mettre en valeur leur culture, pour protéger leur « conscience minoritaire » et/ou leur patrimoine culturel et spirituel[(684)], sur la base du Document de la Réunion de Copenhague de la Conférence sur la dimension humaine de la CSCE (chapitre IV) du 29 juin 1990 et de la Charte de Paris pour une nouvelle Europe du 21 novembre 1990, tous deux signés par la Grèce[(685)].

e) *La protection du droit à la culture dans les restrictions au droit à la propriété*

230. Une autre approche de la Cour permettant de protéger certains aspects du droit à la culture est liée à l'appréciation du but légitime et de l'importance des politiques culturelles dans l'analyse des restrictions à certains droits, notamment au droit de propriété.

231. Ainsi, dans l'arrêt *Beyeler c. Italie*, le classement d'un tableau de Van Gogh (*Le Jardinier*) par les autorités italiennes était en jeu, avec une série de conséquences attentatoires au droit à la propriété de Monsieur Beyeler. La Cour a considéré que la conservation des « œuvres appartenant au patrimoine culturel de toutes les nations » dans un esprit visant « à privilégier la solution la plus apte à garantir une large accessibilité au bénéficie du public, dans l'intérêt général de la culture universelle » constituait un but légitime[(686)].

Dans le même sens, dans l'arrêt *Ferme de Fresnoy c. France*, la Cour a affirmé que la protection du patrimoine culturel d'un pays constituait un but légitime à une restriction dans le droit à la propriété qui découlait du classement d'un des immeubles d'une ferme

(683) Cour eur. D.H., arrêt *Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden c. Bulgarie* du 2 janvier 2001, § 10.

(684) Voy., sur la protection des minorités par la Cour, F. Benoît-Rohmer, « La Cour européenne des droits de l'homme et la défense des droits des minorités nationales », *Rev. trim. dr. h.*, 2002, liv. 51, pp. 563-586.

(685) Cour eur. D.H., arrêt *Sidiropoulos et autres c. Grèce* du 10 juillet 1998, § 44.

(686) Cour eur. D.H. (G.C.), arrêt *Beyeler c. Italie* du 5 janvier 2000, § 113. Toutefois, la Cour a considéré dans cette affaire que la charge imposée au propriétaire de l'œuvre était disproportionnée, en tenant compte du comportement incohérent et lent des autorités italiennes.

sans véritable indemnisation[687]. La Cour s'est appuyée notamment sur la Convention-cadre du Conseil de l'Europe concernant la valeur du patrimoine culturel pour la société qui établit, dans son premier article, un lien entre droit au patrimoine culturel et droit de participer à la vie culturelle[688]. Dans plusieurs arrêts ultérieurs, la Cour a réaffirmé l'importance et la légitimité de la protection du patrimoine culturel[689].

Dans une affaire concernant le classement du patrimoine culturel d'Adana, la Grande Chambre a ainsi confirmé que « [l]a conservation du patrimoine culturel et, le cas échéant, son utilisation durable, ont pour but, outre le maintien d'une certaine qualité de vie, la préservation des racines historiques, culturelles et artistiques d'une région et de ses habitants. À ce titre, elles constituent une valeur essentielle dont la défense et la promotion incombent aux pouvoirs publics »[690]. La Cour européenne des droits de l'homme considère que les États ont pour mission de protéger et de conserver le patrimoine et que l'imposition d'obligations en matière de patrimoine culturel « n'implique pas un droit préalable à indemnité » pour les propriétaires des éléments du patrimoine culturel[691].

232. Il ressort des éléments brièvement analysés *supra* que, à défaut d'une consécration explicite du droit de participer à la vie culturelle dans la Convention, la Cour intègre des préoccupations liées au droit de participer à la vie culturelle sans toutefois reconnaître expressément ce droit.

2. La Convention américaine relative aux droits de l'homme

233. La Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969, au contraire de la Déclaration américaine des droits de

(687) Cour eur. D.H., décision sur la recevabilité *SCEA Ferme de Fresnoy c. France* du 1er décembre 2005, § 3.

(688) La Cour a considéré la requête irrecevable car mal fondée.

(689) Cour eur. D.H., arrêt *Debelianovi c. Bulgarie* du 29 mars 2007, § 54. Dans cet arrêt toutefois, l'expropriation qu'avait impliqué la transformation de la maison des requérants en musée, sans compensation, a été jugée disproportionnée.

(690) Cour eur. D.H. (G.C.) arrêt *Kozacioglu c. Turquie* du 19 février 2009, § 54. Voy. aussi §§ 64 et 84.

(691) R. Pickard, *Patrimoine culturel européen. Vol. II, Analyse des politiques et de la pratique*, *op. cit.*, p. 68.

l'homme, ne fait que rappeler l'existence des droits économiques, sociaux et culturels dans son article 13[(692)].

3. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples

234. Par le biais d'une approche particulière, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples aborde le droit à la culture en reconnaissant le droit de toute personne de prendre part librement à la vie culturelle de la Communauté. Ce droit figure à l'article 17 de la Charte, dans lequel sont aussi reconnus le droit à l'éducation et le devoir de l'État de promouvoir la morale et les valeurs traditionnelles reconnues par la Communauté. Cette spécificité de la Charte, qui relève les devoirs de l'État, doit être soulignée[(693)].

§4. *La reconnaissance du droit à la culture dans les instruments relatifs aux droits fondamentaux de l'Union européenne*[(694)]

235. La compétence de l'Union en matière de droits fondamentaux s'est progressivement consolidée, avec comme point d'orgue l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne[(695)] qui place la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[(696)] dans le droit primaire de l'Union. La question de savoir si cette extension des compétences de l'Union relatives aux droits fondamentaux peut susciter une extension plus globale du champ d'application du droit communautaire[(697)], notamment en matière culturelle, reste ouverte.

(692) Voy. M. Bidault, *La protection internationale des droits culturels*, *op. cit.*, pp. 32-36.

(693) R. Stavenhagen, « Cultural Rights : A Social Science Perspective », *op. cit.*, p. 8.

(694) Les développements consacrés au droit de l'Union européenne dans cette thèse sont malheureusement succincts. L'étude des relations entre droit de l'Union, droits culturels et politiques culturelles était en effet trop complexe et trop importante pour être traitée de manière adéquate dans la présente thèse. Cette étude fait l'objet d'un projet de recherche actuellement développé dans le cadre d'un mandat de Chargée de recherches du FNRS.

(695) Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, *J.O.*, C 306/01 du 17 décembre 2007.

(696) *J.O.*, C 303/1 du 14 décembre 2007.

(697) Voy. e.a., sur les rapports entre droits fondamentaux et compétences de l'Union, les recherches de Nicolas Cariat, chercheur à l'Université catholique

236. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne(698) n'est juridiquement contraignante que depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, c'est-à-dire le 1er décembre 2009, même si la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes « lui conférait d'ores et déjà un statut quasi contraignant »(699).

À l'inverse de la plupart des instruments de protection des droits de l'homme, la Charte n'a pas de portée générale « dès lors que, comme le stipule son article 51, elle ne vaut que dans le champ d'application du droit de l'Union, lui-même limité »(700). Par ailleurs, en ce qui concerne l'effet direct des dispositions de la Charte, il faudra avoir égard à la distinction établie dans la Charte entre les principes qu'elle consacre et les droits et libertés qu'elle reconnaît. Si les derniers doivent, en principe, se voir reconnaître un effet direct(701), la question est plus complexe pour les premiers. Ceux-ci

---

de Louvain. Voy. également O. De Schutter, « Les droits fondamentaux dans le projet européen. Des limites à l'action des institutions de protection des droits fondamentaux », in *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, O. De Schutter et P. Nihoul (dir.), Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 105 et s. ; J. Andriantsimbazoniva, « Droits fondamentaux communautaires et champ d'application personnel du droit communautaire », *R.A.E.*, 2003-2004, liv. 1, pp. 58-59 ; J.-P. Jacque, « Droits fondamentaux et compétences internes de la communauté européenne », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, t. 2, pp. 1007-1028.

(698) Voy. e.a., sur la Charte, B. Favreau (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 382 pp. ; S. Peers et A. Ward (dir.), *The EU Charter of Fundamental Rights. Politics, Law and Policy*, Oxford, Hart Publishing, 2004, 388 pp. ; L. Burgorgue-Larsen, E. Levade et F. Picod (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe – Partie II : La Charte des droits fondamentaux de l'Union – Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2005 ; J. Rideau, « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne – Perspectives ouvertes par le Traité de Lisbonne », *R.A.E.*, 2007-2008, liv. 2, pp. 185-207.

(699) N. Cariat, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les juridictions belges. Quelques balises pour une application prometteuse », *J.T.*, 2010, n° 7, p. 106.

(700) Par conséquent, afin de vérifier l'applicabilité de la Charte, le juge interne doit « effectuer le rattachement entre la situation dont il est saisi et une norme issue du droit de l'Union, primaire ou dérivé, déclarée applicable (*ratione personae*, *materiae*, *loci*, *temporis*) » mais également vérifier s'il est satisfait aux conditions d'applicabilité posées dans la Charte elle-même et qui ont trait à « son champ d'application temporel (*ratione temporis*) et personnel (*ratione personae*) » (N. Cariat, *op. cit.*, p. 107).

(701) En effet, « dès lors que conformément aux enseignements de l'arrêt *Van Gend en Loos*, ces dispositions paraissent suffisamment claires, précises et

ont acquis une certaine justiciabilité et « peuvent être considérés comme directement applicables », c'est-à-dire « suffisamment précis pour être invoqué[s] par un particulier et appliqué[s] par les juridictions nationales »[(702)]. Sur la question de l'effet direct des principes, on retiendra la proposition de Nicolas Cariat de reconnaître à ces principes les mêmes effets qu'aux directives, avec lesquelles ils entretiennent certaines similitudes[(703)]. Dans tous les cas, ces principes doivent être considérés comme des lignes interprétatives qui peuvent être combinées avec l'impératif d'égalité et de non-discrimination et pourraient susciter une application du principe de *standstill*[(704)].

237. Alors que le projet de Constitution, par exemple, accordait une place de choix à la culture[(705)], la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[(706)] ne reconnaît pas expressément, de manière générale, le droit à la culture et les droits culturels[(707)], au contraire par

inconditionnelles pour servir de fondement à l'octroi d'un droit au particulier, sans qu'aucune norme de mise en œuvre ne soit nécessaire ». Voy. N. Cariat, *op. cit.*, p. 108.

Force est cependant de constater que la Cour de cassation a, récemment, dénié toute forme d'effet direct aux articles 3, 24.2 et 24.3 de la Charte des droits fondamentaux, considérant qu'« [a]ucune de ces dispositions n'est, en soi, suffisamment précise et complète pour avoir un effet direct dès lors qu'elles laissent à l'État plusieurs possibilités de satisfaire aux exigences de l'intérêt de l'enfant. Elles ne peuvent servir de source de droits subjectifs et d'obligations dans le chef des particuliers. Elles permettent notamment à l'État et aux autorités contractantes de déterminer au mieux les intérêts de l'enfant dans le cadre des modalités d'établissement de la filiation biologique » (Cass., 2 mars 2012).

(702) N. Cariat, *op. cit.*, p. 108.

(703) *Ibid*.

(704) Voy. A. P. van der Mei, « The justiciability of social rights in the European Union », in *Justiciability of Economic and Social Rights. Experiences from Domestic Systems*, F. Coomans (dir.), Antwerp/Oxford, Intersentia, 2006, pp. 405-408.

(705) Constitution : prééminence de la culture (art. 3, ch. 3, 16, 21, II-22, II-25, III-56, III-181, III-182, III-186, III-217), projet de Constitution, version 18 juillet 2003, doc UE 2003/C169/01. B. De Witte, « Trade in Culture : International Legal Regimes and EU Constitutional Values », in *The EU and the WTO. Legal and Constitutional Issues*, G. De Búrca et J. Scott (dir.), Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 249-255.

(706) Voy. e.a., sur la Charte, B. Favreau (dir.), *op. cit.*, 382 pp. ; S. Peers et A. Ward (dir.), *op. cit.*, 388 pp.

(707) Y. Donders, « The Protection of Cultural Rights in Europe : None of the EU's Business ? », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2003, Vol. 10, n° 2, p. 118.

exemple des droits sociaux[708]. Certes, au rang des « droits et libertés », on trouve la liberté des arts et de la science, proclamée à l'article 13 de la Charte, ainsi que la liberté d'expression, protégée à l'article 11 de celle-ci et le droit des personnes âgées de participer à la vie culturelle (art. 25). Par ailleurs, certains principes ont trait au « respect de la diversité culturelle » (art. 22), à l'intégration des personnes handicapées et à leur participation à la vie de la communauté (art. 26).

238. Au-delà de la Charte, certains éléments du droit européen reconnaissent également, par la bande, le droit à la culture. Ainsi, l'article 6 du Traité de l'Union européenne évoque l'ensemble des catégories des droits de l'homme, incluant ainsi les droits culturels[709]. En outre, l'interdiction de toute discrimination, éventuellement combinée avec les quatre libertés de circulation, peut être à la source d'une certaine reconnaissance jurisprudentielle du droit à la culture[710].

§5. *La reconnaissance du droit à la culture dans les instruments catégoriels*

239. Au-delà des dispositions consacrant des droits universels pour tous les individus, de nombreux instruments visant à garantir

(708) Ceux-ci sont plus abondamment détaillés et cités, notamment dans l'article 33 de la Charte.

(709) Y. Donders, « The Protection of Cultural Rights in Europe : None of the EU's Business ? », *op. cit.*, p. 135.

(710) La Cour a estimé qu'une mesure espagnole, qui accordait la gratuité dans les musées nationaux pour tous, hormis les ressortissants des autres États membres âgés de plus de 21 ans, et qu'une mesure italienne, qui établissait diverses mesures tarifaires avantageuses pour l'accès aux musées, monuments, galeries, fouilles archéologiques, parcs et jardins classés monuments publics, surtout pour les ressortissants italiens âgés de plus de 60 ans, étaient discriminatoires et incompatibles avec l'article 49 du Traité CE en ce qu'elles n'étaient pas étendues à l'ensemble des citoyens de l'Union. Voy. C.J., arrêt *Commission c. Espagne* du 15 mars 1994, aff. C-45/93, *Rec.*, p. I-911 ; C.J., arrêt *Commission c. Italie* du 16 janvier 2003, aff. C-388/01, p. I-721. Dans une série d'arrêts, la Cour a en outre accru les possibilités de participer à la vie culturelle d'autres États membres. Voy. C.J., arrêt *Commission c. Grèce* du 2 juillet 1996, aff. C-290/94 ; arrêt *Steinhauser c. Cité de Biarritz* du 18 juin 1985 ; arrêt *De Coster c. Collège des Bourgmestre et échevins de Watermael-Boitsfort* du 29 novembre 2001, aff. C-17/100.

Cela étant dit, l'application du principe de non-discrimination et des quatre libertés de circulation ne favorise pas de manière univoque le droit de participer à la vie culturelle. En effet, les principes conduisent également à une fragilisation des politiques culturelles pourtant nécessaire à la réalisation du droit de participer à la vie culturelle.

des droits à des catégories de personnes ont été adoptés. Les instruments de protection des minorités, en plus de garantir des droits individuels, tendent également à protéger des groupes et présentent ainsi une dimension « collective ».

L'importance toute particulière des droits culturels pour les minorités et les peuples autochtones, souvent exclus ou délaissés par la culture dominante, explique ce cadrage du droit à la culture sur les droits des groupes(711). Par conséquent, même s'il est vrai que les instruments consacrés à la protection des droits de ces groupes reprennent des droits déjà consacrés ailleurs, certains éléments additionnels apparaissent à la lumière de l'objet spécifique des instruments catégoriels(712). De plus, ces instruments répondent – partiellement – à la lancinante question inhérente aux droits culturels : lorsque l'État prend des engagements en matière culturelle, quelles cultures doivent être développées, par qui, et par quels moyens(713) ?

240. Le droit à la culture est donc reconnu dans divers instruments catégoriels. Il a été particulièrement développé dans le contexte des droits reconnus aux minorités (A) Or, l'importance grandissante de la distinction entre droits universels et droits catégoriels (surtout pour ce qui concerne les droits des minorités), a eu pour conséquence de renforcer l'éclatement du régime du droit à la culture. Il est également reconnu dans des instruments relatifs aux peuples autochtones (B), aux femmes (C), mais également dans les instruments de lutte contre le racisme (D) et de protection des enfants (E).

A. **Dans les instruments de protection des minorités**

241. Les problèmes auxquels sont confrontées les minorités ont souvent une dimension culturelle, ce qui explique la reconnaissance particulièrement étendue du droit à la culture dans les instruments de protection des minorités(714).

(711) E. Stamatopoulou, « The right to take part in cultural life », *op. cit.*, p. 3.

(712) L. Prott, « Understanding One Another on Cultural Rights », *op. cit.*, p. 166.

(713) R. Stavenhagen, « Cultural Rights : A Social Science Perspective », *op. cit.*, p. 8.

(714) L. Prott, « Understanding One Another on Cultural Rights », *op. cit.*, p. 168.

Suite aux Documents de Vienne et de Copenhague, un mouvement en faveur de la reconnaissance de droits aux minorités s'amorce. Ce mouvement prend corps, au niveau des Nations Unies, dans la Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques qui proclame plusieurs droits culturels(715), qui n'a toutefois pas de force obligatoire et constitue donc un instrument de nature politique et symbolique.

Au niveau du Conseil de l'Europe, ce mouvement s'est traduit dans la Convention-cadre pour la protection des minorités. Signalons toutefois que la Belgique n'a, à ce jour, pas ratifié cette Convention-cadre(716) : cet instrument ne fait donc pas partie du droit belge, n'y est pas directement applicable et ne recouvre aucun effet direct.

---

(715) Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, RES 47/135, 18 décembre 1992. Voy.

Art. 2 : « 1. Les personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques (ci-après dénommées personnes appartenant à des minorités) ont le droit de jouir de leur propre culture, de professer et de pratiquer leur propre religion et d'utiliser leur propre langue, en privé et en public, librement et sans ingérence ni discrimination quelconque.

2. Les personnes appartenant à des minorités ont le droit de participer pleinement à la vie culturelle, religieuse, sociale, économique et publique ».

Art. 4 :

« 2. Les États prennent des mesures pour créer des conditions propres à permettre aux personnes appartenant à des minorités d'exprimer leurs propres particularités et de développer leur culture, leur langue, leurs traditions et leurs coutumes, sauf dans le cas de pratiques spécifiques qui constituent une infraction à la législation nationale et sont contraires aux normes internationales.

[…]

4. Les États devraient, le cas échéant, prendre des mesures dans le domaine de l'éducation afin d'encourager la connaissance de l'histoire, des traditions, de la langue et de la culture des minorités qui vivent sur leurs territoires. Les personnes appartenant à des minorités devraient avoir la possibilité d'apprendre à connaître la société dans son ensemble ».

(716) M. Van de Putte et J. Clement, « Het Europees Kaderverdrag tot bescherming van nationale minderheden en de etnisch-culturele minderheden in België », *T. Vreem.*, 2003, n° 2, p. 108 et p. 110 ; A. Alen, « La Convention-cadre pour la protection des minorités nationales et la Belgique », in *Liber amicorum Jean-Pierre de Bandt*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 773-790. Voy., pour une critique de la réserve belge, X. Delgrange et S. van Drooghenbroeck, « La signature de la Convention-cadre sur la protection des minorités nationales et les mesures de protection des minorités contenues dans les lois spéciales », *A.P.T.*, 2002, p. 282.

La Convention qui a un effet contraignant pour les États membres, oblige ces derniers à « promouvoir les conditions propres à permettre aux personnes appartenant à des minorités nationales de conserver et développer leur culture, ainsi que de préserver les éléments essentiels de leur identité que [...] leurs traditions et leur patrimoine culturel ». Dans ce cadre, les États « s'abstiennent de toute politique ou pratique tendant à une assimilation contre leur volonté des personnes appartenant à des minorités nationales et protègent ces personnes contre toute action destinée à une telle assimilation »(717).

Elle inclut également des dispositions relatives aux libertés culturelles, notamment « le droit à la liberté d'expression de toute personne appartenant à une minorité nationale », qui comprend « la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées dans la langue minoritaire, sans ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières ». La Convention souligne que l'accès aux médias ne doit pas impliquer de discrimination pour les personnes appartenant à une minorité nationale, même si les États peuvent « soumettre à un régime d'autorisation, non discriminatoire et fondé sur des critères objectifs, les entreprises de radio sonore, télévision ou cinéma », sans entraver « la création et l'utilisation de médias écrits par les personnes appartenant à des minorités nationales » et tout en accordant « la possibilité de créer et d'utiliser leurs propres médias ». Enfin, les États s'engagent à « faciliter l'accès des personnes appartenant à des minorités nationales aux médias, pour promouvoir la tolérance et permettre le pluralisme culturel »(718). De plus, la Convention garantit la liberté d'expression, d'association et de réunion des minorités(719).

En ce qui concerne la participation, la Convention inscrit dans son article 15 une disposition essentielle, relative à l'engagement des États à « créer les conditions nécessaires à la participation effective des personnes appartenant à des minorités nationales à la vie culturelle, sociale et économique, ainsi qu'aux affaires publiques, en particulier celles les concernant »(720).

(717) Art. 5, Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, Strasbourg, 1er février 1995.

(718) Art. 9.

(719) Art. 7.

(720) Art. 15.

B. **Dans les instruments de protection des peuples autochtones**

242. Comme pour les minorités, parce qu'un nombre considérable de problèmes auxquels sont confrontés les peuples autochtones sont essentiellement d'ordre culturel, les instruments qui les protègent consacrent de nombreux droits culturels(721). Deux instruments majeurs de protection sont consacrés aux peuples autochtones.

Le premier instrument majeur est la Convention relative aux peuples indigènes et tribaux de l'Organisation internationale du Travail. Cette Convention n'a pas été ratifiée par la Belgique et ne fait pas partie du droit belge. Cet instrument consacre le droit à la conservation de la culture des peuples autochtones et l'obligation corrélative de l'État de protéger cette culture dans son article 4. Il prévoit également la mise en place d'importantes procédures de consultation des populations(722).

Le second texte protégeant les peuples autochtones est la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones(723). Cette Déclaration, qui n'a pas de force juridique mais uniquement un contenu politique et symbolique, consacre également d'importants droits culturels, notamment dans ses articles 11 (droits sur le patrimoine vivant et culturel), 12 (droits relatifs à l'accès et la protection des sites religieux), 13 (droits relatifs à la transmission du patrimoine et à sa diffusion et enfin 31, qui consacre le droit des peuples autochtone « de préserver, de contrôler, de protéger et de développer » leur patrimoine vivant, immatériel et culturel.

C. **Dans les instruments de protection des migrants**

243. La Convention des Nations Unies sur les droits des travailleurs migrants et des membres de leur famille n'a pas été ratifiée par la Belgique, ne fait donc pas partie du droit belge et n'a pas d'effet obligatoire dans notre pays.

Elle consacre pourtant plusieurs droits culturels. D'abord, elle consacre des libertés à dimension culturelle, notamment la liberté

(721) L. Prott, « Understanding One Another on Cultural Rights », *op. cit.*, p. 169.

(722) Art. 6 et 7.

(723) 13 septembre 2007.

d'association à des fins culturelles dans son article 26. Ensuite, elle inscrit dans son article 31 l'obligation pour les États d'assurer « le respect de l'identité culturelle des travailleurs migrants et des membres de leur famille »[(724)]. La Convention garantit, pour les travailleurs migrants en situation régulière et pour leur famille, le droit d'accéder et de participer à la vie culturelle[(725)]. La Convention encourage enfin les États à faciliter l'emploi de la langue et le respect de la culture des migrants dans l'enseignement des enfants[(726)].

L'Organisation internationale du travail (O.I.T.) a également adopté des dispositions analogues à cette Convention à l'égard des travailleurs migrants[(727)] qui n'ont cependant pas été ratifiées par la Belgique.

D. **Dans les instruments de protection des droits des femmes**

244. La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes adoptée au sein des Nations Unies le 6 octobre 1999 prévoit l'obligation de mettre en œuvre les droits économiques, sociaux et culturels dans des conditions d'égalité entre hommes et femmes. La Convention fait partie intégrante du droit belge[(728)] et a force obligatoire dans notre pays. Elle est applicable directement, mais il ressort de certaines décisions que

(724) Ainsi, les États ne peuvent les empêcher de maintenir leurs liens culturels avec leur État d'origine. À cette fin, les États parties « peuvent prendre des mesures appropriées pour soutenir et encourager les efforts à cet égard ».

(725) Art. 43, 1, g et 45, 1, d et 3.

(726) Art. 31, Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, RES 45/158, 18 décembre 1990.

(727) Voy. notamment, art. 12, C, de la Convention de l'OIT sur les travailleurs migrants, C143, 23 juin 1975 : les États ont l'obligation de « tout mettre en œuvre en vue d'aider et d'encourager les efforts des travailleurs migrants et de leurs familles visant à préserver leur identité nationale et ethnique ainsi que leurs liens culturels avec leur pays d'origine, y compris la possibilité, pour les enfants, de recevoir un enseignement de leur langue maternelle ». Voy. également, sur les travailleurs migrants, Convention de l'OIT sur les travailleurs migrants, C97, révisée, 1948 et Recommandation de l'OIT sur les travailleurs migrants, R86, révisée, 1949. Cette Convention est doublée d'une Recommandation, qui reprend le même thème : Point 7, Recommandation sur les travailleurs migrants, R151, 24 juin 1975.

(728) La Convention est entrée en vigueur en droit international le 22 décembre 2000. Elle a été ratifiée par la Belgique. Elle a été publiée au *Moniteur belge* le 17 mai 1983 pour la Communauté française et le 5 novembre

cette Convention n'a toutefois pas d'effet direct en droit belge[729]. Toutefois, les dispositions législatives internes relatives à l'égalité entre les hommes et les femmes ont traduit la plupart des dispositions de la Convention dans le droit belge[730], leur assurant ainsi un effet direct. Un article de la Convention est consacré spécifiquement au droit de participer à la vie culturelle[731].

E. **Dans les instruments de lutte contre le racisme**

245. La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale est un instrument juridique obligatoire en droit belge[732] dont l'effet direct n'est pas établi. Toutefois, de nombreuses dispositions de la Convention sont reprises dans le droit belge visant à lutter contre les discriminations.

L'article 2, 2 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale engage les États à prendre des mesures pour éviter toute discrimination notamment dans le secteur culturel. Elle décline le principe de non-discrimination dans le secteur culturel, à l'article 5, en proclamant pour toute personne le « droit de prendre part, dans des conditions d'égalité, aux activités culturelles » et consacre le « droit d'accès à tous lieux et services destinés à l'usage du public, tels que moyens de transport, hôtels, restaurants, cafés, spectacles et parcs »[733]. L'article 7 prévoit

1985 pour la collectivité fédérale. Il en est de même pour son Protocole facultatif, publié le 3 septembre 2004 au *Moniteur belge*.

(729) Voy., pour le Conseil d'État, O. De Schutter, « Obs. sous C.E. 22 mars 1995 », in *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, *op. cit.*, p. 397.

(730) Voy. notamment la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *Mon. b.*, 9 juin 2007.

(731) Art. 13, c, Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, RES 34/180, 18 décembre 1979. Le Comité exige un rapport des États notamment sur la question de la participation des femmes à la vie culturelle. Voy. Compilation des directives générales concernant la présentation et le contenu des rapports à présenter par les États parties aux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, RI/GEN/2/Rev.1/Add.2, 13 mai 2003, E.2., p. 4.

(732) La Convention est entrée en vigueur en droit international le 4 janvier 1969. Adoptée le 7 mars 1966, elle a été publiée au *Moniteur belge* le 11 décembre 1975. Voy. la loi du 9 juillet 1975 portant approbation de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, faite à New York le 7 mars 1966, *Mon. b.*, 11 décembre 1975.

(733) Art. 5, d, f, Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, RES 2106, 21 décembre 1965.

que des mesures doivent être prises dans les secteurs de la culture, de l'éducation et de l'information pour lutter contre le racisme.

Le Comité a eu l'occasion de préciser que la Convention oblige les États à incorporer dans les manuels scolaires des chapitres sur l'histoire et la culture des personnes souvent victimes de discrimination raciale (notamment les Roms), à encourager et à soutenir la publication et la diffusion de livres et autres documents imprimés ainsi qu'à retransmettre des émissions de télévision et de radio concernant l'histoire et la culture de ces personnes et à prendre le même type de mesures dans le secteur des médias. Le même Comité a également appuyé des mesures visant à préserver et développer la culture des non ressortissants des États et des personnes détenues(734).

F. **Dans les instruments de protection des enfants**

246. La Convention de New York sur les droits des enfants est un instrument juridique obligatoire entré en vigueur le 15 janvier 1992. Toutefois, concernant les droits économiques, sociaux et culturels, l'article 4 de la Convention reproduit une clause similaire à l'article 2 du Pidesc, qui module l'obligation des États en stipulant que les États parties prennent les mesures nécessaires « dans toutes les limites des ressources dont ils disposent ».

La Convention fait partie intégrante du droit belge(735) et y est applicable directement. La question de l'effet direct de la Convention en droit belge est épineuse et a été l'objet d'une indécision doctrinale(736) mais aussi jurisprudentielle. À la lumière de la jurisprudence de la Cour de cassation, de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'État, il semble intenable d'exclure *in abstracto* tout effet direct à

(734) Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, 57e session, 2000, Recommandation générale XXVII concernant la discrimination à l'égard des Roms, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), p. 40, § 26, § 38, § 58.

(735) Voy., pour les lois d'approbation : Loi du 25 novembre 1991, *Mon. b.*, 17 janvier 1992 ; Décr. Comm. fl. du 15 mai 1991, *Mon. b.*, 13 juillet 1991 ; Décr. Comm. germ. du 25 juin 1991, *Mon. b.*, 9 août 1991 ; Décr. Comm. fr. du 3 juillet 1991, *Mon. b.*, 5 septembre 1991.

(736) Voy. notamment V. Pouleau, « Propos sur l'applicabilité (directe ?) de la Convention des droits de l'enfant dans l'ordre juridique belge », *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 495 ; T. Werquin, « La Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 sur les droits de l'enfant et l'aide sociale aux étrangers en séjour illégal », *op. cit.*, pp. 241-248.

la Convention car certaines dispositions se sont vu reconnaître la capacité à conférer par elles-mêmes des droits aux individus(737). Il convient donc d'étudier chaque disposition *in concreto*.

(737) En réalité, il n'y a pas de consensus jurisprudentiel sur cette question, chaque disposition doit être étudiée au cas par cas.

Deux arrêts de la Cour de cassation rendus le 4 novembre 1999 dénient tout effet direct aux articles 3.1. et 3.2. de la Convention ; un arrêt de la Cour de cassation du 31 mars 1999 dénie tout effet direct à l'article 16 de la Convention et un arrêt du 11 mars 1994 reconnaît un effet direct aux articles 9 et 18 de la Convention. Un arrêt de la Cour de Cassation du 2 mai 2012 confirme l'arrêt du 4 novembre 1999 en refusant de considérer que l'article 3.1. de la Convention recouvre un effet direct, considérant que cette disposition n'est pas « [...] en soi, suffisamment précise et complète pour avoir un effet direct dès lors qu'elles laissent à l'État plusieurs possibilités de satisfaire aux exigences de l'intérêt de l'enfant [...] » car « [e]lles permettent notamment à l'État et aux autorités contractantes de déterminer au mieux les intérêts de l'enfant dans le cadre des modalités d'établissement de la filiation biologique » (Cass., 2 mai 2012). Dans le même sens, à propos des deux alinéas de l'article 7 de la même Convention, la Cour de cassation a considéré que « Ces dispositions ne sont pas, en soi, suffisamment précises et complètes pour avoir un effet direct, dès lors qu'elles laissent à l'État plusieurs possibilités de satisfaire aux exigences de l'intérêt de l'enfant ; elles ne peuvent servir de source de droits subjectifs et d'obligations dans le chef des particuliers. Elles permettent notamment aux États et aux autorités contractantes de déterminer comment protéger au mieux les intérêts de l'enfant dans le cadre des modalités d'établissement de la filiation biologique. Dans ce cas, il n'appartient pas au juge d'écarter la protection des intérêts de l'enfant imposée par le législateur au bénéfice d'une appréciation personnelle qu'il considère comme plus appropriée » (Cass., 11 juin 2010).

Voy. e.a. des décisions rendues par la Cour constitutionnelle qui prennent en compte la Convention en combinaison avec les articles 10 et 11 sous l'empire de son ancienne jurisprudence, alors que celle-ci retenait le critère de l'effet direct pour conférer aux normes internationales le statut de normes de contrôle : C.C., arrêts n° 51/95, du 22 juin 1995 ; n° 62/94, du 14 juillet 1994 ; n° 36/96, du 6 juin 1996 ; n° 49/98, du 22 avril 1998 ; n° 50/98, du 22 avril 1998.

Le Conseil d'État, quant à lui, n'exclut pas un effet direct pour certaines dispositions de la Convention, comme l'attestent les arrêts n° 61.990, du 26 septembre 1996 et n° 65.754, du 1er avril 1997 ainsi que l'arrêt *CPAS d'Ixelles,* n° 205.844, du 28 juin 2010. Parfois, toutefois, le Conseil d'État exclut un tel effet : C.E., arrêt *X.*, n° 133.845, du 13 juillet 2004, dans lequel le Conseil d'État dispose que « [...] l'article 9 de la Convention des Droits de l'enfant, texte qui n'est pas directement applicable, mais doit inspirer l'action des pouvoirs publics [...] ».

Récemment, le Conseil d'État a précisé que l'article 2 de la Convention relative aux droits de l'enfant « bien qu'une telle disposition soit utile à l'interprétation de textes, n'est pas suffisamment précis et complet pour avoir un effet direct ; qu'il n'a, dès lors, pas l'aptitude à conférer par lui-même des droits aux particuliers dont ces derniers pourraient se prévaloir devant les autorités nationales, administratives ou juridictionnelles, sans qu'aucune mesure interne

La Convention comporte plusieurs articles relatifs aux droits culturels[738] dont l'effet direct est cependant contrarié par l'article 4 de cette Convention.

L'article 30 reprend *mutatis mutandis* l'article 27 du Pacte relatif aux droits civils et politiques et formule, de manière négative, un droit des enfants membres de minorités à leur culture[739]. L'article 31 se concentre sur la participation à la vie culturelle, en s'inspirant de l'article 15 du Pidesc[740]. Les spécificités de ce droit par rapport à la petite enfance, et notamment son lien avec des activités comme le jeu, ont été précisées[741].

---

complémentaire soit nécessaire à cette fin ; qu'il en résulte que cet article ne peut être directement invoqué devant les juridictions nationales puisqu'il ne crée d'obligations qu'à charge des États parties et qu'il ne peut donc constituer, à lui seul, le fondement utile à un moyen de cassation ». (C.E., arrêt *X.*, n° 219.380, du 16 mai 2012, pp. 8-9).

(738) Voy. l'art. 17 relatif à l'obligation d'encourager la production culturelle adaptée aux enfants, notamment dans le secteur des médias ; l'art. 20 concernant le respect de la culture des enfants placés en dehors de leur famille et l'art. 23 comportant des obligations d'adaptation du secteur culturel aux enfants handicapés (voy. General Comment 9, *The rights of children with disabilities*, 27 février 2007, CRC/C/GC/9, §§ 2, 33, 70-71), l'art. 29 concernant les buts que l'éducation doit viser, et qui contient le développement et le respect de l'identité culturelle (voy. General Comment 1, 2001, *The aims of education*, 17 avril 2001, CRC/GC/2001/1, §§ 5-7, 9, 11, 21).

(739) Art. 30, Convention relative aux droits de l'enfant, RES 44/25, 20 novembre 1989 : « Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques ou des personnes d'origine autochtone, un enfant autochtone ou appartenant à une de ces minorités ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe ». Ce droit implique des obligations positives et négatives (voy. Human Rights Committee, *General Comment No. 23 on Article 27*, CCPR/C/Rev.1/Add.5, 1994, §§ 3.2 et 7 ; *Recommendations of CRC Day of General Discussion on the Rights of Indigenous Children*, 2003, § 4 ; Human Rights Committee, *General Comment No. 23 on Article 27*, CCPR/C/Rev.1/Add.5, 1994, §§ 6).

(740) Art. 31, Convention relative aux droits de l'enfant, RES 44/25, 20 novembre 1989 : « 1. Les États parties reconnaissent à l'enfant le droit au repos et aux loisirs, de se livrer au jeu et à des activités récréatives propres à son âge et de participer librement à la vie culturelle et artistique.

2. Les États parties respectent et favorisent le droit de l'enfant de participer pleinement à la vie culturelle et artistique et encouragent l'organisation à son intention de moyens appropriés de loisirs et d'activités récréatives, artistiques et culturelles, dans des conditions d'égalité ».

(741) Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n° 7, Mise en œuvre des droits de l'enfant dans la petite enfance*, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), §§ 34 - 35, p. 260.

247. Le Comité relatif aux droits de l'enfant ne s'est jamais prononcé sur la portée générale et universelle de ce droit, mais a précisé sa portée pour certaines catégories d'enfants(742). Le droit de participer à la vie culturelle des enfants issus de peuples autochtones(743) a également fait l'objet d'un traitement spécifique. Le Comité a de plus souligné les obligations à charge de l'État en ce qui concerne le droit à la culture des enfants migrants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine(744).

Section II. – La reconnaissance du droit à la culture dans les instruments relatifs aux politiques culturelles

248. La dispersion des droits culturels dans de multiples instruments est accentuée par la reconnaissance de ces droits dans des textes d'une nature tout à fait différente de ceux analysés dans la première section. Des aspects importants de ce droit sont en effet consacrés dans des instruments internationaux relatifs aux politiques culturelles qui protègent les biens publics collectifs objets du droit à la culture tout en n'ayant pas de lien explicite avec les droits de l'homme(745).

Rares sont cependant les auteurs ayant précisé les droits culturels en référence aux institutions internationales culturelles, au premier rang desquelles figure l'UNESCO, même si les réflexions dans ce sens tendent à se multiplier(746).

---

(742) Notamment pour les enfants handicapés : General Comment 9, *The rights of children with disabilities*, 27 février 2007, CRC/C/GC/9, §§ 2, 33, 70-71. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), pp. 290-291.

(743) General Comment 11, *Indigenous children and their rights under the Convention*, 2009, 12 janvier-30 janvier 2009, CRC/C/GC/11, §§ 16-22.

(744) Comité relatif aux droits de l'enfant, *Observation générale n° 6 Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine*, 39e session, 2005, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), §§ 38, 42, 43, pp. 229-230.

(745) International Commission of Jurists, « Right to take part in cultural life, art. 15 (1) (a) of the Covenant », Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Discussion générale sur le droit de participer à la vie culturelle, 9 mai 2008, E/C.12/40/7, p. 5.

(746) Voy. ainsi S. Marks, « UNESCO and Human Rights : the Implementation of Rights Relating to Education, Science, Culture and Communication », *Tex. Int'l L. J.*, 1977-1978, pp. 37-42 ; S. Marks, « Education, Science, Culture and Information », in *United Nations Legal Order*, Vol. 2, 1995, p. 577, §§ 598 et 603 ; V. A. Kartashkin, « Economic, Social and Cultural Rights », in *The International Dimensions of Human Rights*, Vol. 1, 1982, p. 111, §§ 127-130 ;

§ 1. *Les instruments de l'UNESCO*

249. L'impressionnante étendue des compétences de l'UNESCO dans les secteurs de l'éducation, des sciences et de la culture(747) a amené cette organisation à baliser des pans entiers du droit à la culture par de nombreuses Conventions et Recommandations. De plus, en vertu de l'article 1, § 3 de la Charte des Nations Unies, l'UNESCO a une compétence générale en matière de protection et de promotion des droits de l'homme(748), qui lui a permis d'inscrire son action dans le cadre des droits de l'homme(749).

L'action de l'UNESCO a, petit à petit, construit, au niveau international, un cadre propice à la réalisation du droit à la culture, en se fondant notamment sur la Déclaration sur les principes de la coopération culturelle internationale qui vise notamment à « permettre à chaque homme d'accéder à la connaissance, de jouir des arts et des lettres de tous les peuples, de participer aux progrès de la science accomplis dans toutes les parties du monde et à leurs bienfaits et de contribuer pour sa part à l'enrichissement de la vie culturelle »(750). L'adoption de la « Recommandation sur la participation

---

H. Silverman et D. F. Ruggles, « Cultural Heritage and Human Rights », in *Cultural Heritage and Human Rights*, *op. cit.*, pp. 3-22 ; W. S. Logan, *op. cit.*, pp. 33-52 ; M. Bidault, *La protection internationale des droits culturels*, *op. cit.*

(747) Voy. Art. 1.1., Constitution de l'UNESCO : Les missions de l'UNESCO sont « de contribuer au maintien de la paix et de la sécurité en resserrant, par l'éducation, la science et la culture, la collaboration entre nations, afin d'assurer le respect universel de la justice, de la loi, des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion, que la Charte des Nations Unies reconnaît à tous les peuples ».

(748) S. Marks, « UNESCO and Human Rights : the Implementation of Rights Relating to Education, Science, Culture and Communication », *op. cit.*, pp. 37-42.

(749) Une des premières Convention de l'UNESCO est par ailleurs consacrée à la lutte contre la discrimination dans le secteur de l'éducation, mettant ainsi en œuvre un des droits culturels. Il s'agit de la Convention relative à la lutte contre la discrimination dans l'éducation, 1960.

Selon certains auteurs, cette compétence générale en matière de droits fondamentaux a conduit l'organisation à se disperser en travaillant sur l'ensemble des droits fondamentaux au lieu de se concentrer sur les droits de l'homme liés aux secteurs des sciences et des arts. Voy. H. Silverman et D. F. Ruggles, « Cultural Heritage and Human Rights », *op. cit.*, pp. 3-22.

(750) Déclaration des principes de la coopération culturelle internationale, Conférence générale de l'UNESCO, 14e session, 4 novembre 1966, art. 1er,

de la population à la vie culturelle et sa contribution à cette vie culturelle » a précisé ce cadre. Dans le même sens, la Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles réitère l'importance de l'accès à la culture, de la participation culturelle et de l'identité culturelle, ainsi que le rôle des politiques culturelles, en proposant d'ailleurs une définition de la culture(751).

L'UNESCO a rapidement investi le domaine de la protection du patrimoine et des biens culturels, avant d'envisager la protection du folklore et des cultures traditionnelles et de s'engager dans la protection des matériaux de base pour l'éducation, la science et la culture(752) et pour la protection de l'artiste(753).

Parmi la myriade d'instruments de l'UNESCO(754), nous n'étudierons ici que les Conventions relatives à la diversité culturelle (A)

art. IV. De plus, la Déclaration reconnaît, de manière générale, « le droit et le devoir de chacun de développer sa culture » (art. 2).

(751) Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles. Le droit à la culture a également fait l'objet de rappels fermes dans les conférences intergouvernementales régionales : Final Report, Intergovernmental Conference on Institutional, *Administrative and Financial Aspects of Cultural Policies*, Venise, août-septembre 1970, UNESCO doc. SHC/MD/13 (1970) ; Final Report, *Intergovernmental Conference on Institutional, Administrative and Financial Aspects of Cultural Policies in Europe*, Helsinki, juin 1972, UNESCO doc. SHC/MD/20 (1972) ; Final Report, *Intergovernmental Conference on Institutional, Administrative and Financial Aspects of Cultural Policies in Asia*, Yogyakarta, décembre 1973 ; Final Report, *Intergovernmental Conference on Institutional, Administrative and Financial Aspects of Cultural Policies in Africa*, Accra, octobre-novembre, 1975. Ces Conférences ont été l'occasion pour l'UNESCO de préciser la manière dont les États devaient mettre en œuvre le droit à la culture dans les situations spécifiques des pays visés. Une Conférence particulièrement importante s'est tenue à Stockholm en 1998 sur les politiques culturelles et leur lien avec le développement. Le Plan d'action sur les politiques culturelles pour le développement affirme ainsi l'obligation pour les États de créer les conditions qui permettent à tous d'accéder et de participer réellement à la culture.

(752) Accord sur l'importance des matériaux pour l'éducation, la science et la culture, « Florence Agreement », 1950.

(753) Recommandation sur le statut de l'artiste, 1980.

(754) L'UNESCO formule les droits culturels de diverses manières, dans des Communications, dans des Conventions et des Recommandations. Ensuite, l'UNESCO exécute des activités prévues dans les programmes et s'oriente ainsi éventuellement vers la réalisation du droit à la culture ou vers la création d'un environnement propice à la réalisation des droits culturels. Enfin, l'UNESCO assure, par des mesures éducatives, la promotion des droits culturels. Les programmes et les Communications étant trop nombreux pour être analysés ici, nous nous concentrerons sur les Conventions et Recommandations.

et à la protection et promotion du patrimoine (B) afin de mettre à jour les fondations qu'elles offrent pour la construction d'un régime juridique du droit à la culture.

A. La Convention pour la protection[755] et la promotion de la diversité des expressions culturelles

250. La Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, adoptée le 20 octobre 2005 par la 33e Conférence générale de l'UNESCO[756] et faite à Paris le 9 décembre 2005 se démarque des instruments de l'UNESCO que l'on étudiera ci-après en ce qu'elle se concentre sur l'exercice actuel de la créativité contemporaine[757]. Cette Convention, ratifiée par la Belgique[758], a fait l'objet d'une ratification par l'Union européenne[759]. Soulignons d'emblée que nous n'avons malheureusement

Si l'action de l'UNESCO autour de ses programmes et de ses Communications tend en pratique à mettre en œuvre le droit à la culture et parfois même à le reconnaître explicitement, les Conventions et Recommandations adoptées par l'UNESCO et détaillées *infra* se gardent le plus souvent de consacrer un droit à la culture, alors que l'UNESCO a reconnu à plusieurs reprises que la définition et le contenu des droits culturels devaient être précisés. Ces Conventions et Recommandations conservent toutefois le mérite de poser les bases de la définition des obligations qui en découlent et participent à leur mise en œuvre et à leur respect.

(755) Le terme « protection » signifie « l'adoption de mesures visant à la préservation, la sauvegarde et la mise en valeur de la diversité des expressions culturelles ». Art. 2, Principe directeur, 7°, Protection, Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, adoptée par la 33e Conférence générale de l'UNESCO en octobre 2005.

(756) Pour un historique de la préservation et la promotion de la diversité culturelle : I. Bernier, « A UNESCO International Convention on Cultural Diversity », in *Libre-échange contre diversité culturelle : les négociations de l'OMC en matière d'audiovisuel*, C. Beat Graber (dir.), Zurich, Schulthess, 2004, pp. 65-76.

(757) I. Bernier, « Un aspect important de la mise en œuvre de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles : le Fonds international pour la diversité culturelle », Ministère de la Culture et des Communications du Québec, avril 2007, p. 20, http://www.mcccf.gouv.qc.ca/diversite-culturelle/pdf/fonds-diversite-culturelle.pdf, p. 1.

(758) La Convention a désormais fait l'objet d'un assentiment par toutes les assemblées parlementaires compétentes, l'autorité flamande ayant enfin donné son assentiment à cette Convention par un décret du 6 mai 2011, publié le 15 juin 2011. Elle a été ratifiée par la Belgique le 9 août 2013.

(759) La Communauté européenne y a adhéré le 18 décembre 2006. Ceci n'implique peut être pas d'obligation juridique pour l'État belge d'adhérer à la Convention, puisque le paragraphe 5 de la décision du Conseil relative à

pas la possibilité, dans cette thèse, d'étudier de façon systématique cette Convention ni, par ailleurs, le concept d'exception culturelle qui l'a précédée. Nous reviendrons certes sur ces notions dans la suite de la thèse mais uniquement dans le cadre précis de l'étude du droit à la culture.

La Convention sur la diversité culturelle est souvent présentée comme un instrument créé aux fins de défendre les positions canadienne et européenne[760] [761] dans le débat sur la libéralisation des secteurs culturels et sur la légitimité des politiques culturelles, adopté dans l'optique de compléter voire de remplacer le modèle usé de l'exception culturelle[762] (qui constitue, dans le cadre de

l'adhésion de l'Union à la Convention du 18 mai 2006 précise seulement qu'il est « souhaitable » que chaque État devienne partie contractante. Toutefois, puisque la décision de conclure la convention UNESCO a été avalisée par le Conseil à l'unanimité, il existe une sorte d'obligation morale faite aux États membres d'adhérer et de ratifier la Convention (qui ne peut cependant pas être sanctionnée). Pour la période précédant août 2013, pendant laquelle la Belgique n'avait pas ratifié la Convention, il faut considérer que cette dernière revêtait déjà certains effets sur le territoire de la Belgique. En effet, outre le fait que ce texte recoupe en partie les obligations déduites du droit à la culture dont les effets doivent être respectés sur le territoire belge, l'adhésion de l'Union à la Convention implique que, dans les matières relevant de la compétence de l'Union, ce texte doit être appliqué sur le territoire belge. L'article 27, paragraphe 3, (b) et (d) de la Convention est très clair à ce sujet.

(760) Voy., sur cette position délicate et loin d'être unanimement approuvée, B. De Witte, « Trade in Culture : International Legal Regimes and EU Constitutional Values », *op. cit.*, pp. 237-255.

(761) Voy., sur l'importance de la diversité culturelle en droit communautaire, J.-C. Barbato, *La diversité culturelle en droit communautaire. Contribution à l'analyse de la spécificité de la construction européenne*, Aix-en-Provence, Presses de l'Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2008.

(762) Lors de la négociation des accords commerciaux de l'OMC, le Canada et certains pays européens ont refusé de soumettre les biens et les services culturels aux règles du commerce en construisant la doctrine de l'« exception culturelle » afin de privilégier la nature culturelle des biens et services culturels. Force est de constater que l'« exception culturelle » se réduit à peu de choses. En effet, en ce qui concerne les services culturels, l'AGCS ne prévoit, à défaut d'une exemption de son champ d'application, qu'une simple protection temporaire établie sur une base volontaire des services audiovisuels. L. Mayer-Robitaille, *Le statut juridique des biens et des services culturels dans les accords commerciaux internationaux*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 71 ; A. Herold, « Les aides publiques européennes au cinéma dans le cadre de l'OMC », *Iris Plus Observations Juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel*, Strasbourg Éditions 2003-6, www.obs.coe.int, p. 5. En ce qui concerne le GATT de 1947, cet accord ne contient que deux dispositions de nature culturelle. L'article XX (f) du GATT institue une exception aux grands principes de libéralisation du GATT au profit

l'Organisation Mondiale du Commerce, une exception temporaire, au profit des services audiovisuels, afin d'empêcher l'application des règles de libéralisation à ces services). Dans ce débat qui a pour cadre l'ambivalence et la dualité des fonctions des biens et services culturels(763), la Convention sur la diversité culturelle des expressions culturelles(764) tente d'appréhender sur de nouvelles bases juridiques et politiques les relations entre culture et commerce, en dépassant les limites sémantiques et politiques de l'exception culturelle et en répondant aux objections de ceux qui estimaient qu'il est difficile d'appréhender la diversité culturelle dans les règles du commerce(765).

---

des mesures qui sont imposées « pour la protection des trésors nationaux de valeur artistique, historique ou archéologique ». Cet article, qui ouvre la voie à des mesures de protection des biens relevant du patrimoine culturel, serait toutefois de nature statique et ne pourrait s'appliquer à la création contemporaine. M. Burri-Nenova, « Trade Versus Culture in the Digital Environment : An Old Conflict in Need of a New Definition », *J.I.E.L.*, novembre 2008, Vol. 12 (I), pp. 17-62. L'autre disposition est l'article IV du GATT, qui permet aux États de déroger aux règles du traitement national et de la nation la plus favorisée pour protéger et promouvoir leur production cinématographique, sous la forme de quotas qui imposent la diffusion de certains films.

(763) L. Mayer-Robitaille, « Le statut ambivalent au regard de la politique communautaire de concurrence des accords de nature culturelle et des aides d'État relatives à la culture », *RTDeur.*, juillet-septembre 2004, n° 30, 3, pp. 477-503 ; L. Mayer-Robitaille, « L'impact des accords de libre échange américains sur le statut juridique des biens et services culturels », *Annuaire français de droit international,* 2004, pp. 715-730 ; L. Mayer-Robitaille, *Le statut juridique des biens et des services culturels dans les accords commerciaux internationaux*, *op. cit.* Voy., pour un éclairage plus large, M. Niculescu, « Culture et Economie : synergie ou antagonisme ? », *R.A.E.-L.E.A.*, 2006, n° 4, pp. 635-639.

(764) Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, Paris, 20 octobre 2005. Voy. H. Ruiz Fabri (dir.), *La Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles. Premier bilan et défis juridiques*, Paris, Société de législation comparée, coll. Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris - Vol. 21, 2010. Voy. également M. Cornu, « L'émergence du principe de diversité culturelle », in *La diversité culturelle en question(s)/Cultural Diversity in Question(s)*, M.-F. Labouz et M. Wise (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 255-263 ; S. Regourd, « De l'exception à la diversité culturelle... La rigueur juridique sacrifiée aux considérations politiques et communicationnelles », in *La diversité culturelle en question(s)/Cultural Diversity in Question(s)*, *op. cit.*, pp. 261-263.

(765) L. L. Garett, « Commerce versus Culture : The Battle between the United States and the European Union over Audiovisual Trade Policies », *Carolina Journal of International Law and Commerce Regulation*, 1994, n° 19, p. 553 ; J. M. Grant, « 'Jurassic' Trade Dispute : The Exclusion of the Audiovisual Sector from GATT », *Indiana Law Journal*, 1995, n° 70, p. 1333 ; M. E. Footer et C. Beat Graber, « Trade Liberalisation and Cultural Policy », *J.I.E.L.*, 2000,

Cette Convention sur la diversité culturelle poursuit ainsi l'objectif de déplacer le débat en dehors du droit commercial international en défendant la légitimité des politiques culturelles et la valeur démocratique des « biens et services culturels ».

L'idée de la Convention – et de la Déclaration qui l'a précédée – est d'opérer un équilibre entre commerce et culture(766) en actualisant l'idée d'exception culturelle(767). Tout en se prétendant déconnectée de l'idée de protectionnisme, la Convention entend repenser les politiques culturelles en dépassant l'opposition entre produits culturels américains et européens(768) et en agissant sur des facteurs de commercialisation qui imposent « des biens et services culturellement largement homogènes »(769) (ce qui perturbe la protection de la diversité des expressions culturelles(770) et entrave le développement du droit à la culture(771)). Ainsi, un des arguments principaux

3, p. 115 ; B. De Witte, « Trade in Culture : International Legal Regimes and EU Constitutional Values », *op. cit.*, pp. 237-255 ; P. A. Messerlin, *The Audiovisual Services Sector in the GATS Negotiations*, Washington DC, American Entreprise Institute Press, 2004 ; I. Bernier, « Trade and Culture », in P. F. J. Macrory, A. E. Appleton et M. G. Plummer, *The World Trade Organization : Legal, Economic and Political Analysis*, New York, Springer, 2005, pp. 747-793 ; N. Maillet-Poujol, « Exception culturelle et audiovisuelle : le regard d'un juriste », in *Intérêt culturel et mondialisation*, N. Mezsghani et M. Cornu (dir.), L'Harmattan, coll. Droit du patrimoine culturel et naturel, 2004, pp. 245-268 ; L. Mayer-Robitaille, « L'impact des accords de libre échange américains sur le statut juridique des biens et services culturels », *op. cit.*, pp. 715-730.

(766) C. Beat Graber, « The New UNESCO Convention on Cultural Diversity : A Counterbalance to the WTO », *J.I.E.L.*, 2006, n° 9, p. 553 ; I. Bernier, « A UNESCO International Convention on Cultural Diversity », *op. cit.*, pp. 65-76 ; T. Voon, « UNESCO and the WTO : A Clash of Cultures? », *Int'l & Comp. L. Q.*, 2006, n° 55, p. 635 ; T. Voon, *Cultural Products and the World Trade Organization*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 173-216 ; A. Beviglia Zampetti, « WTO Rules in the Audio Visual Sector », in *Cultural Diversity and International Economic Integration : The Global Governance of the Audiovisual Sector*, P. Guerrieri (dir.), Edward Elgar Cheltenham, 2005, pp. 261-284.

(767) J.-M. Baer, « L'Europe, laboratoire controversé de la diversité culturelle », *Mouvements*, janvier-février 2005, n° 37, p. 33 ; J. Musitelli, « La Convention sur la diversité culturelle : Anatomie d'un succès diplomatique », *Revue internationale et stratégie*, 2006, liv. 2, n° 62, pp. 11-22.

(768) F. Benhamou, « Diversité culturelle : un concept trop rassembleur pour être honnête ? », *Mouvements*, janvier-février 2005, n° 37, p. 14.

(769) C. Germann, « Diversité culturelle à l'OMC et l'UNESCO, à l'exemple du cinéma », *R.I.D.E.*, 2004, p. 332.

(770) M. Cornu, « La Convention pour la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, nouvel instrument au service du droit international de la culture », *J.D.I.*, 2006, n° 3, pp. 929-935.

(771) C. Germann, *op. cit.*, p. 331.

en faveur de cette Convention, et donc d'une réglementation des marchés culturels, est le respect des droits de l'homme[772]. Si la principale raison d'être de la Convention semble être la recherche d'une solution négociée dans la relation entre commerce et culture[773] (ou plus largement la recherche d'une alternative dans l'appréhension du phénomène culturel dans la sphère internationale, en transférant les matières culturelles de l'OMC vers l'UNESCO[774]), le respect des droits culturels ne lui est pas étranger.

251. La Convention est un texte dont la portée juridique est loin d'être tout à fait claire. De grandes faiblesses affectent en effet sa formulation et sa portée juridique, menaçant son effectivité[775].

Ainsi, alors que la liste des droits des parties contractantes est impressionnante, il n'existe qu'une seule obligation matérielle précise dans la Convention : le traitement préférentiel pour les pays en voie de développement[776] et une obligation procédurale de « prendre

(772) B. Cvjeticanin, « Quelles attentes de la mise en œuvre de la Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles ? », *R.A.E.-L.E.A.*, 2006, n° 4, p. 615.

(773) C. Beat Graber, « The New UNESCO Convention on Cultural Diversity : A Counterbalance to the WTO », *op. cit.*, p. 553.

(774) S. Regourd, « Le paradigme européen de la diversité culturelle à l'aune de la Convention UNESCO », *R.A.E.-L.E.A.*, 2006, n° 4, p. 608.

(775) Voy., sur cette question de l'effectivité de la Convention, B. Cvjeticanin, « Quelles attentes de la mise en œuvre de la Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles ? », *op. cit.*, pp. 615-618 ; M. Hahn, « A Clash of Cultures ? The UNESCO Diversity Convention and International Trade Law », *J.I.E.L.*, 2006, n° 9, p. 515 ; C. Beat Graber, « The New UNESCO Convention on Cultural Diversity : A Counterbalance to the WTO », *op. cit.* ; R. Craufurd Smith, « The UNESCO Convention on the Protection and Promotion of Cultural Expressions : Building a New World Information and Communication Order? », *International Journal of Communication*, 2007, n° 1, p. 24 ; J. Wouters et B. De Meester, « The UNESCO Convention on Cultural Diversity and WTO Law : A Case Study in Fragmentation of International Law », *Journal of World Trade*, 2008, n° 42, p. 205 ; C. Beat Graber, « Substantive Rights and Obligations under the UNESCO Convention on Cultural Diversity », *NCCR Trade Regulation Working Paper*, 2008, n° 8 ; N. Obuljen et J. Smiers, *UNESCO's Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions : Making it Work*, Zagreb, Institute for International Relations, 2006 ; K. Acheson et C. Maule, « Convention on Cultural Diversity », *Journal of Cultural Economics*, 2004, n° 28, p. 243.

(776) Art. 17 de la Convention, M. Burri-Nenova, *op. cit.*, p. 22 ; C. Beat Graber, « The New UNESCO Convention on Cultural Diversity : a Counterbalance to the WTO », *op. cit.*, p. 6.

en compte » les dispositions de la Convention, consacrée par l'article 20.1.b.[777]. Le caractère vague, la formulation sous forme de simple incitation et l'absence de mécanisme de sanction entourant l'article 7, qui constitue l'engagement central de la Convention, empêcheraient par ailleurs de la considérer comme une réelle obligation[778] (alors que le rapport du groupe d'experts avait opté pour une formulation stricte de cette idée, sous la forme d'une réelle obligation)[779]. Par ailleurs, malgré une formulation ambiguë, la même conclusion s'impose pour l'article 8 de la Convention, par rapport aux mesures appropriées à prendre pour les expressions vulnérables[780].

La Convention consacre surtout des prérogatives pour les États en organisant « le droit souverain [des États] de formuler et mettre en œuvre leurs politiques culturelles et d'adopter des mesures pour protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles »[781] ce qui est redondant par rapport à l'idée de souveraineté et n'empêche aucunement les États de souverainement décider de libéraliser des secteurs

(777) Voy. sur cette obligation particulière I. Bernier, « La convention sur la diversité des expressions culturelles de l'UNESCO : un instrument culturel au carrefour du droit et de la politique », mai 2008, http://www.diversite-culturelle.qc.ca/, p. 23.

(778) L'article 7 dispose que : Les Parties s'efforcent de créer sur leur territoire un environnement encourageant les individus et les groupes sociaux : (a) à créer, produire, diffuser et distribuer leurs propres expressions culturelles et à y avoir accès, en tenant dûment compte des conditions et besoins particuliers des femmes, ainsi que de divers groupes sociaux, y compris les personnes appartenant aux minorités et les peuples autochtones ; (b) à avoir accès aux diverses expressions culturelles provenant de leur territoire ainsi que des autres pays du monde. 2. Les Parties s'efforcent également de reconnaître l'importante contribution des artistes et de tous ceux qui sont impliqués dans le processus créateur, des communautés culturelles et des organisations qui les soutiennent dans leur travail, ainsi que leur rôle central qui est de nourrir la diversité des expressions culturelles.

(779) Art. 7.1 de l'avant-projet de Convention : « Les États parties offrent sur leur territoire des possibilités à tous les individus : a) de créer, produire, diffuser et distribuer leurs expressions, biens et services culturels, et d'y avoir accès en tenant dûment compte des conditions et besoins particuliers des divers groupes sociaux, en particulier des minorités et des peuples autochtones ; b) d'avoir accès aux expressions, biens et services culturels représentant la diversité culturelle des autres pays du monde » UNESCO doc. CLT/CPD/2004/CONF.607/6, 23 décembre 2004.

(780) Voy. I. Bernier, « La convention sur la diversité des expressions culturelles de l'UNESCO : un instrument culturel au carrefour du droit et de la politique », mai 2008, http://www.diversite-culturelle.qc.ca/, p. 11.

(781) Art. 5 de la Convention.

culturels. Même la liste de droits reconnus aux États reste problématique en raison de son caractère incomplet, du manque de mécanismes et de critères pour les protéger[(782)] et du déséquilibre qu'elle implique entre des politiques culturelles légitimes et le marché[(783)].

Ainsi, parce que la Convention consacre plus des droits et des obligations pour les États que pour les particuliers, selon l'opinion générale, il serait difficile de retenir un effet direct pour la majorité des dispositions de la Convention, si elle était ratifiée[(784)]. Cette idée doit être nuancée, car, d'une part, il est tout à fait classique qu'un instrument international s'adresse en priorité aux États, seuls sujets du droit international et parce que, d'autre part, droits et obligations sont en effet, à bien des égards, les deux facettes d'une même réalité juridique, si bien que dès lors que des obligations juridiques précises sont reconnues, il est possible d'en déduire un droit pour des individus. Soulignons par ailleurs que certains objectifs de la Convention pourraient, dans une certaine mesure, recevoir la même portée que celle qui sera conférée aux principes consacrés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (voy. *supra*), dès lors que l'Union européenne a adhéré à la Convention qui est, par conséquent, devenue partie intégrante de son droit. Par ailleurs, dans le cadre de l'application de ladite Charte, la Convention devra également être mobilisée dans l'interprétation de son article 22, qui prévoit que « l'Union respecte la diversité culturelle ».

En bref, il faut se garder de conclusions trop hâtives sur la portée de la Convention et vérifier, au cas par cas, l'applicabilité directe potentielle de ses dispositions même si celles-ci apparaissent, de prime abord, bien imparfaites au plan juridique.

252. Pour le droit à la culture, l'apport de la Convention réside d'abord dans le rappel de la souveraineté culturelle des États,

(782) M. Burri-Nenova, *op. cit.*, p. 24.

(783) *Ibid.* ; C. Smith, « The UNESCO Convention on the Protection and Promotion of Cultural Expressions : Building a New World Information and Communication Order? », *op. cit.*, pp. 40-41.

(784) Le rapport du projet de décret d'assentiment de la Communauté française à la Convention mentionnait ainsi que la Convention ne produit pas d'effets directs, car elle s'adresse uniquement aux États (*Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 2005-2006, n° 245/2, p. 3).

condition *sine qua non* des politiques culturelles et donc des mesures réalisant le droit à la culture (voy. *supra*)[(785)].

Plus directement, l'importance de la Convention pour le droit de participer à la vie culturelle réside dans les références explicites aux droits fondamentaux (conçus comme des conditions nécessaires mais aussi comme des limites à la diversité culturelle[(786)]) et particulièrement dans le rappel des droits culturels[(787)]. Selon Hélène Ruiz Fabri et Ivan Bernier, l'objectif n'était pas ici de formuler de nouvelles normes relatives aux droits fondamentaux, mais de rappeler les liens entre droits fondamentaux et diversité culturelle[(788)].

C'est dans le principe d'accès équitable qu'il faut lire l'inscription du droit à la culture dans la Convention. Le principe de « [l]'accès équitable à une gamme riche et diversifiée d'expressions culturelles provenant du monde entier et l'accès des cultures aux moyens d'expression et de diffusion »[(789)] est réputé être un « des éléments importants pour mettre en valeur la diversité culturelle et encourager la compréhension mutuelle »[(790)]. C'est donc seulement sous la forme d'un principe lié à la diversité culturelle qu'apparaît le droit à la culture, malgré les propositions d'Hélène Ruiz Fabri et Ivan Bernier de mentionner « le droit de chaque individu de participer à la vie culturelle de sa communauté »[(791)]. Ce principe implique la mise en œuvre de politiques de démocratisation de la culture, de soutien à la

(785) Voy. art. 2, Principe directeurs, 2°, Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles.

(786) Voy. art. 2 de la Convention (qui prévoit que la Convention ne peut être invoquée dans les cas d'atteinte aux droits de l'homme) et M. Cornu, « La Convention pour la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, nouvel instrument au service du droit international de la culture », *op. cit.*, p. 934.

(787) Voy. notamment le § 12 du préambule et l'article 2, Principes directeurs, 1°, Principe du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Voy. également, sur cette question, M. Cornu, « La Convention pour la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, nouvel instrument au service du droit international de la culture », *op. cit.*, p. 934. (§ 12 du Préambule).

(788) H. Ruiz Fabri et I. Bernier, *Évaluation de la faisabilité juridique d'un instrument international sur la diversité culturelle*, rapport commandé par le Groupe de travail franco-québécois sur la diversité culturelle, 2002, p. 28, http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/106145_faisabilite.pdf.

(789) Art. 2, Principes directeurs, 7°, Principe de l'accès équitable.

(790) *Ibid*.

(791) H. Ruiz Fabri et I. Bernier, *op. cit.*, p. 28.

création mais aussi de protection des expressions culturelles[792] et de sensibilisation et d'éducation des publics à la diversité culturelle[793].

La Déclaration sur la diversité culturelle est beaucoup plus explicite sur les rapports entre diversité culturelle et droit à la culture que la Convention qui a finalement été adoptée. Cette Déclaration, dans son article 5, rappelle que « [t]oute personne doit [...] pouvoir s'exprimer, créer et diffuser ses œuvres dans la langue de son choix et en particulier dans sa langue maternelle ; toute personne a le droit à une éducation et une formation de qualité qui respectent pleinement son identité culturelle ; toute personne doit pouvoir participer à la vie culturelle de son choix et exercer ses propres pratiques culturelles, dans les limites qu'impose le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». La Déclaration prévoit également, dans son article 6, que « [t]out en assurant la libre circulation des idées par le mot et par l'image, il faut veiller à ce que toutes les cultures puissent s'exprimer et se faire connaître. La liberté d'expression, le pluralisme des médias, le multilinguisme, l'égalité d'accès aux expressions artistiques, au savoir scientifique et technologique – y compris sous la forme numérique – et la possibilité, pour toutes les cultures, d'être présentes dans les moyens d'expression et de diffusion, sont les garants de la diversité culturelle ». Le lien organique entre diversité culturelle et droit de participer à la vie culturelle est enfin consacré de manière tout à fait générale, dans l'article 5 de la Déclaration, qui établit que « [l]'épanouissement d'une diversité créatrice exige la pleine réalisation des droits culturels, tels qu'ils sont définis à l'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux articles 13 et 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ».

253. La Convention sur la diversité culturelle et la Déclaration qui l'a précédée confirment et solidifient une multitude de principes qui sont directement liés au droit à la culture, sans toutefois exprimer explicitement cet ancrage. Elles constituent des instruments d'une importance capitale pour l'interprétation du droit à la culture, notamment dans l'identification des diverses obligations découlant du de ce droit et dans l'identification de son objet précis (voy. *infra*).

(792) Art. 8, 1° et 2°, Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles.

(793) Art. 10, Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles.

B. **Les Conventions relatives à la sauvegarde et à la protection du patrimoine culturel et naturel**

254. De nombreuses Conventions de l'UNESCO règlent la protection des patrimoines culturels. Bien que ces Conventions n'aient pas été conçues comme des instruments de réalisation du droit à la culture, elles lui fournissent des bases solides.

255. La Convention de La Haye du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, adoptée au sein de l'UNESCO, fait partie intégrante du droit belge et y a force obligatoire(794). Elle a été complétée par deux protocoles, en 1954 et en 1999.

Certaines obligations très précises à charge de l'État pourraient faire l'objet d'une certaine applicabilité directe. Sans contenir de référence explicite au droit de participer à la vie culturelle, cette Convention et ses protocoles constituent évidemment des instruments primordiaux dans la protection du droit à la culture.

256. La Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel(795) a été adoptée à Paris le 16 novembre 1972 et fait partie du droit belge(796). Cette Convention vise à préserver les biens culturels immobiliers (et les biens naturels) qui sont considérés comme ayant une valeur exceptionnelle pour l'humanité tout entière, c'est-à-dire une « importance culturelle et/ou naturelle tellement exceptionnelle qu'elle transcende les frontières nationales et qu'elle présente le même caractère inestimable pour les générations actuelles et futures de l'ensemble de l'humanité »(797).

La Convention établit des obligations internationales précises à charge des États membres pour sauvegarder et protéger le

(794) Convention UNESCO de La Haye du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé. Voy. loi d'assentiment du 10 août 1960, *Mon. b.*, 16-17 novembre 1960. La Convention est entrée en vigueur en droit international le 7 août 1956.

(795) Convention sur la protection du patrimoine culturel et naturel, Paris, 16 novembre 1972.

(796) La Convention a été approuvée par les trois Régions et ratifiée le 24 juillet 1996. Elle est entrée en vigueur en droit belge le 24 octobre 1996 (*Mon. b.*, 6 novembre 1996).

(797) Orientations devant guider la mise en œuvre de la Convention du patrimoine mondial, 2 février 2005.

patrimoine mondial[798], recensées dans un inventaire dressé par le Comité du patrimoine, une institution de l'UNESCO. Cet instrument est juridiquement contraignant pour les États membres. Toutefois, il n'est pas applicable directement car il requiert des mesures internes d'exécution.

L'importance de cette Convention pour le droit à la culture est évidente ; les obligations formulées dans celle-ci constituent un prérequis pour la réalisation du droit à la culture.

257. Le patrimoine culturel est également protégé par la Convention de 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriétés illicites des biens culturels. Cette Convention n'a pas d'applicabilité directe[799] au contraire de la Convention d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés[800]. Toutefois, soulignons qu'aucune de ces deux Conventions n'a été ratifiée par la Belgique.

258. La Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique, adoptée le 6 novembre 2001 à Paris, est également un instrument juridique obligatoire liant les États membres[801]. Elle n'a pas été ratifiée par la Belgique, bien qu'elle ait fait l'objet de certaines dispositions d'approbation[802]. Par ailleurs, son applicabilité directe est sujette à caution[803].

Cette Convention établit dans son préambule que « le public a le droit de bénéficier des avantages éducatifs et récréatifs d'un accès responsable et inoffensif au patrimoine culturel subaquatique *in situ* […] »[804]. Dans cet esprit, les États doivent établir « un accès

(798) R. O'Keefe, « World Cultural Heritage : Obligations Of The International Community As A Whole ? », *Int'l & Comp. L. Q.*, January 2004, Vol. 53, n° 1, pp. 189-209.

(799) Paris, 14 novembre 1970. Voy. E. Cornu et B. Elster, « Quelle protection pour l'objet d'art lors de sa vente ou de son exportation ? », *J.T.*, 3 juin 2000, n° 5972, p. 459.

(800) Convention d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés, Rome, 14 juin 1995, entrée en vigueur le 1er juillet 1998. Cette Convention n'a ni été ratifiée ni signée par la Belgique.

(801) La Convention est entrée en vigueur le 2 février 2009.

(802) Ord. Brux.-Cap., 4 septembre 2008, *Mon. b.*, 30 septembre 2008.

(803) Certaines collectivités n'ont pas approuvé la Convention et la Belgique ne l'a pas encore ratifiée.

(804) Cinquième Considérant, Préambule, Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique, Paris, 2 novembre 2001, 31e session

responsable et inoffensif du public au patrimoine culturel subaquatique *in situ* à des fins d'observation ou de documentation, afin de favoriser la sensibilisation du public à ce patrimoine, ainsi que sa mise en valeur et sa protection, sauf en cas d'incompatibilité avec sa protection et sa gestion »[805].

259. La Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel[806], adoptée en 2003[807], est un instrument juridique obligatoire entré en vigueur le 20 avril 2005 sur le plan international. La Convention fait partie intégrante du droit belge[808] et vise la protection du patrimoine immatériel à la fois à l'échelle nationale, mais aussi au plan international, par l'instauration de deux listes de protection (l'une dressée afin d'identifier le patrimoine culturel représentatif, l'autre destinée à identifier le patrimoine qui nécessite des mesures urgentes de préservation) et par la création d'un Fonds du patrimoine culturel immatériel. Le lien entre cette Convention et la Convention sur la diversité culturelle est explicite. La Convention sur le patrimoine immatériel peut en effet être considérée comme un pont jeté entre la Convention sur la diversité, centrée sur la dimension contemporaine, et les autres Conventions de l'UNESCO, dédiées à la protection du patrimoine historique.

La Convention entend assurer la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel des individus, des communautés et des groupes, le respect de ce patrimoine culturel, la sensibilisation à l'importance de ce patrimoine, la coopération internationale dans

Conférence générale UNESCO. Le préambule affirme également « que l'éducation du public contribue à une meilleure connaissance, appréciation et protection de ce patrimoine ».

(805) Art. 2, 10°, Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique.

(806) Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, 2003, 32e conférence de l'UNESCO.

(807) Cette Convention a été précédée d'une Recommandation sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire du 15 novembre 1989 et de trois proclamations de chefs-d'œuvre du patrimoine oral et immatériel de l'humanité (2001, 2003 et 2005) qui ont retenu nonante exemples de chefs-d'œuvre de ce patrimoine.

(808) Voy., pour les normes d'assentiment, Décr. Comm. fr. du 17 février 2006, *Mon. b.*, 15 mars 2006 ; Décr. Comm. fl. du 10 février 2006, *Mon. b.*, 14 mars 2006 ; Décr. Comm. germ. du 14 mars 2006, *Mon. b.*, 10 avril 2006. Malgré les remarques du Conseil d'État, il n'y a pas eu d'assentiment donné par une loi fédérale. L'État belge a consenti à cette Convention le 24 mars 2006.

ce domaine, mais aussi la diffusion et l'accessibilité de ce patrimoine. Ainsi, dans la liste des mesures à prendre dans ce domaine, au-delà des mesures de classement[809], on trouve des actions touchant directement le droit à la culture, notamment des actions visant à « favoriser la création ou le renforcement d'institutions de formation à la gestion du patrimoine culturel immatériel ainsi que la transmission de ce patrimoine à travers les forums et espaces destinés à sa représentation et à son expression », à « garantir l'accès au patrimoine culturel immatériel tout en respectant les pratiques coutumières qui régissent l'accès à des aspects spécifiques de ce patrimoine » et à « établir des institutions de documentation sur le patrimoine culturel immatériel et à en faciliter l'accès »[810]. La Convention contient également une disposition importante relative à la participation, en prévoyant l'obligation « d'assurer la plus large participation possible des communautés, des groupes et, le cas échéant, des individus qui créent, entretiennent et transmettent ce patrimoine, et de les impliquer activement dans sa gestion »[811].

Cette Convention entretient un lien étroit et très spécifique avec les droits culturels, qui pourrait d'ailleurs contribuer à refonder l'importance de la notion de « patrimoine culturel ». En effet, si l'on veut bien reconsidérer la Convention sous l'angle des droits culturels, la mise en valeur de ce patrimoine apparaît sous un autre jour, celui de la protection de l'objet même du droit à la culture[812].

C. **Les recommandations de l'UNESCO**

260. Les Recommandations de l'UNESCO, même si elles sont non contraignantes, peuvent servir de guide valable pour une interprétation du droit à la culture. C'est la Recommandation du 26 novembre 1976 concernant la participation et la contribution des masses populaires à la vie culturelle qui est la plus importante

(809) Voy. art. 16 et 18 de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel.

(810) Art. 13, d, i, ii, iii, Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel.

(811) Art. 15, Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel.

(812) W. S. Logan, « Closing Pandora's Box : Human Rights Conundrums in Cultural Heritage Protection », *op. cit.*, pp. 33-37.

pour notre propos[813]. L'UNESCO y fait explicitement référence à l'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, mais omet de mentionner l'article 15 du Pacte. La Recommandation est tout entière dédiée aux mesures à prendre « afin de démocratiser les moyens et les instruments de l'action culturelle, de façon à permettre à tous les individus de participer pleinement et librement à la création de la culture et à ses bienfaits, en accord avec les exigences du progrès social »[814].

§ 2. *Dans les instruments régionaux*

261. Sur le plan régional, plusieurs instruments majeurs de coopération culturelle ont été adoptés. Ils sont à la source de nombreux textes, qui visent généralement la protection des patrimoines culturels et ne consacrent pas directement des droits culturels. Cependant, tout en renforçant la tendance qui consiste à préciser des principes de politiques culturelles plutôt que des droits, ils contribuent de manière fondamentale à la reconnaissance et à la mise en œuvre des droits culturels.

A. Les instruments de coopération culturelle développés au sein du Conseil de l'Europe

262. Un véritable mouvement de maturation peut être observé dans l'évolution des instruments culturels du Conseil de l'Europe.

263. La Convention culturelle européenne de 1954[815] adoptée dans l'enceinte du Conseil de l'Europe, oblige chacun des États

(813) Voy. P. Moulinier, « The Nairobi Recommendation on Participation by the People at Large in Cultural Life and their Contribution to it », UNESCO DOC, Doc. CC/CSP/CP/14, 1986.

(814) Recommandation concernant la participation et la contribution des masses populaires à la vie culturelle, Conférence générale UNESCO, 19e session, 26 octobre au 30 novembre 1976, Recommandation adoptée sur le rapport de la Commission du programme II à la 34e séance plénière, le 26 novembre 1976. Par ailleurs, la Recommandation cite un autre instrument d'importance : l'Acte final de la conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, qui stipule que les États participants se fixent notamment pour objectif de favoriser l'accès de tous à leurs réalisations culturelles respectives.

(815) Cette Convention a été adoptée en 1954 et définit les fondements de la coopération culturelle au sein du Conseil de l'Europe.

parties à « sauvegarder son apport au patrimoine culturel commun de l'Europe et à en encourager le développement »[816]. La Convention fait partie intégrante du droit belge depuis 1955[817]. Elle constitue un instrument juridique obligatoire tout en n'étant pas applicable directement, en raison de la généralité de ses termes.

La Convention est la source d'une intense coopération culturelle européenne[818] qui se traduit dans les politiques culturelles régionales du Conseil de l'Europe[819], dans des instruments juridiques consacrant certains éléments du droit à la culture et dans des déclarations plus politiques sur l'importance du droit à la culture[820].

264. La Convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique a été signée à Londres le 6 mai 1969 et fait partie intégrante du droit belge[821]. La Convention, telle que révisée en 1992, est entrée en vigueur le 25 mai 1995 en droit international et

(816) Art. 1er Convention culturelle européenne, 19 décembre 1954, Paris.

(817) Voy. Loi de ratification du 11 mai 1955, *Mon. b.*, 7 octobre 1955.

(818) R. Pickard, *Patrimoine culturel européen. Vol. II, Analyse des politiques et de la pratique*, *op. cit.*, p. 12.

(819) Le Conseil de la coopération culturelle (CDCC) et les quatre comités directeurs qui l'ont remplacé en 2001 ont en effet développé des politiques culturelles en lien étroit avec les droits culturels, sur la base de cette convention culturelle.

(820) Voy. la Déclaration européenne sur les objectifs culturels qui consacre certains droits culturels et pose comme objectif de favoriser l'accès de tous au patrimoine ; la Déclaration finale du premier Sommet des Chefs d'État et de Gouvernement du Conseil de l'Europe qui réitère la volonté de voir protéger les droits culturels (Vienne, 8 et 9 octobre 1993) ; le projet de déclaration sur la coopération dans l'Europe élargie qui instaure la démocratie culturelle en objectif prioritaire des politiques culturelles (il été abandonné à la faveur de lignes directrices, moins contraignantes) (R. Pickard, *Patrimoine culturel européen. Vol. II, Analyse des politiques et de la pratique*, *op. cit.*, p. 12) et enfin la Déclaration finale du 2e Sommet des Chefs d'État et de Gouvernement des États membres du Conseil de l'Europe (10 et 11 octobre 1997) où le rôle essentiel de la culture, du patrimoine et de l'enseignement est rappelé (R. Pickard, *ibid.*, p. 13). De manière plus aboutie, la Déclaration de Faro sur la stratégie du Conseil de l'Europe pour le développement du dialogue interculturel élabore des mesures relatives au droit à la culture. Ainsi, la deuxième partie de la déclaration cite comme ligne d'action : « le respect des droits culturels et du droit à l'éducation, ainsi que l'accès à ces droits, pour lutter contre l'exclusion et pour bâtir des sociétés équitables, en accordant une attention particulière à tous les groupes vulnérables » (Déclaration de Faro sur la stratégie du Conseil de l'Europe pour le développement du dialogue interculturel, Faro, 27-28 octobre 2005, 50e anniversaire de la Convention culturelle européenne).

(821) Voy. Loi du 2 décembre 1969, *Mon. b.*, 10 octobre 1970.

a fait l'objet de nombreuses dispositions d'approbation[822]. Parce qu'elle postule de nombreuses mesures d'exécution, il est difficile de considérer que ladite Convention emporte un effet direct.

265. La Convention pour la sauvegarde du patrimoine architectural de l'Europe, adoptée le 3 octobre 1985 à Grenade, fait partie intégrante du droit belge et y a force obligatoire[823]. Toutefois, selon la Cour de cassation, la Convention n'emporte pas d'effet direct puisque des mesures complémentaires sont nécessaires et que les dispositions de la Convention laissent une large marge d'appréciation aux États[824]. Le Conseil d'État a suivi la Cour de cassation en ce qui concerne une série de dispositions de la Convention[825]. Dans un arrêt du 8 juillet 2010, la Cour constitutionnelle, par contre, a accepté d'effectuer un contrôle de conformité d'un décret sur la base de cette Convention combinée avec les articles 10, 11 et 23 de la Constitution[826]. Par ailleurs, dans un arrêt antérieur, daté du 17 mars 2010, la Cour a déduit de cette Convention une obligation pour le législateur de « protéger non seulement les bâtiments, mais également les installations et les éléments décoratifs de ceux-ci, ce qui implique *ipso facto* également des biens mobiliers »[827].

Cette Convention vise à élaborer un « régime minimal de protection du patrimoine architectural que les États s'engagent à mettre en œuvre »[828] en assurant la participation de l'ensemble des publics concernés, par la reconnaissance d'obligations d'information et de participation des publics et des associations culturelles à la sauvegarde du patrimoine architectural.

---

(822) Voy. Ord. Rég. Brux.-Cap. Du 20 mai 2004, *Mon. b.*, 3 octobre 2002 ; Décr. Rég. wall. du 10 avril 2003, *Mon. b.*, 4 mars 2004 et 5 mars 2004 ; Décr. Comm. fr. du 17 décembre 2003, *Mon. b.*, 21 janvier 2004 ; Décr. Comm. germ. du 28 janvier 2008, *Mon. b.*, 22 février 2008. Apparemment toutefois, la Convention n'a pas fait l'objet d'une ratification par la Belgique.

(823) Voy. son entrée en vigueur en droit international le 1er décembre 1987 et son approbation par une loi du 8 juin 1992 (*Mon. b.*, 29 octobre 1992) et sa ratification le 17 septembre 1992.

(824) Cass., 18 décembre 2001, *Pas.* 2151.

(825) C.E., arrêt *Ramaekers*, n° 97.477, du 5 juillet 2001 et arrêt *A.S.B.L. Pétitions-patrimoine & Depoortere*, n° 192.641, du 23 avril 2009.

(826) Voy. C.C., arrêt n° 86/2010, du 8 juillet 2010. Cet arrêt illustre également le recoupement qui peut s'opérer entre droit à l'environnement sain et droit à l'épanouissement culturel sur la question du patrimoine culturel.

(827) C.C., arrêt n° 15/2010, du 17 mars 2010, B.6.2.

(828) M. Quintin, *La protection du patrimoine culturel*, *op. cit.*, pp. 44-45.

266. La Convention européenne du paysage, conclue à Florence le 20 octobre 2000 fait partie intégrante du droit belge[(829)]. Elle y déploie une force obligatoire, sans pour autant emporter d'effet direct[(830)].

267. La Convention européenne relative à la protection du patrimoine audiovisuel a été conclue le 8 novembre 2001 au sein du Conseil de l'Europe. Cette convention vise à sauvegarder le patrimoine audiovisuel européen en tant qu'il constitue une forme d'art et fait partie de la mémoire européenne. Entrée en vigueur le 1er janvier 2008, elle ne fait pas partie du droit belge.

268. La Convention-cadre sur la valeur du patrimoine culturel pour la société du 27 octobre 2005[(831)] peut être considérée comme le résultat d'un processus de maturation qui s'est traduit dans les instruments des politiques culturelles du Conseil de l'Europe. Cette Convention entrera en vigueur après sa dixième ratification. Le rapport explicatif précise qu'elle ne peut créer aucun droit pour les personnes sans mesure interne d'exécution. Toutefois, la Convention reconnaît un droit de participer aux patrimoines en tant que droit individuel d'accès.

B. **Les politiques culturelles de l'Union européenne**

269. L'Union européenne, au plan international, peut être considérée comme un « laboratoire » de la diversité culturelle, même s'il est controversé[(832)]. Dans ce sens, parce que l'Union tente de protéger cette diversité[(833)], en l'insérant dans son organisation

(829) Convention européenne du paysage, en vigueur depuis le 1er mars 1994 sur le plan international. Voy., sur les normes d'assentiment, Décr. Rég. wall. du 20 décembre 2001 ; Décr. Comm. fr. du 19 décembre 2002 ; Décr. Rég. Brux.-Cap. du 13 février 2002, Décr. Comm. fl. du 18 juillet 2004 ; Loi du 15 juin 2004, *Mon. b.*, 24 novembre 2004. Elle a été ratifiée par la Belgique le 28 octobre 2004.

(830) J. Jeurissen et E. Orban de Xivry, « Identification des biens relevant du patrimoine », *Amén.*, 2006, n° spécial, p. 11.

(831) Convention-cadre sur la valeur du patrimoine culturel pour la société, n° 199, 27 octobre 2005, dite Convention de Faro.

(832) J.-M. Baer, « L'Europe, laboratoire controversé de la diversité culturelle », *op. cit.*, p. 33.

(833) Voy. notamment, sur la devise de l'Union, B. De Witte, « Recht en cultureel beleid in de Europese Gemeenschap : ruimte voor eenheid in verscheidenheid ? », in *Recht en Europese Cultuur. Europees Recht en Cultuur*, Antwerpen,

économique, elle peut contribuer à créer les conditions de l'exercice d'un réel droit à la culture. Mais, dans le même temps, l'application des principes de libéralisation et de concurrence aux politiques culturelles peut contribuer à fragiliser le droit à la culture.

270. Plusieurs grands principes contribuent à la réalisation du droit à la culture, soit en protégeant la diversité culturelle de l'Union européenne d'une fragilisation induite par l'application des règles commerciales internationales ou bilatérales concernant les biens et services culturels, soit en prévoyant, au sein de l'Union européenne, des exemptions à l'application du principe européen d'interdiction des aides d'État et des exemptions aux principes de liberté de circulation des marchandises et des services qui protègent les politiques culturelles.

L'article 3, § 2 du Traité sur l'Union européenne dispose que l'Union « respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique et veille à la sauvegarde et au développement du patrimoine culturel européen »(834).

De plus, l'article 167, § 1er du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne établit que « [l]'Union contribue à l'épanouissement des cultures des États membres dans le respect de leur diversité nationale et régionale, tout en mettant en évidence l'héritage culturel commun »(835). Cette disposition précise que l'action de l'Union « vise à encourager la coopération entre États membres et, si nécessaire, à appuyer et compléter leur action » dans une série de domaines identifiés (l'amélioration de la connaissance et de la diffusion de la culture et de l'histoire des peuples européens ; la conservation et la sauvegarde du patrimoine culturel d'importance européenne ; les échanges culturels non commerciaux ; la création artistique et littéraire, y compris dans le secteur de

Maklu, 1994, pp. 63-85 ; J. Gijssels, « Recht en cultuur in de Europese Unie – Over eenheid en verscheidenheid », in *Recht en Europese Cultuur. Europees Recht en Cultuur*, *op. cit.*, pp. 87-101.

(834) Art. 3, § 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, version consolidée, *J.O.C.E.*, 30 mars 2010, 2010/C83/01.

Cette disposition a déjà justifié des restrictions dans les droits fondamentaux de certains individus (voy. notamment C.J., 12 mai 2011, *Malgoata Runevic-Vardyn*, C-391/09 et le commentaire d'Olivier De Schutter dans l'article « Les droits fondamentaux dans l'Union européenne », *J.D.E.*, 2012, n° 12/4, p. 120.

(835) Art. 167, Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, version consolidée, *J.O.C.E.*, 30 mars 2010, 2010/C83/01.

l'audiovisuel). Cette disposition règle également la coopération culturelle avec les pays tiers et les organisations internationales. Elle dispose en effet que l'Union et les États membres « favorisent la coopération avec les pays tiers et les organisations internationales compétentes dans le domaine de la culture, et en particulier avec le Conseil de l'Europe ». Enfin, l'article 167 prévoit que « l'Union tient compte des aspects culturels dans son action au titre d'autres dispositions des traités, afin notamment de respecter et de promouvoir la diversité de ses cultures ». Il postule ainsi divers objectifs culturels tout en excluant toute forme d'harmonisation législative ou réglementaire en matière culturelle[836]. Sur la base de cette disposition, l'Union poursuit une politique culturelle subsidiaire, mettant en place des programmes culturels d'importance relative[837]. L'article 167 du Traité trouve un prolongement dans l'article 207, § 4 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui prévoit que c'est à l'unanimité que le Conseil peut statuer sur la négociation et la conclusion d'accords avec des pays tiers ou des organisations internationales dans le domaine du commerce et des services audiovisuels et culturels, lorsque ces accords risquent de porter atteinte à la diversité culturelle et linguistique de l'Union.

En outre, l'article 107, § 3 du Traité relatif au fonctionnement de l'Union prévoit que les politiques culturelles nationales d'aide à la création et de conservation du patrimoine bénéficient d'une présomption de compatibilité avec les règles du marché intérieur dès lors qu'elles n'entravent pas dans une mesure contraire à l'intérêt commun les échanges et la concurrence dans l'Union européenne[838].

---

(836) Art. 167, 5, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : « Pour contribuer à la réalisation des objectifs visés au présent article :
– le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité des régions, adoptent des actions d'encouragement, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres ;
– le Conseil adopte, sur proposition de la Commission, des recommandations ».

(837) Voy. notamment le programme « Culture » (Décision n° 1855/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 établissant le programme Culture (2007-2013)) et les « Capitales » culturelles européennes.

(838) Art. 87, § 3, d), devenu 107, § 3, d) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Enfin, en vertu de l'article 30 du Traité, les biens culturels qualifiés de « trésors nationaux » peuvent échapper à une application des règles relatives à la liberté de circulation, même lorsqu'ils appartiennent à des personnes privées. Sont ainsi tolérées les restrictions d'importation, d'exportation ou de transit qui poursuivent le but de protéger les trésors nationaux ayant une grande valeur artistique, historique ou archéologique. Cette disposition, qui emporte un effet direct[839], ne peut s'appliquer que lorsque la mesure ne peut s'analyser ni comme une restriction déguisée dans le commerce entre États ni comme un moyen de discrimination arbitraire. Dérogeant au principe de la libre circulation des biens et des services, elle recouvre un champ d'application restrictif[840].

271. Cependant, dès lors qu'aucun de ces principes ne peut s'appliquer, les règles européennes de libre circulation des biens et services et d'interdiction des aides d'État s'appliquent en matière culturelle et peuvent fragiliser les politiques culturelles qui viennent consolider le droit à la culture. En effet, les biens et services culturels sont, hors les exceptions envisagées au point précédent, soumis aux principes de la libre circulation des biens et des services[841]. L'article 30, on l'a dit, n'a qu'une portée restrictive et ne concerne que les biens qui ont une valeur essentielle pour le patrimoine culturel des États membres.

272. Si la protection des politiques culturelles par les principes consacrés dans les traités semble parcellaire, soulignons toutefois que la Cour de justice a développé une jurisprudence plus flexible concernant ces politiques.

La reconnaissance par la Cour d'une certaine « spécificité culturelle » ou « règle de raison culturelle » permet au secteur d'échapper à certaines règles du droit commercial[842]. Cette déférence pour les

(839) M. Quintin, *La protection du patrimoine culturel*, *op. cit.*, p. 58.

(840) Voy. F. Rigaux, « Le patrimoine culturel : répartition des compétences et conflits de lois », *R.B.D.C.*, 1994, n° 1-2, p. 62.

(841) Voy. C.J., 10 décembre 1968, *Commission c. République italienne*, Rec. p. 617.

(842) Cette règle établit « un traitement moins sévère, par le juge communautaire, des mesures étatiques qui poursuivent la conservation de la diversité culturelle et la défense des valeurs culturelles contre le jeu des forces du marché ». Voy. G. S. Karydis, « Le juge communautaire et la préservation de l'identité culturelle nationale », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1994, vol. 30, n° 4, p. 559 ; C. Romainville, « Arrêt *UTECA* : Le soutien à la production culturelle dans une langue déterminée », *J.D.E.*, octobre 2009, n° 161, pp. 209-213.

politiques culturelles nationales protège ainsi le droit à la culture, en validant des politiques culturelles qui peuvent éventuellement être considérées comme contradictoires avec le droit international ou le droit européen[843].

273. Ces assouplissements du droit européen en faveur de la culture, qu'ils soient prétoriens ou consacrés dans le droit primaire et dérivé de l'Union, permettent-ils d'asseoir l'hypothèse d'une équivalence ou d'une primauté de l'intérêt de la protection de la diversité culturelle, et donc des politiques culturelles, par rapport à l'importance de la concurrence et des libertés de circulation dans le droit de l'Union européenne[844] ? S'il paraît vraisemblable que le *corpus* des règles de l'Union européenne protège la diversité culturelle de l'Union d'une fragilisation qui serait induite par l'application des accords commerciaux internationaux relatifs aux biens et services culturels, peut-on en dire autant du rapport entre diversité culturelle au sein des États et règles de l'Union européenne ? Ces questions, auxquelles il nous est impossible de répondre à ce stade de nos recherches[845], ont une importance primordiale pour le droit à la culture puisqu'elles concernent la possibilité de mener des politiques qui sont indispensables à sa réalisation.

(843) Voy. sur l'éventuelle contradiction entre politiques nationales internes et droit communautaire, J.-M. Baer, « L'Europe, laboratoire controversé de la diversité culturelle », *op. cit.*, pp. 34-37 ; J.-N. Iliopoulos, « Protection de la culture et libertés de circulation », *R.A.E.-L.E.A.*, 2006, n° 4, pp. 675-676 ; J. M. E. Loman, « Nationale cultuursubsidies en gemeenschapsrecht : kansen of cultuurschok ? », in *Recht en Europese Cultuur. Europees Recht en Cultuur*, Antwerpen, Maklu, 1994, pp. 103-117.

(844) Voy. notamment L. Bekemans et A. Balodimos, « Le Traité de Maastricht et l'éducation, la formation professionnelle et la culture », *Revue du Marché de l'Union européenne*, n° 2, 1993, p. 135. Dans le même sens, G. S. Karydis, « Le juge communautaire et la préservation de l'identité culturelle nationale », *op. cit.*, p. 559 ; A. Riou, « La culture et le Traité de Rome », *Les Petites Affiches*, 1996, n° 81, p. 39 ; L. Mayer-Robitaille, « L'application de la politique communautaire de concurrence aux accords et aux aides d'État relatifs à l'audiovisuel », *Iris Plus. Observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel*, 2005, n° 10 ; S. Nikoltchev et F. J. C. Blaquez, « Aides nationales à la production cinématographique : caractéristiques et tendances juridiques », *Iris Plus. Observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel*, 2001, n° 4.

(845) Et qui seront développées dans des recherches ultérieures.

274. Enfin, notons que l'Union mène elle-même des politiques culturelles sur la base de l'article 167 du T.F.U.E. qui lui permettent de protéger et de réaliser certains aspects du droit à la culture. Ainsi par exemple, un règlement n° 116/2009 du Conseil, qui remplace le règlement n° 3911/92, règle l'exportation des biens culturels vers un État qui n'est pas membre de la Communauté européenne(846) alors qu'une directive 93/7/CEE du 15 mars 1993 vise l'instauration d'un système permettant la restitution aux États membres des biens culturels classés « trésors nationaux » qui ont quitté leur territoire après le 1er janvier 1992 en violation des législations nationales de ces États membres(847).

C. **Les autres instruments régionaux de coopération culturelle**

275. La Convention de 1954 pour le développement des relations culturelles interaméricaines établit des mécanismes de coopération culturelle qui reposent surtout sur des échanges scolaires(848). Elle ne participe à la reconnaissance et à la mise en œuvre du droit à la culture que dans ce cadre.

276. La Charte culturelle de l'Afrique(849) règle la coopération culturelle sur le continent africain, en affirmant le droit au libre accès à la culture et le droit des États de mener des politiques culturelles. L'accès de tous les citoyens à l'éducation et à la culture est une priorité de la Charte culturelle de l'Afrique.

(846) Voy. le règlement d'application du règlement n° 3911/92 du 30 mars 1993 de la Commission. Voy. sur ce règlement, E. Cornu et B. Elster, « Quelle protection pour l'objet d'art lors de sa vente ou de son exportation ? », *J.T.*, 2000, p. 248. Les auteurs soulignent que ce règlement a pour objectif non seulement d'obliger les États à contrôler l'exportation de leurs biens culturels mais également de les obliger à contrôler l'exportation de biens culturels en provenance d'autres États.

(847) Directive 93/7//CEE du Conseil du 15 mars 1993 relative à la restitution de biens culturels ayant illicitement quitté le territoire d'un État membre. Cette directive a été transposée en droit belge par la loi du 28 octobre 1996 relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire de certains États étrangers.

(848) Caracas, 28 mars 1954, http://untreaty.un.org/unts/60001_120000/22/26/00043281.pdf.

(849) Port Louis, 5 juillet 1976, http://www.africanion.org/Official_documents/Treaties_Conventions_fr/Charte%20Culturelle.pdf.

Conclusions du Chapitre I

277. Dans ce chapitre, nous avons étudié les processus qui ont amené la reconnaissance du droit à la culture en droit international ainsi que les dispositions qui le consacrent. En droit international et en droit communautaire, le droit à la culture bénéficie de multiples fondations, à partir desquelles un régime juridique peut se construire.

278. Force est toutefois de constater que ces multiples fondations sont très dispersées. La difficulté de préciser les éléments normatifs du droit à la culture découle ainsi directement de l'éclatement, de la fragmentation et de la diversité des sources qui reconnaissent ce droit.

Les sources du droit à la culture sont fragmentées entre des instruments de protection des droits économiques, sociaux et culturels, dont l'effectivité est souvent sujette à caution, et des instruments de protection des droits civils et politiques, dans lesquels la dimension culturelle a été négligée. L'inadéquation et l'incohérence de la division entre générations de droits apparaissent par ailleurs nettement pour les droits culturels. À l'exception de la Charte africaine des droits de l'homme, tous les instruments de protection des droits contribuent en effet à diviser le régime juridique du droit à la culture, à faire éclater ses composantes et à en amenuiser la portée. Après avoir été assimilés, sans beaucoup de réflexion, à la catégorie des droits pour lesquels la Déclaration universelle admet une progressivité, les droits culturels ont vu leur destin lié, un peu par hasard, à celui des droits de la deuxième génération, alors que de nombreux éléments du droit à la culture sont protégés par les instruments de protection des droits civils et politiques.

Les sources de ce droit sont aussi morcelées entre des instruments universels et des instruments catégoriels, qui protègent le droit à la culture de certains groupes spécifiques, des minorités, des enfants, des femmes, des migrants ou des peuples autochtones. Le droit de participer à la vie culturelle est abondamment consacré dans ces instruments catégoriels. Ces instruments, en particulier ceux consacrés aux minorités et aux peuples autochtones, ont en réalité eu un double effet sur le droit de participer à la vie culturelle. D'abord, ils ont opéré une réunion de ces

droits dans les mêmes instruments, alors qu'ils étaient éparpillés entre les instruments consacrant des droits civils et politiques et les instruments relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels. L'avancée apportée par les textes de protection des minorités est sur ce point incontestable, en ce qu'ils réunissent ces droits dans un même instrument. Mais, dans le même temps, ils ont conduit à un nouvel éclatement du droit de participer à la vie culturelle, entre droits universels et droits spécifiques aux personnes appartenant à certains groupes(850). Alors que le terme de « culture » a été défini dans le premier titre comme une particularisation de l'universel dans la recherche sur le sens qu'opère un système d'une société donnée, force est de constater que ce lien entre universel et particulier ne se reflète que très partiellement dans les instruments consacrant le droit à la culture qui apparaissent déconnectés les uns des autres. Les instruments relatifs aux droits spécifiques des personnes appartenant à des groupes se centrent sur la protection du droit des membres de ces groupes à participer à la vie culturelle du groupe et ne constituent ainsi que très rarement des instruments permettant cette ouverture, à partir du particulier, vers l'universel, par le biais d'une rencontre avec d'autres formes culturelles. Les instruments « universels » quant à eux, ne précisent pas non plus le rapport qu'ils entretiennent avec les instruments « catégoriels ».

Les sources de ce droit se fractionnent ensuite entre des instruments de protection des droits de l'homme et des instruments réglementant les politiques culturelles. Les Conventions de protection du patrimoine et de la diversité culturelle consacrent des aspects fondamentaux pour la protection et la réalisation de ce droit(851). Le droit de l'Union européenne, à de nombreux égards, protège et réalise le droit à la culture, en développant des politiques culturelles européennes, en protégeant la diversité culturelle et les politiques culturelles des États membres, tout en maintenant une attitude ambivalente par l'application de certaines règles qui peuvent entraver la protection et la réalisation de ce droit. Étrangement, le lien entre politiques culturelles et droits culturels est resté longtemps implicite alors que la

(850) M. Bidault, *La protection internationale des droits culturels, op. cit.*, p. 79.

(851) S. Marks, « UNESCO and Human Rights : the Implementation of Rights Relating to Education, Science, Culture and Communication », *op. cit.*, p. 51.

reconnaissance de cette relation intrinsèque entre droits de l'homme et patrimoine est enrichissante à la fois pour les droits culturels, mais aussi pour les politiques culturelles, et notamment pour le secteur de la protection du patrimoine, auquel le droit à la culture peut apporter des précisions. Par exemple, en ce qui concerne le patrimoine immatériel, la prise en compte des droits culturels pourrait remédier à l'un des problèmes lancinants de la Convention : l'aspect illimité de la liste du patrimoine immatériel. Les droits de l'homme pourraient constituer une limitation à cette liste et donc la rendre praticable(852) parce qu'ils emportent eux-mêmes leurs propres limites : l'interdiction de l'abus de droit et l'exigence du respect des autres droits(853). Le droit à la culture peut également être bénéfique aux instruments de protection du patrimoine et de la diversité culturelle parce qu'il implique une procéduralisation à travers le droit de participer à la prise de décision en matière culturelle. Il pourrait également permettre une réflexion et une restructuration de l'action culturelle européenne et participer à sa légitimité.

Même si ces perspectives de rapprochement ne doivent pas se concrétiser, il n'en reste pas moins que le droit international et

(852) W. S. Logan, « Closing Pandora's Box : Human Rights Conundrums in Cultural Heritage Protection », *op. cit.*, pp. 33-52.

(853) Ainsi, le droit à la culture dans sa dimension patrimoniale serait pris en compte et protégé par la Convention sur le patrimoine immatériel sauf lorsque l'invocation de ce droit constituerait un abus de droit ou implique une violation d'autres droits de l'homme. Un autre angle intéressant est le rapport entre le droit à la culture en tant que droit participatif et les Conventions sur le patrimoine. Alors que le droit à la culture implique le droit de participer à la prise de décision en matière culturelle, les Conventions sur le patrimoine ne prennent pas toujours en compte cet aspect des choses, avec des conséquences fâcheuses. Si la tendance est de reconnaître de plus en plus un pouvoir local des collectivités, beaucoup de décisions de classement ont été prises par des institutions et des autorités externes aux personnes concernées avec des conséquences néfastes pour la protection du patrimoine lui-même. En effet, l'absence d'intégration de la population aux processus de décision sur le classement crée souvent des effets pervers, comme l'illustre le cas du classement des terrasses rizières dans les Philippines au patrimoine paysages sans qu'une consultation de la population ait eu lieu et sans que n'ait été pris en compte le patrimoine immatériel que constituaient les techniques paysannes des habitants, qui contribuaient pourtant à faire vivre ce paysage. Les effets bénéfiques de ce classement sont restés longtemps ineffectifs, tant celui-ci n'entretenait pas de lien avec la population locale. W. S. Logan, « Closing Pandora's Box : Human Rights Conundrums in Cultural Heritage Protection », *op. cit.*, p. 49.

européen de la culture forme donc une assise à partir de laquelle un droit à la culture peut se développer, mais contribue dans le même temps à un éclatement des sources de ce droit.

279. Malgré la fragmentation de ses éléments dans des instruments de nature très différente, il est possible de construire, à partir de l'étude des sources internationales du droit à la culture, une certaine convergence. Ainsi, l'idée générale de favoriser la participation à la vie culturelle apparaît comme un lien qui traverse l'ensemble des sources du droit à la culture.

Pour autant, les textes étudiés révèlent trois paradoxes relatifs au droit de participer à la vie culturelle.

Le premier concerne l'écart entre le discours symbolique sur les droits culturels et la réalité juridique. Ainsi, force est de constater que le droit à la culture n'est consacré que dans un nombre relativement restreint d'instruments juridiques obligatoires et directement applicables. Seuls les articles 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 27 du même Pacte et quelques dispositions du droit international de la culture, qui ne protègent que médiatement certains éléments du droit à la culture, sont applicables directement (voy. *supra*, *l'introduction générale*). Soulignons toutefois d'emblée que l'article 15 du Pidesc, la Convention sur la diversité culturelle et les dispositions communautaires, qui ont force obligatoire, ouvrent de riches perspectives, qui seront abordées dans la troisième partie, si bien que l'on ne peut *a priori* pas se prononcer, à ce stade, sur l'applicabilité directe du droit à la culture.

Le deuxième paradoxe réside en ce que, malgré l'objectif d'universalité, d'interculturalité et de création du lien qui anime le droit à la culture dès sa création, celui-ci est principalement reconnu dans des instruments catégoriels, pour certains groupes spécifiques et à l'égard, parfois, de certaines vies culturelles seulement.

Le troisième paradoxe concerne la question de la dilution du droit à la culture dans les droits culturels. Alors que l'objectif est de consacrer des droits culturels effectifs, force est de constater qu'aucun texte n'a réellement été à la source d'une identification nette et précise des éléments du droit de participer à la culture. Trop souvent, les rédacteurs des sources du droit à la culture se

sont contentés de discours vagues et imprécis sur la valeur culturelle des droits humains, voire simplement de l'idée que le droit à la culture constituait une « référence culturelle ». Il est frappant de constater qu'au contraire, dans les – rares – travaux préparatoires qui abordent réellement la question de la définition des éléments du droit à la culture, ce sont les préoccupations plus concrètes de l'accès à la culture et de la liberté artistique qui sont le plus souvent citées.

280. Le chapitre suivant est consacré à l'étude des sources du droit à la culture en droit constitutionnel.

CHAPITRE II.
En droit constitutionnel

281. Dans ce chapitre, une analyse systématique des sources constitutionnelles du droit à la culture est opérée, dans un mouvement symétrique par rapport au premier chapitre.

282. Hormis quelques textes constitutionnels particulièrement précoces, la reconnaissance du droit à la culture en droit interne n'a pas suivi le même chemin qu'en droit international. Ainsi, la plupart des Constitutions qui mentionnent le droit à la culture ne se sont ouvertes à cette problématique que tardivement, souvent sous la pression des textes internationaux et plutôt sous la forme de normes objectives que sous la forme de droits culturels explicites.

Si les procédés ayant conduit à sa reconnaissance diffèrent, le droit à la culture fait l'objet de la même fragmentation et de la même négligence en droit constitutionnel et en droit international. Ainsi, avant que le droit à la culture ne soit inscrit dans le texte constitutionnel, il a souvent été reconnu implicitement dans la répartition des compétences culturelles ou dans l'énoncé des missions culturelles des États. Ces mécanismes de reconnaissance implicite sont assez comparables à la reconnaissance du droit à la culture dans les instruments objectifs internationaux relatifs aux politiques culturelles. Ainsi, en droit constitutionnel belge, le droit à la culture a d'abord été consacré de manière objective dans la répartition des compétences (**Section II**) avant d'être consacré dans les droits culturels (**Section I**).

Section I. – La reconnaissance du droit à la culture dans les droits constitutionnels culturels

283. Le droit à la culture fait l'objet d'une reconnaissance explicite dans plusieurs droits reconnus par la Constitution belge. En effet, l'article 23 de notre Constitution consacre depuis 1994 les droits culturels et, en particulier, le droit à l'épanouissement

culturel et social (§ 1). Par ailleurs, les libertés classiques contenues dans la Constitution protègent certains aspects du droit (§ 2).

§1. *Dans le droit à l'épanouissement culturel*

284. Sous la Constituante de 1968-1971, il a été proposé d'introduire dans la Constitution un texte garantissant l'accès à la culture, formulé en ces termes : « Chacun a droit [...] à la culture. Chacun a le droit d'être initié, de contribuer et de participer librement aux activités culturelles et sociales. La loi facilite et encourage cette participation »(854). Cette proposition n'a pas été approfondie(855), en l'absence de volonté politique sur ce point et en raison de la dissolution du Parlement en septembre 1971. La Constitution est ensuite restée muette en ce qui concerne le droit à la culture jusqu'en 1994(856), même si, comme on nous le verrons dans la section suivante, en réglant la répartition des compétences culturelles, elle consacrait un droit implicite à la culture(857).

Depuis 1994, notre Constitution consacre expressément, à l'article 23, 3e alinéa, 5°, le « droit à l'épanouissement culturel et social »(858). C'est le législateur qui y apparaît comme le débiteur principal du droit à l'épanouissement culturel.

Quand les parlementaires ont voulu préciser le « droit à l'épanouissement culturel et social »(859) et les « droits dans les domaines

(854) Voy. la déclaration de révision de la Constitution de 1968 (*Mon. b.*, 2 mars 1968).

(855) Voy. P. DE STEXHE, *La révision de la Constitution belge 1968-1971*, Bruxelles/Namur, Larcier/Société d'études morales, sociales et juridiques, 1972, pp. 349-351.

(856) Malgré de nouvelles propositions d'insérer les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution : voy. les déclarations de révision de la Constitution de 1978 (*Mon. b.*, 15 novembre 1978), de 1981 (*Mon. b.*, 6 octobre 1981), et les diverses propositions déposées en 1988.

(857) H. DUMONT, « Le droit à la culture, ou une liberté-autonomie et un droit-créance peuvent-ils se concilier dans une liberté-participation ? », *op. cit.*, p. 244 et, du même auteur, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. I de 1830 à 1970*, *op. cit.*, p. 465.

(858) Voy., sur les raisons de ce « réveil » du Constituant belge sur la question des droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution belge, M. VERDUSSEN et N. BONBLED, « Les droits culturels et sociaux dans la Constitution belge », *op. cit.*, pp. 47-50.

(859) Développements, Texte proposé par M. Stroobant et consorts, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, n° 100-2/1°, 15 janvier 1992, p. 10.

culturel et scientifique » qu'ils proposaient d'insérer dans la Constitution[860], ils ont surtout insisté sur l'accessibilité de la culture. Ainsi, le Constituant a considéré que la réalisation du droit à l'épanouissement culturel « suppose que la culture soit rendue accessible à tous » et que « [l]a réalisation de cet objectif commande principalement aux pouvoirs publics d'abaisser nombre de seuils encore trop élevés et de veiller à instaurer un climat de tolérance culturelle dans toutes les couches de la population ». En ce qui concerne les plus défavorisés, le Constituant estime que « les activités culturelles doivent rester financièrement à la portée des moins favorisés d'entre nous »[861].

Dans le flou qui entoure le droit à l'épanouissement culturel[862], il est une chose certaine : le Constituant a voulu renforcer la « démocratisation culturelle » et poursuivre l'œuvre de la démocratie culturelle. Toutefois, la formulation bâclée[863] qui a été retenue n'aide pas à identifier la portée du droit consacré. Les développements qui suivent se donnent pour objectif de la clarifier.

§2. *Dans la liberté d'expression artistique*

285. Les articles 19 et 25 de la Constitution consacrent un des éléments essentiels du droit à la culture : la liberté d'expression artistique. La doctrine reconnaît généralement que les textes

(860) Développements, Texte proposé par Mmes Breyne et Ghelen, *Doc. parl.*, Chambre, sess. extr. 1991-1992, n° 381/1, pp. 2-3.

(861) Développements, Texte proposé par MM. Stroobant, Taminiaux et consorts, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, 9 juin 1993, n° 100-2/3°, p. 20 et *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, n° 100-2/2°.

(862) Le flou concerne notamment la « tolérance culturelle » que le Constituant a inscrit comme une des finalités du droit à l'épanouissement culturel. Voy. E. Jakhian, « Constitution et culture : une rencontre incertaine », in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 678.

(863) Voy., sur la formulation de l'article 23, des opinions contrastées : Paul Martens parle des « charmes cumulés de la rigueur classique et de l'exubérance baroque » (« L'insertion des droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution », *R.B.D.C.*, 1995, p. 4), alors que Marc Verdussen et Nicolas Bonbled considèrent que cette disposition « pèche par sa disparité » (M. Verdussen et N. Bonbled, « Les droits culturels et sociaux dans la Constitution belge », *op. cit.*, p. 38) « ce qui déforce, à regret, une disposition bien difficile à rédiger » (M. Verdussen et A. Noël, « Les droits fondamentaux et la réforme constitutionnelle de 1993 », *A.P.T.*, 1994, p. 132.

constitutionnels belges ont été formulés de manière suffisamment large pour inclure l'expression artistique[(864)]. Jan Velaers précise en effet que toutes les œuvres d'art ont une « communicatieve betekenis », puisque l'artiste, grâce à l'œuvre d'art, entre en contact avec le public « om er een esthetische ervaring mee te delen, om het te onroeren, te schokken, uit te dagen, een 'Aa-Erlebnis' te bezorgen ». Jan Velaers estime également que la liberté d'opinion se trouve au cœur de la liberté de l'artiste puisque, dans un contexte de redéfinition perpétuelle du concept d'art, chaque œuvre d'art véhicule au minimum l'opinion de l'artiste sur ce qu'est l'art et ce que doit être le rôle de l'artiste[(865)] et y exprime souvent une facette de sa personnalité[(866)].

286. Soulignons d'emblée que, si l'expression artistique bénéficie de la protection de l'article 19, tel n'est pas toujours le cas pour la deuxième grande garantie constitutionnelle : la traduction des délits de presse devant la Cour d'assises[(867)].

287. Pour être protégée par l'article 19, la forme de l'expression importe peu. Globalement, il semble que l'article 19 protège également les écrits, les paroles et les comportements[(868)]. L'expression peut être symbolique, imagée[(869)]. L'article 19 protège également la liberté des spectacles. L'importance de cette liberté en Belgique est attestée avant même l'adoption de la Constitution belge, quand le gouvernement provisoire l'a reconnue expressément[(870)]. Celle-ci fut confirmée en ce qui concerne le théâtre dans une décision du 21 octobre 1831 qui a reconnu entière liberté pour élever

(864) Voy. notamment K. Rimanque et F. Reyntjens, « Kunst en de vrijheid van expressie en haar beperkingen », *op. cit.*, pp. 1-24.

(865) J. Velaers, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, *op. cit.*, p. 61.

(866) J. Velaers, « De kunstvrijheid als vrijheid van meningsuiting en de grenzen ervan », *op. cit.*, p. 2 ; A. Alkema, *op. cit.*, p. 9 ; K. Rimanque et F. Reyntjens, « Kunst en de vrijheid van expressie en haar beperkingen », *op. cit.*, p. 1 ; M. Verdussen, « Les droits de l'homme et la création artistique », *op. cit.*, p. 1002 ; J. Velaers, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, *op. cit.*, p. 61.

(867) J. Velaers, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting, op. cit.*, p. 47.

(868) K. Rimanque et J. De Jonghe, « De vrijheid van expressie op straten en pleinen », *T.B.P.*, 1978, p. 8 ; F. Delpérée, « Libres propos sur la liberté d'expression », *A.P.T.*, 1977-1978, p. 106.

(869) J. Velaers, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting, op. cit.*, pp. 60-61.

(870) *Pandectes belges*, n° 23.

des théâtres et pour y faire représenter des pièces[871]. Le répertoire pratique de droit belge définit le concept de « spectacle » de la liberté des spectacles comme « une action consistant en la représentation ou la reproduction réelle ou fictive de scènes de vie, de manifestations culturelles, artistiques, sportives ou foraines, ayant pour but de divertir par l'organe de la vue ou de l'ouïe »[872]. Cependant, ce n'est que lorsque que la liberté des spectacles est exercée comme support à la liberté d'expression qu'elle peut être considérée comme une garantie dans l'article 19 de la Constitution[873]. Ainsi faut-il considérer que, de manière générale, les représentations théâtrales, les interprétations musicales, les opéras, les ballets et les projections de films[874] relèvent de l'article 19 de la Constitution[875].

(871) Arrêté du Gouvernement provisoire du 21 octobre 1830 portant entière liberté pour élever des théâtres et y faire représenter des pièces, *Bull. Off.* Nr. XVI. Le préambule indique que « la manifestation publique et libre de la pensée est un droit déjà reconnu » et que « il y a lieu de faire disparaître, au théâtre comme ailleurs, les entraves par lesquelles le pouvoir en a gêné l'exercice ».

Albéric Cahuet pouvait donc écrire en 1902 que « [l]e théâtre, en Belgique, jouit d'une liberté extrêmement étendue. Il n'existe pas, dans le Royaume, de censure préventive organisée pour la représentation des œuvres dramatiques. Les pièces interdites sur nos scènes ont été représentées sans difficultés sur les théâtres de Bruxelles » (par exemple *Les Avariés* d'Eugène Brieux) : voy. A. Cahuet, *La liberté du théâtre en France et à l'étranger. Histoire, Fonctionnement et Discussion de la censure dramatique*, Paris, Dujarric et Cie, 1902.

(872) *Répertoire pratique de droit belge*, Spectacles-Théâtres, n° 1 et n° 3. Il est également précisé que « sont donc des spectacles, aussi bien les pantomimes, les spectacles de cirque, les matches sportifs, les spectacles de prestidigitation ou d'hypnotisme, les courses, les régates nautiques, les meetings d'aviation, les combats d'animaux, les marionnettes, les récitals de danse, les cortèges etc. Par contre, sont des divertissements publics sans être des spectacles : les concerts, soirées dansantes, auditions de T.S.F., expositions de tableaux, tournois de bridge, conférences etc. ».

(873) F. Perin, « Le statut juridique des spectacles et la liberté d'opinion », *R.D.I.D.C.*, 1958, Tome XXXV, pp. 423 à 436. Voy. également K. Rimanque et F. Reyntjens, « Kunst en de vrijheid van expressie en haar beperkingen », *op. cit.*, p. 3.

(874) F. Delpérée, « Libres propos sur la liberté d'expression », *op. cit.*, p. 106.

(875) De plus, en ce que ces libertés impliquent une réunion dans un espace de représentation, elles concernent également la liberté de réunion. P. Errera, *Traité de droit public belge*, Paris, Giard & Brière, 1909, p. 109 ; O. Orban, *Le Droit constitutionnel de la Belgique*, Tome III, *Libertés constitutionnelles et principes de législation*, Liège/Paris, Dessain/Giard & Brière, 1911, p. 558.

Les articles 19 et 25 protègent tous les acteurs de la création mais aussi l'œuvre d'art en tant que telle, qui fait l'objet d'une protection pour elle-même[876].

288. En ce qui concerne la liberté d'information, il nous semble qu'un droit du public à l'information impliquant des obligations positives pour l'État n'a pas été reconnu de manière générale en droit belge[877].

Section II. – La reconnaissance du droit à la culture dans la répartition des compétences

289. Avant d'être formellement consacré en tant que droit fondamental dans la Constitution belge, le droit à la culture y était déjà implicitement présent. La Constitution belge contenait en effet des dispositions relatives aux compétences culturelles qui établissent des missions à charge des pouvoirs publics[878]. Ces missions culturelles recoupent largement les obligations découlant, pour les pouvoirs publics, du droit à la culture. Elles fondent ainsi, avant même que les droits culturels ne soient insérés dans la Constitution, un ensemble de mesures qui participent à la réalisation d'un droit à la culture.

§ 1. *Les missions culturelles dans la répartition des compétences culturelles*

290. Il est donc possible de lire dans la répartition des compétences, qui induit des missions culturelles pour les pouvoirs publics, un ancrage objectif du droit à la culture[879].

(876) M. Verdussen, « Les droits de l'homme et la création artistique », *op. cit.*, p. 1066.

(877) De la même manière, la Cour de cassation n'a pas admis que le droit du public à l'information, dérivé de la liberté d'expression, puisse apporter des restrictions supplémentaires au droit d'auteur. Cass., 25 septembre 2003, *A&M*, 2004, n° 1, p. 29 et A. Lucas, « Droit d'auteur, liberté d'expression et 'droit du public à l'information' (libres propos sur deux arrêts des Cours de cassation belge et française) », *op. cit.*, pp. 13-23.

(878) Soulignons que des « missions culturelles » sont également reconnues à charge d'acteurs privés, comme les chaînes de télévision privées dans le cadre de l'audiovisuel. Voy. T. Ader, « La mission culturelle et le regard sur la région dans les programmes imposés des chaînes de télévision », *Iris Plus Observations Juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel*, Strasbourg, Éditions 2006-08, www.obs.coe.int.

(879) H. Dumont, « Le droit à la culture, ou une liberté-autonomie et un droit-créance peuvent-ils se concilier dans une liberté-participation ? », *op. cit.*,

A. Des compétences culturelles qui traduisent des missions culturelles

291. Afin d'identifier l'ampleur de l'ancrage du droit à la culture dans les règles constitutionnelles objectives, nous analysons en profondeur les compétences culturelles en droit constitutionnel belge.

Dans ce cadre, nous appréhendons le concept de « compétence » comme « l'ensemble des pouvoirs attribués à une autorité publique par une règle de droit »[(880)], c'est-à-dire comme une habilitation à créer des normes juridiques[(881)]. À notre sens, les compétences inscrites dans le texte constitutionnel ne forment toutefois pas seulement des titres permettant aux collectivités d'intervenir dans certains domaines. Avec Peter Häberle et Jan-Henrik Klement, nous pensons en effet que leur nature et leur portée sont plurielles. Premièrement, elles constituent des responsabilités pour des collectivités et sont également le creuset d'idéaux politiques relatifs

p. 244 et H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. I de 1830 à 1970*, *op. cit.*, p. 465.

La Cour constitutionnelle a par ailleurs explicité le lien entre compétences culturelles et droit à l'épanouissement culturel dans ses arrêts *Carrefour*, en déclarant que « [d]ans le cadre de leur compétence en matière culturelle, les communautés peuvent prendre toute initiative pour la promotion de la culture et pour concrétiser le droit de chacun à l'épanouissement culturel défini à l'article 23, alinéa 3, 5°, de la Constitution » (C.C., arrêts n° 54/96, du 3 octobre 1996, B.7.2. ; n° 22/98, du 10 mars 1998 ; n° 50/99, du 29 avril 1999 ; n° 56/2000, du 17 mai 2000 ; n° 145/2001, du 20 novembre 2001). Par ailleurs, la Cour a également précisé dans ces arrêts que « la fixation des moyens financiers d'une politique culturelle relève de l'acte de 'régler' les matières culturelles ».

Cet ancrage du droit à la culture dans des règles « objectives » n'est pas exceptionnel. D'ailleurs, certaines Constitutions formulent encore aujourd'hui le droit à la culture sous la forme d'une obligation pour les pouvoirs publics plutôt que sous la forme d'un droit subjectif. La Constitution des Pays-Bas insiste ainsi sur le rôle des pouvoirs publics en prévoyant que ceux-ci « créent des conditions propices à l'épanouissement social et culturel ainsi qu'à l'occupation des loisirs » (Art. 22, 3°, Constitution des Pays-Bas du 17 février 1984). La Constitution grecque prévoit quant à elle que « l'art et la science, la recherche et l'enseignement sont libres » et que « leur développement et leur promotion constituent une obligation de l'État » (Art. 16, Constitution de la République grecque du 9 juin 1975).

(880) M.-A. Flamme, *Droit administratif*, T. I, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 333, note I.

(881) H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, pp. 194-198 ; H. Bribosia et J.-L. Van Boxstael, *Le partage des compétences dans la Belgique fédérale*, Bruges, la Charte, 1995, p. 51.

au bien commun. Elles ne s'inscrivent donc pas seulement dans le registre des autorisations : elles constituent également un ensemble d'injonctions. Ces injonctions n'impliquent pas nécessairement que la collectivité est obligée d'exercer la compétence qui lui est dévolue mais qu'elle doit s'assurer du respect de son exercice et qu'elle doit réagir en cas de non-exercice. Ainsi, cette conception des compétences comme missions ne s'oppose pas à l'application du principe de subsidiarité. Enfin, ces obligations juridiques sont également des impératifs politiques, moraux et philosophiques(882).

292. Le partage des compétences, dans l'ordre juridique belge, se réalise sur la base de critères variés(883), qui véhiculent souvent des missions pour les collectivités fédérées et la collectivité fédérale (884). Certaines compétences sont ainsi formulées en termes d'« objectifs à atteindre »(885), comme « la défense et l'illustration de la langue » ou « la protection du patrimoine ». Dans ces cas, la compétence s'identifie expressément à une mission. D'autres compétences sont établies en lien avec des institutions, comme « les bibliothèques, discothèques et autres services similaires ». Dans ces cas, l'énumération de la mission dévolue à l'autorité visée est plus implicite, mais elle reste certaine : les collectivités reçoivent la mission de perpétuer et de faire fonctionner ces institutions et les objectifs qu'elles poursuivent. Enfin, quand la compétence est décrite en termes de politiques, comme « la politique de la jeunesse », le lien entre compétence et mission est également certain, quoiqu'implicite, puisque la compétence se réfère alors à une série de missions qui constituent la raison d'être des politiques visées.

293. Les missions culturelles découlant de la répartition des compétences solidifient des missions culturelles reconnues par ailleurs auparavant. En droit belge, l'existence de missions culturelles dévolues aux pouvoirs publics est attestée par la jurisprudence dès l'arrêt *Lenaerts*, dans lequel le Conseil d'État évoque la « mission

(882) Voy. P. Häberle, « Verfassungsstaatliche Staatsaufgabenlehre », *AöR,* 111, 1986, pp. 595-611 et J.-H. Klement, *Funktion und Legitimation eines Begriffs im öffentlichen Recht*, Tübingen, Mohr Seibeck, 2006, p. 381.

(883) H. Bribosia et J.-L. Van Boxstael, *Le partage des compétences dans la Belgique fédérale*, *op. cit.*, p. 104.

(884) Nous utilisions ici les distinctions établies par H. Bribosia et J.-L. Van Boxstael (voy. H. Bribosia et J.-L. Van Boxstael, *Le partage des compétences dans la Belgique fédérale*, *op. cit.*, p. 104).

(885) H. Bribosia et J.-L. Van Boxstael, *Le partage des compétences dans la Belgique fédérale*, *op. cit.*, p. 104.

culturelle » de l'autorité, qui implique que l'autorité « doit intervenir de manière active et positive »[886] et notamment « organiser des services publics chargés d'une mission culturelle au sens large »[887]. Le droit à la culture était ainsi déjà visé de manière implicite *via* ces missions culturelles incombant à l'autorité publique, reconnues dès avant la répartition des compétences culturelles, qui lui imposent « d'agir de manière active et positive »[888]. Rappelons que l'État doit trouver une solution pour respecter à la fois ces obligations découlant du droit à la culture et la liberté culturelle (cette solution est, en Belgique, construite autour du principe du pluralisme culturel)[889].

B. L'identification des missions culturelles dans le concept de « matières culturelles »

294. Les « matières culturelles » de l'article 127 de la Constitution doivent être envisagées comme des précisions des missions culturelles confiées aux pouvoirs publics. Le concept constitutionnel de « matières culturelles » emporte ainsi, au-delà de l'élévation de la notion de culture au rang de valeur constitutionnelle[890], l'identification de bon nombre de missions culturelles pour les pouvoirs publics.

Ce concept et ces missions recouvrent à notre sens une certaine portée autonome. Le Conseil d'État, dans son avis du 1er octobre

(886) Globalement, quatre fonctions générales incombent aux pouvoirs publics en matière culturelle. La première concerne l'orientation des objectifs généraux, la réalisation d'enquêtes et d'études sur les matières concernées et le sondage des aspirations de la société. Cette fonction est celle d'une « banque d'idées ». La deuxième grande fonction est celle de constituer un point de rencontre, de diffusion de l'information, de collaboration et de coordination. La troisième a trait à une fonction classique d'assistance à l'égard des secteurs. Enfin, la quatrième mission est une mission d'entrepreneur culturel. Ces missions se déclinent dans chacun des grands secteurs identifiés au début du raisonnement : le patrimoine, la création et le secteur de l'éducation permanente et de la politique de la jeunesse (voy. H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. I de 1830 à 1970*, *op. cit.*, pp. 340-341).

(887) C.E., arrêt *Lenaerts*, n° 13.122, du 25 juillet 1968, *A.A.C.E.*, p. 674. Arrêt UA, p. 16 et H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. I de 1830 à 1970*, *op. cit.*, pp. 464-465.

(888) H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. I de 1830 à 1970*, *op. cit.*, p. 465.

(889) *Ibid.*, p. 465.

(890) J.-M. Pontier, J.-C. Ricci et J. Bourdon, *Droit de la culture*, Paris, Dalloz, 1990, nos 47-48.

1978 relatif à un projet de loi portant sur diverses réformes institutionnelles (dit pacte d'Egmont), a en effet considéré que la notion constitutionnelle de matières culturelles ne peut être tout à fait ouverte, mais doit au contraire tenir compte des deux rapports réalisés lors des transferts de compétences[891]. La question a été posée à la Cour constitutionnelle lors du détachement de la matière des « monuments et sites » de l'article 4 de la loi spéciale et de leur transfert vers les compétences régionales. La Cour fut saisie d'un recours portant sur la question de savoir si le concept de « matières culturelles » avait une portée autonome et si le transfert de la matière des « monuments et sites » impliquait une violation des articles 127 et 39 de la Constitution[892].

Plusieurs arguments peuvent étayer cette idée. D'abord, lors de la révision constitutionnelle de 1970, l'option d'inscrire dans la Constitution elle-même la liste des matières culturelles a été sérieusement envisagée, dans le but d'écarter le risque de voir le contenu de celles-ci dépendre des majorités politiques[893]. Le fait que la liste des matières culturelles a finalement été insérée dans la loi du 21 juillet 1971 sur les conseils culturels ne change rien, selon Jan Velaers, à la volonté du Constituant de déterminer les rubriques culturelles pour qu'elles ne soient pas affectées par les changements de majorité politique. D'ailleurs, cette volonté a été respectée par le législateur spécial en 1970 et en 1980[894]. Enfin, dans un avis ultérieur relatif aux monuments et sites, le Conseil d'État a rappelé cette prédominance culturelle de la matière – qui correspond d'ailleurs au sens commun donné à ces termes de « monuments et sites » –[895], en estimant que « de bescherming van monumenten en landschappen en van het archeologisch patrimonium komt voort

(891) *Doc. parl.*, Chambre, sess. 1977-1978, n° 461/25. N.A., cité in J. Velaers, *De grondwet en de Raad van State, Afdeling wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 398.

(892) C.C., arrêt n° 8/90, du 7 février 1990, A.1.2.A.

(893) *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1969-1970, n° 402, p. 26.

(894) J. Velaers, *De Grondwet en de Raad van State, Afdeling Wetgeving*, *op. cit.*, p. 727. Voy. *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1969-1970, n° 400, pp. 4-5.

(895) Ainsi, comme d'autres rubriques de l'article 4 de la loi spéciale, la qualification de « matière culturelle », correspond au sens commun que l'on donne à la notion de « monuments et sites ». D'ailleurs, les motifs qui ont présidé à la réglementation des monuments et des sites étaient largement d'ordre culturel.

uit de bezorgdheid het cultureel erfgoed van een land en zijn bevolking te handaven en zo mogelijk te vergroten »[896].

S'il existe donc de nombreux arguments pour conclure à l'existence d'une portée autonome au concept de matières culturelles, la question reste toutefois ouverte[897]. La majorité des auteurs paraissent adhérer à la logique du transfert, dans un souci de cohérence[898]. De plus, ni le Conseil d'État ni la Cour constitutionnelle ne se sont réellement prononcés sur cette problématique. Le Conseil d'État, dans l'avis précité, s'il se pose la question de savoir « of de bijzondere wetgever naar eigen goeddunken de inhoud van het grondwettelijk begrip 'culturele aangelegenheden' (of, overigens, het begrip 'persoonsgebonden aangelegenheden') vrij kan bepalen met miskenning van de gangbare betekenis der woorden en ze naar believen kan onderbrengen onder de reikwijdte van artikel 107*quater* van de Grondwet »[899], décide de ne pas trancher la question, estimant qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur la constitutionnalité de ce changement dans la loi de 1980[900]. La Cour constitutionnelle, quant à elle, a déclaré le recours de Robert Scholzen irrecevable pour défaut d'intérêt, sans analyser la question soulevée par celui-ci[901].

295. Pour identifier les missions culturelles, l'étude de l'article 4 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980[902] est

(896) Avis, C.E., section législation, *Doc.,* Parl. Comm. fl., sess. 1992-1993, n° 258/1.

(897) G. Van Hoorick, « Monumenten en stads-en dorpsgezichten in het Vlaamse Gewest », *T.R.O.S.*, 2005, n° 40, p. 337 : « Bij het begin van de staatshervorming in 1970 en in 1980 werd de bevoegdheid inzake 'monumenten en landschappen' als een culturele aangelegenheid aangemerkt, waarvoor in 1980 de Gemeenschappen bevoegd werden. Bij de staatshervorming in 1988 werd deze bevoegdheid overgeheveld naar de Gewesten, vanwege de samenhag met de ruimtelijke ordening, en vooral om zo, naast het Vlaamse en het Waalse Gewest, ook het Brussels Hoofdstedelijke Gewest bevoegd te kunnen maken inzake monumenten en landschappen ».

(898) C.C., arrêt n° 8/90, du 7 février 1990, A.2.1.b.

(899) M. Boes, « De bevoegdheden van de Gewesten en de Gemeenschappen na de grondwetswijziging van 15 juli 1988 en na de wet van 8 augustus 1988 tot wijziging van de bijzondere wet van 8 augustus 1988 tot hervorming der instellingen », in *Staat, Gemeenschappen en Gewesten*, Brugge, die Keure, 1989, p. 16.

(900) C.E., section de législation, *Doc*., Parl. Comm. fl., sess. 1992-1993, n° 258/1.

(901) C.C., arrêt n° 8/90, du 7 février 1990, B. 9.

(902) Cet article ne peut être modifié que par une loi spéciale. en vertu de l'article 127 de la Constitution. Les révisions constitutionnelles de 1970, 1980

nécessaire. En effet, cette disposition constitue le véritable prolongement de l'article 127 de la Constitution[(903)] et précise les « matières culturelles »[(904)] dont on sait qu'elles n'impliquent pas le pouvoir de régler « tout ce qui est culturel »[(905)]. Cette disposition est largement inspirée de l'article 2 de la loi du 21 juillet 1971 relative à la compétence et au fonctionnement des conseils culturels pour la communauté culturelle française et pour la communauté culturelle néerlandaise[(906)].

La portée des rubriques consacrées à l'article 4 est flexible et sujette à interprétation[(907)]. En effet, l'objet concret de plusieurs rubriques de l'article 4 « ne tombe pas sous le sens »[(908)]. Il faut par ailleurs, dans l'identification des missions culturelles, tenir compte

---

et 1988 ont été cruciales pour les matières culturelles. Par contre, lors des révisions de 1993 et de 2001, aucune modification n'est advenue dans la matière (J. Vande Lanotte et G. Goedertier, *Overzicht publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2007, p. 1037, note 20).

(903) Voy. A. Strowel et F. Tulkens, « Le droit d'auteur dans la Belgique fédérale », *Journ. proc.*, 1991, p. 7.

(904) L'énumération des matières culturelles était initialement prévue dans la Constitution. Ainsi, la Commission du Sénat, planchant sur les réformes constitutionnelles, avait d'abord adopté le système de l'insertion dans la Constitution des matières culturelles. Mais, parce qu'insérer une liste de rubriques culturelles risquait de rendre l'article 127 illisible (J. Velaers, *De grondwet en de Raad van State, Afdeling wetgeving*, *op. cit.*, p. 398), la Commission a préféré habiliter le législateur spécial à déterminer la liste des matières culturelles (*Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1969-1970, Rapport fait au nom de la Commission de révision de la Constitution par M. Van Bogaert, n° 402, p. 18-3° et p. 68).

(905) F. Delpérée, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2001, p. 817.

(906) Loi du 21 juillet 1971 relative à la compétence et au fonctionnement des conseils culturels pour la communauté culturelle française et pour la communauté culturelle néerlandaise, *Mon. b.*, 23 juillet 1971, p. 8910. Voy. notamment P. Maystadt, « Les communautés culturelles et les régions », *Ann. dr. Louvain*, 1972, p. 123 ; D. Delooz-Lamers, « Les conseils culturels », *A.P.T.*, 1978, T. 4, p. 293. Vu l'importance pour les compétences culturelles des travaux préparatoires de la loi de 1971 sur les conseils culturels, le Conseil d'État a estimé que l'on peut interpréter l'article 4 de la loi spéciale de 1980 à la lumière des travaux préparatoires de la loi du 21 juillet 1971, *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 1981-1982, 12/2, NA.

(907) Ce qui a d'ailleurs permis d'aboutir à une autonomie totale des communautés dans ce secteur. Voy. M. Uyttendaele, *Précis de droit constitutionnel belge. Regards sur un système institutionnel paradoxal*, *op. cit.*, p. 921. Marc Uyttendaele considère que les matières culturelles sont des matières de « politiques de pleine autonomie ».

(908) M. Pâques, *Droit public élémentaire en quinze leçons*, *op. cit.*, p. 232.

des compétences matérielles, mais aussi des compétences accessoires, telles que « la fixation des moyens financiers d'une politique culturelle »[909], et des compétences ancillaires en la matière[910]. Soulignons de plus que les missions culturelles des pouvoirs publics à l'égard de ces secteurs doivent s'équilibrer avec le principe de la liberté culturelle. À cette fin, plusieurs mécanismes ont été institués pour concilier à la fois la liberté culturelle et les missions culturelles[911]. Toutefois, force est de constater aujourd'hui que ces mécanismes, essentiellement consacrés dans le Pacte culturel, ne sont plus adaptés et sont fortement contestés[912].

§2. *L'identification des missions culturelles dans les compétences culturelles*

296. En tenant compte de ces éléments d'interprétation, la présente section analyse les missions culturelles en se concentrant sur les trois domaines déterminés plus haut : le patrimoine (A), la création (B) et l'éducation permanente et l'animation socio-culturelle (C).

A. **Les missions de conservation et de promotion du patrimoine**

297. Le patrimoine se matérialise dans une série de pièces et de contextes, dénombrés par la loi spéciale de 1980, qui cite le « patrimoine historique, artistique, monumental, architectural, archéologique et scientifique »[913] et à laquelle il faut ajouter le patrimoine immatériel. La notion de patrimoine est protéiforme[914] ; elle recouvre, globalement, l'ensemble des biens et des éléments d'une société dont la transmission de génération en génération est

(909) C.C., arrêt n° 54/96, du 3 octobre 1996.

(910) F. Delpérée, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, *op. cit.*, p. 602.

(911) H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. I de 1830 à 1970*, *op. cit.*, p. 173, pp. 203-226, pp. 245-248, p. 266, pp. 336-357 et pp. 347-543 ; H. Dumont, « Le droit à la culture, ou une liberté-autonomie et un droit-créance peuvent-ils se concilier dans une liberté-participation ? », *op. cit.*, pp. 221-247.

(912) Voy. notamment P. Berckx, « Nog steeds cultuursubsidies in strijd met de cultuurpactwet », *T.B.P.*, 1995, pp. 271-274.

(913) *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1979-1980, 434, n° 2, p. 98.

(914) Voy. notamment, sur la notion de patrimoine, J.-P. Babelon et A. Chastel, *La notion de patrimoine*, Paris, Éditions Liana Levi, 1994.

considérée comme étant nécessaire[915] et qui expriment « les valeurs culturelles inhérentes »[916]. Le patrimoine concerne évidemment au premier plan la protection et la restauration des « monuments et édifices »[917].

La Cour constitutionnelle considère qu'« il y a lieu d'inférer des exemples donnés au cours des travaux préparatoires que, selon l'intention clairement manifestée par le législateur, la notion de patrimoine culturel couvre un large domaine[918] en ce compris 'l'héritage culturel des communautés' ». Dès lors, le patrimoine concerne « outre les biens », « les signes ou les symboles en tant qu'expression d'une culture collective »[919], c'est-à-dire l'intérêt social[920] et culturel[921] de ces biens, qui leur confère un pouvoir de construction et de transmission du sens, de la mémoire et de l'identité.

La protection du patrimoine est une politique essentielle parce qu'elle concerne la transmission des éléments qui matérialisent le développement de l'identité et donnent du sens[922]. Pour reprendre l'expression de François Ost, au-delà de la dimension matérielle, le patrimoine est en effet « un ensemble de valeurs constitutives de l'identité personnelle et collective », qui a trait à « la logique

(915) M. Quintin, *La protection du patrimoine culturel*, *op. cit.*, p. 7.

(916) Voy. sur l'identification des biens relevant du patrimoine, I. Jeurissen et E. Orban de Xivry, « L'identification des biens relevant du patrimoine », *op. cit.*, pp. 3-19 ; F. Allaire, « Les 'trésors nationaux', le propriétaire et l'État », *A.J.D.A.*, 2004, p. 1338. Le patrimoine culturel peut englober aussi bien des « œuvres de l'homme » que des « œuvres de la nature » en Région wallonne (art. 185, al. 2, c, CWATUPE). Le Conseil d'État a considéré, à propos de cette disposition, « que, compte tenu de cette définition, le patrimoine qualifié de 'culturel' inclut des œuvres de la nature, patrimoine naturel, classées en fonction de l'un ou de plusieurs parmi les intérêts 'culturels' que la disposition énumère au même alinéa » (voy. C.E., arrêt *De Marneffe*, n° 215.912, du 20 octobre 2011, p. 9).

(917) *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1979-1980, 434, n° 2, p. 86.

(918) *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1970-1971, n° 400, p. 4.

(919) F. Rigaux, « Le patrimoine culturel : répartition des compétences et conflits de lois », *op. cit.*, p. 52.

(920) Avis C.E., section législation L. 13.697/2, cité dans E. Cerexhe, F. Delpérée, P. de Stexhe, M. Hanotiau, M. Lejeune, P. Tapie, P. Ullmann et J.-M. Van Bol, *Les compétences régionales et communautaires*, *op. cit.*, p. 36.

(921) Sur la notion d'intérêt culturel, M. Cornu, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, *op. cit.*, pp. 15-16.

(922) F. Ost, « Le patrimoine, un concept dialectique adapté à la complexité du milieu », in *Het Milieu – L'environnement*, Turnhout, Congrès Notarial, 1993, p. 36.

de l'être »[923]. Selon l'experte indépendante dans le domaine des droits culturels, la notion de patrimoine renvoie à « quelque chose de dynamique qui a été conçu, construit ou créé, interprété et réinterprété au fil de l'histoire et transmis de génération en génération » qui « fait le pont entre le passé, le présent et l'avenir car il englobe des choses héritées du passé »[924]. Les collectivités compétentes en matière de patrimoine culturel détiennent par conséquent une mission délicate[925] de première importance : préserver, conserver, transmettre et promouvoir cet héritage et cette mémoire[926] de la collectivité[927]. Cette mission particulière de protection ne se justifie pas par la valeur économique des biens, mais par leur grand intérêt culturel. Cet intérêt dépasse d'ailleurs « la sphère des préoccupations simplement locales »[928] si bien que le CWATUPE évoque le « patrimoine commun » et « l'intérêt général » de sa conservation[929]. Dans l'expression « patrimoine culturel », le mot patrimoine

(923) F. Ost, « Déployer le temps. Les conditions de possibilité du temps social », 1997, www.legaltheory.net (European Academy of Legal Theory), p. 36.

(924) Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, *Rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels, Mme Farida Shaheed*, 17e session, 21 mars 2011, A/HRC/17/38, 28 pp.

(925) Cette mission très particulière en matière de patrimoine a souvent été controversée, notamment parce qu'elle peut avoir comme but de répondre à un « besoin identitaire », à des revendications identitaires ou nationalistes. Ces craintes doivent être dépassées car l'intérêt culturel n'équivaut pas forcément à l'intérêt national et que le patrimoine culturel ne doit pas être forcément relié à l'identité nationale (voy. I. Jeurissen et E. Orban de Xivry, « L'identification des biens relevant du patrimoine », *op. cit.*, pp. 3-19 ; M. Quintin, *La protection du patrimoine culturel*, *op. cit.*, pp. 12-13).

(926) Le lien entre patrimoine et mémoire n'est plus à établir. Michel Quintin illustre ce lien par le récent décret de la Communauté française du 13 mars 2009 dont un des objectifs est de favoriser la connaissance de la « mémoire des lieux » (*Mon. b.*, 3 avril 2009). Voy. M. Quintin, *La protection du patrimoine culturel, op. cit.*, p. 8.

(927) Cet aspect ressort particulièrement bien de la définition de la Convention-cadre du Conseil de l'Europe : « le patrimoine culturel constitue un ensemble de ressources héritées du passé que des personnes considèrent, par delà le régime de propriété des biens, comme un reflet et une expression de leurs valeurs, croyances, savoirs et traditions en continuelle évolution. Cela inclut tous les aspects de l'environnement résultant de l'interaction dans le temps entre les personnes et les lieux » Art. 2, A, Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur la valeur du patrimoine culturel pour la société, Faro, 27 octobre 2005.

(928) C.E. (13e ch.), arrêt *ASBL Pétitions-Patrimoine*, n° 96.094, du 1er juin 2001.

(929) Dans ce cadre, ce patrimoine « doit pouvoir être transmis aux générations futures avec les qualités qui sont les siennes ». Avis, C.E., section de

ne doit ainsi pas être compris au sens du droit civil, avec une connotation économique, mais dans « un sens métaphorique »[930]. Ainsi, la compétence attribuée « n'est pas celle d'un propriétaire, il s'agit d'une fonction étatique de protection qui s'apparente au 'domaine éminent' »[931].

Parce que les collectivités fédérées compétentes en matière de patrimoine sont investies de la responsabilité de sauvegarder tous les biens qu'elles estiment relever de l'héritage collectif, leurs compétences s'étendent aux biens d'autres collectivités publiques, de musées ou même de collections privées. Dans ce dernier cas, ce sera à la Cour constitutionnelle d'examiner si l'équilibre a été respecté entre la protection du droit de propriété effectuée par l'État fédéral et les mesures des communautés et des régions en matière de patrimoine culturel[932]. Sur ce point, la Cour a d'ailleurs admis que les obligations liées à l'article 23 sont de nature à justifier des atteintes portées à d'autres droits fondamentaux, tels que le droit de propriété[933]. Le Conseil d'État a déjà établi que la compétence de protection du patrimoine implique « sans aucun doute » le pouvoir d'imposer à des personnes privées propriétaires de pièces relevant du patrimoine des obligations déterminées, qui peuvent interférer avec leur droit à la propriété[934]. Pour le Conseil d'État, cette

législation, n° 25.689 des 25 février et 5 mars 1997, *Doc.*, Parl. wall., sess. 1996-1997, n° 233/1, p. 70.

(930) F. Rigaux, « Le patrimoine culturel : répartition des compétences et conflits de lois », *op. cit.*, p. 52.

(931) F. Rigaux, *ibid.*, p. 52 et Q. Byrne-Sutton, *Le trafic international des biens culturels sous l'angle de leur revendication par l'État d'origine*, Zurich, Schulthess, Études suisses de droit international, 1988, Vol. 52, pp. 90-92.

(932) F. Rigaux, « Le patrimoine culturel : répartition des compétences et conflits de lois », *op. cit.*, p. 52.

(933) C.C., arrêt n° 62/2007, du 18 avril 2007, B.5.3. Aurélien Vandeburie estime donc que les obligations qui découlent de l'article 23 interviennent comme « un élément d'appréciation à prendre en considération dans l'examen de la proportionnalité de la mesure à propos de laquelle la Haute juridiction est interrogée » (A. Vandeburie, « Le rôle de la Cour constitutionnelle de Belgique dans la protection des droits économiques, sociaux et culturels garantis par l'article 23 de la Constitution (avant et après la loi spéciale du 9 mars 2003) – Mise en perspective de l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 66/2007, du 26 avril 2007 », *C.D.P.K.*, 2006, p. 138.

(934) Voy. sur les équilibres entre droit de propriété et politiques de protection des monuments, A. Coppens, « De bescherming van monumenten, stads- en dorps-gezichten, en de rechtstoestand van de eigenaars en de andere zakelijke gerechtigden », *R.W.*, 1994-1995, pp. 330-331.

possibilité d'inférence avec les propriétés privées est inhérente à la volonté de protéger le patrimoine[935].

Le détail des missions en matière de patrimoine a été énoncé dans les travaux préparatoires. Ces missions concernent, entre autres, « la réglementation relative à l'exportation d'œuvres d'art ; l'obligation de dépôt auprès d'une institution de droit public d'un ou de plusieurs exemplaires de toute publication quelconque qui est multipliée au moyen de l'imprimerie ou de procédés phonographiques ou cinématographiques ; la conservation obligatoire d'enregistrements radiophoniques ou télévisés revêtant un intérêt pour l'histoire de la civilisation ; l'obligation d'inventorier et de déposer les archives appartenant à des personnes de droit public ; la fixation des règles de dépôt d'archives par des personnes de droit privé [...] »[936]. Il y a lieu d'y ajouter la protection, la promotion et la diffusion du patrimoine culturel immatériel ; le soutien aux musées et institutions scientifiques ; la conservation, le classement, la restauration, la valorisation, la promotion, le subventionnement et le maintien des monuments, des sites, les découvertes archéologiques[937] et des biens culturels mobiliers ; les missions en matière d'héraldique, qui touchent aux symboles et à la représentation des collectivités ; les missions de conservation des archives à caractère culturel, les missions de création et de subventionnement des musées qui assument des missions de conservation, de promotion de recherche scientifique et de service aux tiers[938].

(935) Avis, C.E., section de législation, *Doc.*, Parl. Comm. comm. fl., BZ 77, 55/3, NA.

(936) *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1970-1971, Projet de loi portant exécution de l'article 59*bis*, §§ 1er et 2 de la Constitution, Exposé des motifs, n° 400, R.A 8633, pp. 4-5. Voy. également *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1969-1970, Rapport fait au nom de la Commission de révision de la Constitution par M. Van Bogaert, n° 402, pp. 26-27. Voy. aussi Avis C.E, section législation, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 1991-1992, 462/2 ; Avis C.E., section législation, *Doc.*, Parl. Comm. fl., sess. 1984-1985, 300/1.

(937) *Doc. parl.*, Chambre, sess. 1988, n° 516/1, p. 6.

(938) Voy. notamment A.R. du 20 avril 1965 relatif au statut organique des établissements scientifiques de l'État, *Mon. b.*, 15 mai 1965 ; A.R. du 22 janvier 2003 relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management au sein des établissements scientifiques de l'État et apportant diverses modifications aux statuts du personnel des établissements scientifiques de l'État, *Mon. b.*, 30 janvier 2003.

298. Les missions culturelles qui ressortent de la répartition des compétences culturelles en matière de patrimoine se structurent autour de trois axes. Le premier concerne la conservation des éléments matériels ou immatériels du patrimoine en raison de leur valeur historique, scientifique ou esthétique et de leur place importante dans la construction du sens et de l'identité. Le deuxième concerne la valorisation des éléments matériels ou immatériels du patrimoine, par la recherche scientifique, la réflexion, l'ouverture aux publics et, d'une manière générale, l'accès. Le troisième concerne la transmission et la diffusion, à la fois des éléments du patrimoine en eux-mêmes, par des procédés éducatifs et de médiation culturelle, mais aussi des démarches de recherche de sens et de création, voire des symboles, qu'il véhicule.

B. Les missions de soutien et de promotion de la création artistique et sa diffusion

299. La deuxième grande catégorie d'interventions étatiques en matière culturelle concerne le soutien aux activités culturelles de création et de production. Les missions dans ce secteur visent évidemment à favoriser la création – entendue au sens large – à susciter et promouvoir les œuvres culturelles et à stimuler le soutien privé[(939)].

300. La première mission confiée dans ce secteur par la Constitution concerne « la défense et l'illustration de la langue ». Cette expression particulière, qui fait écho au manifeste littéraire écrit en 1549 par le poète français Joachim du Bellay en faveur de la langue

---

Voy. également, sur le détail de ces missions, les rappels effectués par la Cour constitutionnelle, notamment dans son arrêt du 17 mars 2010 (n° 25/2010).

(939) F. Jongen, « L'aide à l'activité artistique : intervention des pouvoirs publics et stimulation du soutien privé », *Ann. dr. Louvain*, 1988, n° 3-4, pp. 459-460.

Voy. également X. Canonne, « Politique d'achat, achat politique », in *L'artiste et les diverses formes de pouvoir dans la société d'aujourd'hui*, Bruxelles, Académie royale de Belgique, 1993, pp. 113-118 ; J. Leduc, « La création artistique en Belgique aux prises avec la législation », in *L'artiste et les diverses formes de pouvoir dans la société d'aujourd'hui*, Actes du colloque 30-31 octobre 1992, Bruxelles, Publications de la Classe des Beaux-Arts de l'Académie de Bruxelles, 1993, pp. 91-98 ; P. Danblon, « La création et ses moyens d'existence », in *L'artiste et les diverses formes de pouvoir dans la société d'aujourd'hui, op. cit.*, 1993, pp. 21-30 ; les conclusions de J. Leduc de l'ouvrage précité.

française[940], assigne aux Communautés un objectif clair par rapport à la langue entendue comme « instrument de culture »[941] : celui de soutenir la création littéraire et également sa diffusion, à l'intérieur comme à l'extérieur du pays.

301. La deuxième mission concerne les « beaux-arts », à l'égard desquels les pouvoirs publics assument des missions générales de soutien et de promotion mais aussi des missions de régulation. La notion de « beaux-arts » dans l'article 4 de loi spéciale de 1980 doit être comprise dans son sens le plus large : littérature, musique, théâtre, ballet, cinéma, arts de la scène et arts plastiques[942]. L'opéra se fond également dans cette notion décidément extensible[943]. À cet égard, il est intéressant de relever la suppression de l'expression « y compris le théâtre et le cinéma » par la loi spéciale de 1980. Cette expression était considérée comme superflue mais aussi comme dangereuse. En effet, les parlementaires ont voulu éviter que l'on exclue des formes telles que les « concerts, cirques, music-hall, chansons, chorales »[944] de la notion de « beaux-arts ».

Les missions qu'emporte l'article 4, 3° à l'égard des beaux-arts concernent notamment l'encouragement du mécénat ; le soutien à la création, la stimulation de cette création ; le soutien à la production, à la diffusion et la promotion de la création, à l'étranger ou sur le sol belge, en favorisant l'éducation, les espaces de création et l'information. Elles concernent également, à travers la mention des « loisirs », le soutien aux pratiques artistiques amateures, l'encadrement de ces pratiques et leur accessibilité. Cette mission est importante car elle concerne l'expression créative de manière générale, alors que se dissout la distinction entre professionnels et amateurs.

(940) Ce dont les parlementaires se réjouissent (voy. *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1969-1970, Rapport fait au nom de la Commission de révision de la Constitution par M. Van Bogaert, n° 402, p. 19).

(941) *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1969-1970, Rapport fait au nom de la Commission de révision de la Constitution par M. Van Bogaert, n° 402, p. 19.

(942) *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1970-1971, Projet de loi portant exécution de l'article 59*bis*, §§ 1er et 2 de la Constitution, Exposé des motifs, n° 400, R.A 8633, p. 4 ; *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1979-1980, n° 434, p. 1 (Exposé des motifs) ; *Doc. parl.*, Sénat, sess extr. 1979-1980, n° 434/2, p. 88 ; *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1969-1970, Rapport fait au nom de la Commission de révision de la Constitution par M. Van Bogaert, n° 402, p. 26.

(943) *Doc.*, Parl. Comm. fl., sess. 1994-1995, 699/1, NN.

(944) *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1979-1980, 434, n° 2, p. 95.

Enfin, l'aide publique a également pour vocation d'inciter l'aide privée au secteur. Ces missions culturelles permettent de favoriser la liberté de créer et doivent donc se concilier avec les exigences découlant de la liberté d'expression artistique.

C. Les missions en matière d'éducation permanente, d'animation socio-culturelle, de politique de la jeunesse et de Lecture publique

302. Caractérisées par un lien fort avec les domaines de l'enseignement et de la formation[(945)] et surtout avec la démocratie culturelle et l'animation socio-culturelle, l'éducation permanente, la politique de la jeunesse, les bibliothèques publiques et services similaires sont des politiques mises en place dans des buts précis. Érigées en compétences, ces politiques véhiculent des missions très explicites, qui se situent au cœur des processus de démocratisation de la culture et de la démocratie culturelle, que l'on détaillera donc ***infra***.

1. Les missions culturelles en matière d'éducation permanente et de politique de la jeunesse

303. L'interprétation de la compétence communautaire en matière d'éducation permanente et de politique de la jeunesse en termes de missions culturelles est évidente, tant ces deux politiques poursuivent des objectifs culturels explicites de démocratie culturelle et de démocratisation de la culture sur lesquels on reviendra dans le point suivant.

L'éducation permanente a été définie par les parlementaires comme « tout ce qui contribue à l'épanouissement culturel des adultes au sens large comme les associations créées par la libre initiative des citoyens, les conférences, les cours, les institutions de formation familiale, sociale et civique, l'organisation du développement communautaire, mais à l'exclusion de l'enseignement au sens traditionnel »[(946)].

Le secteur repose sur quatre grandes caractéristiques : la liberté des adhésions, l'auto-orientation, l'auto-encadrement et le

(945) E. Cerexhe, *Tout savoir sur la Réforme de l'État*, 3e éd., Diegem, Kluwer, 1993, p. 48.

(946) *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1970-1971, Projet de loi portant exécution de l'article 59*bis*, §§ 1er et 2 de la Constitution, Exposé des motifs, n° 400, R.A 8633, p. 5.

pluralisme[947]. Il a contribué à redéfinir les missions culturelles de l'État. L'État doit non seulement respecter la liberté des associations et de leur action mais aussi favoriser leur participation dans la définition et la direction des politiques qui les concernent. Il doit aider et soutenir ces associations, à travers la formation des cadres, la mise à disposition de locaux notamment tout en respectant leur indépendance. Il doit fournir des aides et des services sans déterminer l'orientation des associations[948].

Dans la perspective de la démocratie culturelle, l'éducation permanente reçoit également de nouvelles missions : celle de faire advenir « participation, travail solidaire, conscience critique, choix raisonnés »[949]. L'État, dans ce cadre, est responsable de la mise en œuvre d'un lien entre l'enseignement et l'éducation permanente, de la coordination du secteur et du soutien à ce secteur[950]. Il doit également suivre l'évolution de la société, interroger les mouvements et soutenir les postures critiques, tâche difficile s'il en est[951].

2. Les missions culturelles en matière de bibliothèques et services similaires

304. Sur la base de l'article 4, 5° de la loi spéciale du 8 août 1980, les Communautés sont compétentes, pour « les bibliothèques, discothèques et services similaires ». Ces termes visent « toutes formes de collections mises à la disposition du public »[952]. L'objectif poursuivi par ces institutions est contenu dans leur définition même : elles visent la démocratisation du savoir et de la culture et l'animation autour de la culture.

(947) H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. I de 1830 à 1970*, *op. cit.*, p. 263.

(948) *Ibid*., p. 264.

(949) A. Parisis, *Culture et Communauté*, p. 61, cité dans H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. I de 1830 à 1970*, *op. cit.*, p. 328.

(950) D. Van Damme, « Uitdagingen voor het overheidsbeleid inzake permanente educatie », *T.O.R.B.*, 1994-1995, pp. 172-184.

(951) D. Van Damme et E. Legiest, « De deelname aan permanente vorming. Een verkenning van enkele kenmerken van de participatie aan de volwasseneneducatie in Vlaanderen », *T.O.R.B.*, 1999-2000, pp. 169-183.

(952) *Doc. parl*., Sénat, sess. ord. 1970-1971, Projet de loi portant exécution de l'article 59*bis*, §§ 1er et 2 de la Constitution, Exposé des motifs, n° 400, R.A 8633, p. 5.

La loi du 17 octobre 1921 relative aux bibliothèques publiques[953] crée trois types de bibliothèques publiques : les communales, les « adoptées » et les libres. Leur mission principale réside dans les conditions de reconnaissance posées dans la loi : accessibilité à tous, gratuité sauf perception de certains droits pour les prêts à domicile, soumission à l'inspection de l'État et gestion par un bibliothécaire ayant des compétences reconnues dans le domaine[954].

Afin de favoriser la neutralité, Jules Destrée avait espéré imposer l'obligation de créer une bibliothèque dans chaque commune. Cependant, il a dû reculer face à l'opposition des trois grands mondes sociologiques. La neutralité du secteur, et donc l'équilibre entre les missions de démocratisation et la liberté culturelle, doit finalement être trouvée dans une appréciation de l'ensemble du réseau des bibliothèques publiques et non dans chaque bibliothèque. C'est donc la « liberté subsidiée » qui prévaut. Dans ce cadre, la mission des pouvoirs publics est d'assurer un équilibre dans l'ensemble de ce monde subventionné, en définissant des missions de base et en consultant les piliers sur les objectifs culturels à déterminer[955]. Ces missions ont été revues à la hausse lors de la communautarisation des matières culturelles. Selon les travaux parlementaires, relèvent des missions des Communautés la « création et la conservation d'institutions, l'acquisition d'ouvrages, ainsi que l'encouragement de la formation du personnel spécialisé requis (bibliothécaires…) »[956] mais également l'animation socio-culturelle autour de la lecture et la médiation culturelle.

305. La mission en matière de bibliothèques doit aujourd'hui être actualisée face aux enjeux liés aux bibliothèques numériques. Ces dernières opèrent une redéfinition de l'équilibre entre droit d'auteur et droits du public. La mission des pouvoirs publics d'assurer un équilibre entre ces intérêts s'en trouve renouvelée et doit être assumée[957].

(953) *Mon. b.*, 19 novembre 1921.

(954) H. DUMONT, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. I de 1830 à 1970*, *op. cit.*, pp. 219-221.

(955) *Ibid.*, pp. 221-224.

(956) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1970-1971, Projet de loi portant exécution de l'article 59*bis*, §§ 1er et 2 de la Constitution, n° 400, R.A 8633, p. 5 ; *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1979-1980, 434, n° 2, p. 86.

(957) A. ZOLLINGER, « Les bibliothèques numériques, ou comment concilier droit à la culture et droit d'auteur », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 21 juin 2007, n° 25, pp. 1784 et s.

3. Les missions culturelles en matière d'animation socio-culturelle, de formation artistique et d'enseignement artistique

306. La mission principale des pouvoirs publics en la matière réside sans aucun doute dans un soutien financier au secteur[958], la coordination de celui-ci et l'instauration d'objectifs généraux. Cette mission concerne en premier lieu les Centres culturels, qui relèvent à l'évidence des compétences des Communautés.

D. Les missions en matière de coopération culturelle internationale

307. Dès 1970, la Constitution a été modifiée afin de doter les conseils culturels de missions en matière culturelle sur le plan international. La compétence de régler la coopération culturelle internationale se fondait sur une disposition constitutionnelle « passablement confuse »[959] qui a été précisée par une loi du 20 janvier 1978. Cette loi accorde aux conseils culturels la compétence d'assentiment aux traités relatifs aux matières culturelles. Les fondements d'une politique culturelle internationale étaient ainsi posés. L'article 167 de la Constitution consacre désormais la compétence des Communautés et des régions à conclure des Traités. L'ampleur que peut revêtir cette mission culturelle internationale des Communautés[960] est grandissante à mesure que s'accroît l'enjeu culturel sur la scène internationale.

308. À la suite de cette communautarisation des politiques culturelles internationales, divers mécanismes de coopération et de prévention ont été mis sur pied au niveau fédéral[961]. En effet, la défédéralisation des relations internationales aboutit à une

(958) C. Van Geel, « Nieuwe subsidieregels voor Vlaamse instellingen voor sociaal-cultureel volwassenenwerk », *VZW info*, 2009, liv. 3, pp. 3-8.

(959) M. Uyttendaele, *Précis de droit constitutionnel belge. Regards sur un système institutionnel paradoxal*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1035.

(960) Voy. notamment, pour un point de vue de politique internationale, K. Matsuura, « L'enjeu culturel au cœur des relations internationales », *Politique étrangère*, 2006, n° 4, pp. 1045-1057.

(961) M. Uyttendaele, *Précis de droit constitutionnel belge. Regards sur un système institutionnel paradoxal*, *op. cit.*, pp. 1037 et s.

augmentation des accords de coopération[962]. Les collectivités ont ainsi reçu comme mission de coopérer en matière culturelle avec les autres collectivités responsables de la culture pour coordonner voire harmoniser les politiques culturelles extérieures[963] ou afin d'opérationnaliser la répartition des compétences qui est parfois impossible à respecter[964].

(962) H. Dumont, « L'État belge résistera-t-il à sa contractualisation ? Considérations critiques sur la mode belge des accords de coopération », *Rev. dr. ULB*, 2006, n° 33, p. 319.

(963) Voy. Accord de coopération du 20 mars 2008 entre la Communauté française, la Région wallonne et la Commission communautaire française de la Région de Bruxelles-Capitale créant une entité commune pour les relations internationales de Wallonie-Bruxelles, *Mon. b.*, 23 mai 2008 ; Accord de coopération du 27 mars 2006 entre la Communauté française, la Région wallonne, la Communauté germanophone et la Commission communautaire française de la Région de Bruxelles-Capitale, instituant la « Commission consultative francophone et germanophone pour l'UNESCO », *Mon. b.*, 11 juin 2007.

(964) Voy. e.a. Accord de coopération du 3 avril 2009 entre la Communauté Wallonie-Bruxelles et la Région wallonne portant création du titre de « Métropole Culture en Communauté Wallonie-Bruxelles », *Mon. b.*, 27 juillet 2009 ; Accord de coopération du 27 mars 2009, conclu à Bruxelles, entre la Communauté française, la Région wallonne et la Commission communautaire française concernant la création du Service francophone des Métiers et des Qualifications (en abrégé « S.F.M.Q. »), *Mon. b.*, 2 juin 2009 ; Accord de coopération du 26 mars 2009, entre la Communauté Wallonie-Bruxelles et la Commission communautaire française portant création du titre de « Métropole Culture en Communauté Wallonie-Bruxelles », *Mon. b.*, 27 juillet 2009 ; Accord de coopération du 30 janvier 2009 entre la Région wallonne et la Communauté française en vue de la cogestion du Domaine de Mariemont, *Mon. b.*, 27 mai 2009 ; Accord de coopération du 23 janvier 2009 entre la Communauté française, la Région wallonne et la Commission communautaire française visant la coordination des politiques d'intervention en lien avec le milieu carcéral, *Mon. b.*, 25 août 2009 ; Accord de coopération du 19 octobre 2006 relatif à la mise en œuvre et à la gestion du programme d'action communautaire intégré d'éducation et de formation tout au long de la vie, et à la création de l'Agence francophone pour l'éducation et la formation tout au long de la vie conclu entre la Communauté française, la Région wallonne et la Commission communautaire française de la Région de Bruxelles-Capitale, *Mon. b.*, 12 juillet 2007 ; Accord de coopération du 5 mai 1998 entre l'État fédéral, les Communautés et les Régions relatif à la continuité de la politique en matière de pauvreté, *Mon. b.*, 10 juillet 1999 ; Accord de coopération, conclu le 20 février 1995, relatif à la Formation permanente pour les Classes moyennes et les petites et moyennes entreprises et la tutelle de l'Institut de Formation permanente pour les Classes moyennes et les petites et moyennes entreprises, par la Commission communautaire française, la Communauté française et la Région wallonne, *Mon. b.*, 13 septembre 1995 ; Accord de coopération du 19 avril 1965 entre la Commission communautaire française de Bruxelles-Capitale et la Région wallonne visant à garantir la libre circulation des personnes handicapées, *Mon. b.*, 14 juin 1965.

§3. *Missions culturelles et fonctions des politiques culturelles*

309. Les missions culturelles dévolues aux pouvoirs publics par le biais de la répartition des compétences culturelles révèlent les fonctions que les politiques culturelles menées par les autorités publiques assument. Afin d'identifier ces différentes fonctions, nous mobilisons ici une analyse sociologique et politique.

Plusieurs fonctions sont classiquement retenues aux politiques publiques culturelles. Hugues Dumont, s'inspirant d'Evelyne Ritaine, en retient deux(965). La première fonction est appelée « fonction de rassemblement » et est liée à l'affirmation d'une identité nationale (A). Elle s'appuie essentiellement sur les missions relatives à la conservation et à la transmission du patrimoine et sur certaines missions relatives à la création artistique. L'influence des politiques d'égalité des chances et la volonté de combattre les mécanismes de distinction culturelle ont contribué à définir deux autres fonctions aux politiques culturelles : la démocratisation (B) et la démocratie culturelle (C). Ces deux dernières fonctions apparaissent comme toile de fond des missions en matière d'éducation permanente, de bibliothèques, d'animation socio-culturelle et de formation artistique. Elles ont également trait à certaines missions en matière de création artistique. Ces différentes fonctions se sont enrichies de nouveaux objectifs de l'interculturalité, qui visent à la rencontre entre plusieurs cultures comprises dans un sens anthropologique, et de la diversité culturelle, qui tend essentiellement à soutenir une production culturelle en suffisance et diversifiée (D).

A. **La fonction de « rassemblement »**

310. La première fonction classique est la « fonction de rassemblement », de fédération des individus autour d'une culture commune(966). Il existe deux versions à cette fonction. La première peut

(965) L'expression « fonction de rassemblement » provient des écrits d'Evelyne Ritaine, *Les stratèges de la culture*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1983 et d'Hugues Dumont, « La genèse des principes directeurs du droit public belge de la culture entre 1830 et 1940 », in *L'argent des arts. La politique artistique des pouvoirs publics en Belgique de 1830 à 1940*, G. Kurgan-van Henteryk et V. Montens (dir.), Bruxelles, Éditions de l'Université libre de Bruxelles, 2001, p. 39.

(966) H. Dumont, « La genèse des principes directeurs du droit public belge de la culture entre 1830 et 1940 », *op. cit.*, p. 39 ; H. Dumont, *Le pluralisme*

amener l'État à une politique culturelle d'homogénéisation, comme en France, ce qu'Hugues Dumont appelle la version constructiviste. L'utilisation des arts à des fins patriotiques a également déjà été réalisée, comme un moyen de réification et de concrétisation des transformations en cours(967). Selon une deuxième version, que Hugues Dumont qualifie de « protectrice », la fonction de rassemblement est interprétée comme impliquant la défense d'une ou de plusieurs identités culturelles préexistantes.

311. En ce qui concerne la Belgique, Hugues Dumont constate qu'avant l'existence des Communautés, l'État unitaire belge s'est largement satisfait d'une politique culturelle de rassemblement, dans une version constructiviste. Au lendemain de la Révolution belge, les groupes dominants vont en effet chercher à créer un sentiment national et à rassembler la population autour d'une identité que l'on a cru pouvoir façonner notamment avec la culture(968), réputée être un vecteur de l'histoire nationale et de l'identité nationale, notamment par rapport à l'étranger. Ainsi, on trouve ici la volonté de répandre à l'étranger la gloire du pays, « parce qu'il n'y a pas de meilleur emploi de l'argent que de soutenir les Beaux-Arts qui font la gloire du pays où ils ont été cultivés »(969).

L'objectif que le tout jeune État belge se donne en termes de rassemblement est très ambitieux ; il veut construire un sentiment national en exaltant les sciences, les lettres et les arts. Cependant, les moyens qu'il mobilise à cette fin sont médiocres(970). Ainsi, la

idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. I de 1830 à 1970, *op. cit.*, pp. 79-84.

(967) A. H. Levy, *Government and the Arts. Debates over Federal Support of the Arts in America from George Washington to Jesse Helms*, *op. cit.*, p. 9.

(968) H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. I de 1830 à 1970*, *op. cit.*, pp. 79-80.

(969) Intervention de Angilis, *Mon. b.*, 25 février 1834.

(970) La politique culturelle se résume pendant longtemps à une politique artistique de soutien modeste à l'Académie royale des sciences, des lettres et des Beaux-Arts de Belgique, à une série d'institutions scientifiques et artistiques et à la Commission pour la conservation des monuments du pays. L'État réorganise l'Académie royale des sciences, des lettres et des Beaux-Arts de l'impératrice Marie-Thérèse, par un arrêté royal du 1er décembre 1845. Il crée les conservatoires royaux de musique de Liège, Bruxelles, Gand, Anvers, l'Académie royale des Beaux-Arts à Anvers, fondée avec les pouvoirs communaux, les Musées royaux des Beaux-Arts de Belgique, le Musée royal d'histoire naturelle et la Bibliothèque royale. En matière de conservation des monuments, une commission pour la conservation des monuments du pays est instaurée par

vivacité de la vie culturelle belge durant cette période résulte plus d'un « contexte favorable » que d'une action importante des pouvoirs publics[971]. De plus, l'idée qui a guidé les politiques culturelles du 19e siècle était erronée : on a cru que l'identité culturelle de la Belgique équivaudrait à la rencontre de la Flandre avec une langue française que les masses populaires ne parlaient pas. Les moyens médiocres et l'intuition fausse ont conduit au renforcement du sentiment flamand, à l'émergence d'un sentiment wallon et une initiative privée reprenant à son compte l'objectif de rassemblement[972].

B. **La fonction de « démocratisation de la culture »**

312. Le deuxième type de fonction classique assignée à l'action artistique de l'État, telle qu'identifiée par Evelyne Ritaine et Hugues Dumont, a trait à la « démocratisation » de l'accès des individus à la culture. Cette mission a été fondatrice de nos politiques culturelles. Dans sa version classique, la démocratisation de la culture consiste à « soutenir les artistes et multiplier les lieux de diffusion des créations artistiques pour les mettre à disposition de tous »[973].

313. En ce qui concerne la Belgique, Hugues Dumont considère qu'une politique de démocratisation de la culture n'a été mise en œuvre qu'à partir de la reconnaissance de l'autonomie culturelle aux Communautés et qu'on ne peut parler en Belgique de politique de démocratisation culturelle avant les années 1960-1970[974]. Si, dès 1895, Jules Destrée évoque à la Chambre les idées socialistes en

arrêté royal du 7 janvier 1835. Hugues Dumont relève, en plus de ce constat bien faible, un désintérêt des instances dirigeantes pour le domaine artistique, comme en témoigne l'indifférence manifestée pour la réorganisation de l'Académie (voy. H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. I de 1830 à 1970*, *op. cit.*, pp. 81-83).

(971) *Ibid.*, pp. 82-84.

(972) H. Dumont, « La genèse des principes directeurs du droit public belge de la culture entre 1830 et 1940 », *op. cit.*, p. 39 ; H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. I de 1830 à 1970*, *op. cit.*, pp. 89-95.

(973) H. Dumont, « La genèse des principes directeurs du droit public belge de la culture entre 1830 et 1940 », *op. cit.*, p. 25 ; H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. I de 1830 à 1970*, *op. cit.*, pp. 97-98.

(974) H. Dumont« La genèse des principes directeurs du droit public belge de la culture entre 1830 et 1940 », *op. cit.*, p. 25 ; H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. I de 1830 à 1970*, *op. cit.*, Vol. II et III.

matière d'art[975], il est vrai que ces réflexions restent limitées à une époque où les inégalités culturelles, au même titre que les inégalités socio-économiques, paraissaient encore « naturelles » au pouvoir politique[976]. Face à cette carence du pouvoir politique, Hugues Dumont constate que ce sont des organisations privées qui, les premières, lanceront les fondations de la démocratisation de la culture entraînant la pilarisation du secteur[977]. En ce qui concerne les initiatives publiques, elles restent, en dehors de l'arrêté royal du 5 septembre 1921 concernant les conditions générales d'octroi de subsides aux œuvres complémentaires de l'école[978] et à l'exception des mesures prises à l'égard des bibliothèques publiques, très modestes[979].

(975) V. Montens, « Finances publiques et art en Belgique (1830-1940) », in *L'argent des arts*, *op. cit.*, pp. 15-16.

(976) H. Dumont, « Les politiques culturelles et la création en Belgique. Quelques repères historiques et juridiques », in *Profils de la création*, B. Libois et A. Strowel (dir.), *op. cit.*, p. 201.

(977) Afin de lutter contre l'hégémonie catholique, le monde libéral jette les bases de la démocratisation dans le domaine des écoles pour adultes, des bibliothèques et de l'éducation populaire. Puis, « par effet de 'miroir' et de spirale, le monde catholique et, ensuite, le monde socialiste vont mettre sur pied un réseau particulièrement dense d'institutions actives en matière d'éducation populaire » (voy., sur les piliers, H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. I de 1830 à 1970*, *op. cit.*, pp. 97-119). À la fin du 19e siècle, « pilarisation » oblige, toutes les initiatives d'intérêt général dans le domaine de la démocratisation du savoir, de l'éducation des adultes et des bibliothèques publiques sont prises en charge par des mouvements privés, qui jouent le rôle de « substituts » face à l'absence de politique de démocratisation et qui sont indéniablement « colorés » au point de vue idéologique et philosophique (H. Dumont, « La genèse des principes directeurs du droit public belge de la culture entre 1830 et 1940 », *op. cit.*, p. 25 ; H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. I de 1830 à 1970*, *op. cit.*, pp. 97-119 ; H. Dumont, « Les politiques culturelles et la création en Belgique. Quelques repères historiques et juridiques », *op. cit.*, p. 201).

(978) Cette disposition vise les « universités populaires, extensions universitaires, cercles d'études et de conférence » et porte sur « toutes [les] œuvres analogues de diffusion scientifique ou artistique, à l'exclusion de celles relevant de l'administration des beaux-arts » (*Mon. b.*, 21-22 novembre 1921. Le fondement de cet arrêté se trouve à l'article 13 du budget des ministres des sciences et des arts pour l'année 1921).

(979) Voy. en outre, pour les initiatives précédant la démocratisation de la culture, l'adoption, le 17 octobre 1921, de la loi relative aux bibliothèques publiques (*Mon. b.*, 19 novembre 1921). En 1922, l'asbl publique du Palais des Beaux-Arts est constituée. Le 18 juin 1930, la loi relative à la fondation de l'Institut national belge de radiodiffusion est adoptée (*Mon. b.*, 23-24 juin 1930). Ce n'est qu'en 1945 que la politique du théâtre est inscrite clairement dans la logique de la démocratisation de la culture, malgré son rattachement au secteur des Beaux-arts.

314. Nombreux sont ceux qui ont insisté sur l'« ambiguïté originelle du projet »[980] de démocratisation, qui oscillerait constamment entre une politique réduite à la simple « invitation » à la culture (impliquant essentiellement un combat contre les inégalités géographiques et financières par la décentralisation) et une politique ouverte à l'« initiation » à cette culture au travers d'une médiation culturelle, d'une éducation à la culture et de politiques visant à dépasser les obstacles symboliques à l'accès à la culture. Ainsi, par exemple, tout laisse à penser que Malraux[981], souvent présenté comme le père de la démocratisation de la culture, voulait rendre la culture « disponible » et non pas « accessible »[982].

La démocratisation de la culture n'a donc pas été pensée en termes de « contamination par contiguïté » avec d'autres formes culturelles moins « sélectives » ni en termes d'apprentissage[983] mais cette politique est restée globalement ancrée dans la théorie du « choc » et de la révélation que les œuvres d'art sont censées produire chez les spectateurs. Cette théorie reposerait sur l'idée qu'il n'y a nul besoin de passer par « la médiation du concept », que « l'œuvre se suffit à elle-même »[984] et que l'art a un double pouvoir, celui « d'affectation psychique et de transmission »[985]. Par conséquent, « le développement des politiques culturelles dans les années 1960-1970 s'est

(980) O. Donnat, « La démocratisation à l'heure des bilans : le cas de la France », in *Démocratisation de la culture ou démocratie culturelle ? Deux logiques d'action publique*, G. Bellavance (dir.), Québec, Presses de l'Université de Laval, 2000, p. 31.

(981) André Malraux, écrivain et homme politique, est devenu Ministre d'État chargé des Affaires culturelles en janvier 1959. Il a renoué avec les idées du Front populaire en ce qui concerne la culture et a lancé une vaste politique de démocratisation de la culture en France.

(982) O. Donnat, « La démocratisation à l'heure des bilans : le cas de la France », *op. cit.*, p. 32.

(983) Voy., pour un modèle opposant la démocratisation par « contiguïté » (formation du goût par le mélange de pratiques culturelles populaires et pratiques « sélectives », objectif de susciter la demande, volonté de se reposer sur un milieu culturel existant) et la démocratisation par « choc électif » (démocratisation par le choc et la révélation des œuvres, qui impose une exigence de perfection et de sélection très importante de l'offre sans se reposer sur un milieu socialisé préexistant), P. Urfalino, *L'invention de la politique culturelle*, Paris, Hachette, 2004, spéc. pp. 117-141.

(984) O. Donnat, « La démocratisation à l'heure des bilans : le cas de la France », *op. cit.*, p. 39.

(985) J. Caune, *La démocratisation culturelle, une médiation à bout de souffle*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, coll. Arts et culture, 2006, p. 104. Ce

accompagné, non seulement de la séparation forte entre culture et éducation, mais aussi du reflux quasi total de la formation culturelle-artistique au sein de l'école »[(986)]. La politique de démocratisation de la culture n'a été pensée que très marginalement en termes de « médiation culturelle » et d'« accompagnement des populations démunies culturellement »[(987)] car ces missions étaient censées relever de l'école.

315. La littérature fait souvent valoir que la démocratisation menée dans les années soixante aurait privilégié les pratiques artistiques professionnelles et les pratiques culturelles collectives qui permettaient la mise en œuvre du « mythe de la révélation » (à l'exception notable du Réseau de la Lecture publique)[(988)]. Par ailleurs, et dans le même sens, certains auteurs analysent la politique de démocratisation de la culture mise en œuvre dans les années soixante comme construite sur la distinction entre « arts mineurs et arts majeurs »[(989)], entre artistes professionnels et amateurs, et privilégiant la diffusion des arts « majeurs » et le soutien aux professionnels. Pour ce qui concerne la Belgique, Jean-Louis Genard considère que, si la démocratisation s'est d'abord pensée à travers la législation sur les bibliothèques publiques, elle a surtout été organisée à travers « l'octroi de subventions aux œuvres complémentaires de l'école », aux Tournées Arts et Vie et au Théâtre National, qui avaient pour mission de diffuser les spectacles, de la discothèque nationale[(990)]. Le même auteur estime que ce sont surtout par des politiques de création d'un réseau d'institutions culturelles de proximité que s'est construite la démocratisation de la culture[(991)]. La création de ces institutions se serait réalisée, en

---

modèle se fonde en réalité sur une simplification des idées de Kant qui considérait que l'art est « une finalité sans fin » (J. CAUNE, *op. cit.*, p. 104).

(986) J.-L. GENARD, « Les politiques culturelles de la Communauté française de Belgique : Fondement, enjeux et défis », in *Tendances et défis des politiques culturelles. Cas nationaux en perspective*, *op. cit.*, p. 205.

(987) *Ibid.*

(988) A. DE WASSEIGE, « Pourquoi refonder les politiques culturelles publiques? Réflexion à partir de la situation dans la Communauté française de Belgique », in *Tendances et défis des politiques culturelles. Analyses et Témoignages*, *op. cit.*, p. 236.

(989) J. CAUNE, *op. cit.*, p. 100.

(990) J.-L. GENARD, « Les politiques culturelles de la Communauté française de Belgique : Fondements, enjeux et défis », *op. cit.*, p. 183.

(991) *Ibid.*, pp. 186-187.

Belgique, à partir d'une « délégation de missions de service public à maillage institutionnel dense, créant ainsi, dans le champ culturel, un tiers secteur »[992].

316. La démocratisation, si elle a rapidement rencontré un vif succès parmi les acteurs des politiques culturelles, a également très vite suscité des critiques acerbes. Les études sociologiques évoquées dans la première partie ont montré que les déterminants de l'inégalité culturelle étaient moins d'ordre économique que d'ordre symbolique. Ainsi, Pierre Bourdieu, dès 1966, démontre que le « besoin de culture » est construit et que c'est surtout l'absence de ce besoin qui engendre des inégalités. Alain Touraine écrit ainsi, en 1969, que « la multiplication des spectacles ne transforme pas le spectateur en acteur » et que la réception passive par les spectateurs de ces spectacles doit être considérée comme une « forme appauvrie, mais positive, de contact avec les valeurs culturelles »[993]. Vincent de Coorebyter souligne que la théorie de la révélation, qui se situe aux sources de la démocratisation de la culture, aurait ceci de pervers que, « en se persuadant que la sensibilité artistique ne dépend en aucune façon de l'éducation et de l'instruction reçue, et donc de l'appartenance à une classe sociale bien précise, l'élite économico-culturelle peut réinterpréter en termes de dons individuels ou de mérite personnel ce qui n'est qu'un privilège de classe »[994].

Suite à ces critiques, la démocratisation de la culture a été réorientée. Ainsi, l'idée d'une médiation, par exemple, s'est petit à petit frayé un chemin. Certains acteurs auraient ainsi constaté qu'il ne suffit pas de mettre en présence l'œuvre et le public mais que cette rencontre doit être accompagnée, « médiatisée » et préparée car les résistances à la rencontre entre l'œuvre et le public ne sont pas uniquement « d'ordre matériel ou psychologique »[995]. L'objectif est alors de soutenir la création à destination du public, la diffusion de cette création et l'animation autour de cette création.

(992) *Ibid*.

(993) A. Touraine, *La société post-industrielle*, Paris, Denoël, 1969, p. 270.

(994) V. de Coorebyter, *Les centres culturels de la Communauté française de Belgique*, Bruxelles, CRISP, 1988, p. 32.

(995) J. Caune, *op. cit.*, p. 104.

C. **La fonction de démocratie culturelle**

317. Les mouvements culturels et sociaux de Mai 1968, centrés sur la critique de la société de consommation[(996)], ont marqué un tournant pour les politiques culturelles en remettant fondamentalement en question les postulats théoriques, culturels et idéologiques sur lesquels reposait la démocratisation de la culture et en construisant un nouveau paradigme des politiques culturelles : la démocratie culturelle. Cette politique, déjà contenue en germe dans la politique de la jeunesse[(997)] mise en place dès les années cinquante, doit son essor à la personnalité de Marcel Hicter, chargé dès 1946 de mettre en place le Service de la jeunesse, qui devient directeur général de la jeunesse et des loisirs en 1963. Son objectif sera de mettre en place une « stratégie volontariste » poursuivant « une plus forte autonomisation des politiques culturelles par rapport aux politiques artistiques [...] et d'éducation [...] ».

Les tenants de la démocratie culturelle vont remettre en cause radicalement les démarches de démocratisation de la culture, qui est accusée de « légitimer l'ordre social existant » et de soutenir ainsi « l'exploitation dont les classes populaires font les frais »[(998)]. Dénonçant les travers d'un « droit à la culture » prétendument acquis pour tous, Mai 68 refuse « l'entreprise d'auto-légitimation sociale » qui l'accompagne, l'occultation par « l'égalité formelle du droit » des « infériorités de fait, qu'il s'agisse de la compréhension des valeurs reconnues ou des capacités de recherche, d'élaboration, d'expression et de diffusion d'une culture propre, alternative » et la dissimulation, en dessous du monopole accordé à la « caste » des consommateurs de Haute Culture et des créateurs, d'un monopole de production[(999)]. Dans le même sens, c'est la conception de la culture sous-jacente à la démocratisation culturelle qui est rejetée. Ainsi, Marcel Hicter évoque la nécessité de « contester la notion

(996) H. Dumont, « Les politiques culturelles et la création en Belgique. Quelques repères historiques et juridiques », *op. cit.*, p. 204.

(997) H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. I de 1830 à 1970*, *op. cit.*, pp. 262-267 et pp. 327-335.

(998) V. de Coorebyter, *Les centres culturels de la Communauté française de Belgique*, *op.cit.*, p. 32.

(999) *Ibid.*, p. 35.

patrimoniale de la culture pour la remplacer par une conception renvoyant la définition de la culture à la population elle-même »[1000].

La démocratie culturelle s'est également nourrie d'une critique radicale de la consommation culturelle et de la culture « de masse », provenant notamment des philosophes de l'« École de Francfort »[1001], qui est accusée d'être « passive, purement réceptive, non critique, abrutissante et démobilisante », ne laissant aucune place à l'action[1002].

318. La démocratie culturelle défend une conception politique du phénomène culturel et de l'action culturelle, qui doit être « une forme de politisation des consciences, au sens large du terme, c'est-à-dire [qui] vise à mettre les gens en mesure de se politiser »[1003], mais également à permettre, face à la société de consommation, de faire advenir toutes les cultures en leur permettant également de participer à l'expression et à la critique[1004]. L'idée est que la démocratie authentique doit construire une citoyenneté critique, faire advenir un « droit à une citoyenneté active dans tous les domaines »[1005]. Marcel Hicter définit ainsi la démocratie culturelle comme affirmant « la pratique responsable à la fois des individus et

(1000) M. Hicter, *Pour une démocratie culturelle*, Direction générale de la Jeunesse et des Loisirs du Ministère de la Communauté française – Fondation Marcel Hicter pour la démocratie culturelle, Rixensart, 1980, p. 338. Marcel Hicter précise que « il n'y a pas de culture extérieure à l'Homme, pas de matière culturelle à quoi il faut faire accéder le peuple, qu'il faut porter au peuple, que l'on puisse lui contreplaquer. La culture n'est ni la connaissance ni l'érudition ; la culture est une attitude, une volonté de dépassement personnel total, de son corps, de son cœur, de son esprit, en vue de comprendre sa situation dans le monde et d'infléchir son destin ; c'est la prise de conscience du besoin de s'exprimer et la maîtrise du ou de des moyens de cette expression, c'est être l'Homme du terrain et non l'Homme des gradins, l'Homme du jeu et non l'Homme du spectacle. C'est pourquoi la culture, sans les œuvres, est une culture morte. On la fait surgir de tous et à tous les niveaux. Le temps du loisir doit être le temps de la personnalisation de la personnalisation par les actes et non le temps du nivellement par la consommation ». (M. Hicter, *op. cit.*, p. 353).

(1001) Voy. notamment W. Benjamin, *L'œuvre d'art à l'époque de sa reproductibilité technique*, *op. cit.*

(1002) V. de Coorebyter, *op. cit.*, p. 34.

(1003) F. Jeanson, *Définition d'une maison de la culture*, cité par V. de Coorebyter, *Les centres culturels de la Communauté française de Belgique*, *op. cit.*, p. 35.

(1004) M. Hicter, *Pour une démocratie culturelle*, *op. cit.*

(1005) H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. I de 1830 à 1970*, *op. cit.*, p. 331.

des groupes dans la cohérence de la société globale par la solidarité des individus et des groupes ». La démocratie culturelle « repose sur le principe que l'individu, dans l'action solidaire, doit pouvoir développer en toute liberté l'ensemble de ses potentialités ; elle affirme, pour tous les hommes, des droits égaux et tend à créer pour chacun les conditions matérielles et spirituelles de l'exercice de ses droits ; elle vise à réaliser l'équilibre entre l'épanouissement individuel dans la liberté et la conscience active de la liaison de l'individu à sa communauté et à l'humanité toute entière ». Dans cette conception, « la culture est action permanente de l'homme pour améliorer sa nature et son milieu et mise en commun des résultats de cette action »[1006]. Pour Marcel Hicter, la démocratie culturelle doit garantir « aux individus et aux groupes, les moyens concrets de vivre selon leurs convictions » pour « enrichir la vie »[1007].

Vecteurs particulièrement privilégiés de cette nouvelle philosophie de l'action culturelle et sociale, l'animation culturelle et l'éducation permanente, non plus comprises « comme une école hors ou après l'école », seront les voies concrètes de la réalisation de ce nouveau paradigme. Marcel Hicter insiste en ces termes sur l'animation culturelle : « nous ne parlons plus ici de diffusion culturelle mais bien d'animation culturelle car au-delà de l'acquisition des connaissances, cette éducation prépare aux attitudes positives, participantes et critiques »[1008].

En Communauté française, la démocratie culturelle s'est surtout développée dans le secteur des Centres culturels, dans la politique de la jeunesse et dans la démarche de l'éducation permanente, que Hugues Dumont résume comme le fait de « stimuler la critique sur un vécu et une culture propres, afin de les appréhender dans la généralité de la société, et, à partir de cette réflexion, de mettre en lumière et d'exprimer les injustices que cette démarche révèle et de s'engager à lutter à leur encontre »[1009].

(1006) M. Hicter, *Pour une démocratie culturelle*, *op. cit.*, p. 337.
(1007) *Ibid.*
(1008) *Ibid.*
(1009) H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. I de 1830 à 1970*, *op. cit.*, p. 333.

D. **Empilement des fonctions et nouveaux paradigmes**

319. Petit à petit, démocratisation de la culture et démocratie culturelle se sont confondues. Un processus « d'empilement des missions » assignées aux politiques culturelles se serait produit. Ainsi, en Communauté française de Belgique, les années septante auraient été l'heure de la « fusion » progressive des deux paradigmes. La réunion des démarches de démocratie culturelle et de démocratisation culturelle forme ainsi les fondements de ce que Hugues Dumont a dénommé ironiquement le « droit d'accès au bonheur »[(1010)], une version englobante et totalisante du droit à la culture. L'idée est de former des « hommes complets »[(1011)], qui concilient à la fois humanisme et participation dans la société. Dans ce sens, « le droit à la culture apparaît dans la 'philosophie' de l'action culturelle publique comme le droit au bonheur et à l'épanouissement personnel de tous par la vertu d'une éducation permanente érigée en remède à tous les dysfonctionnements propres à nos sociétés : les insuffisances du système éducatif, l'atomisation de la société, les inégalités sociales, l'esprit exacerbé de compétition etc. »[(1012)]. Deux axes travaillent ce « droit d'accès au bonheur ». Il y a d'abord « le droit d'accès aux biens culturels », qui concerne la démocratisation de la culture et qui reste intimement lié à une civilisation des loisirs, dans le but de développer « des activités anoblissantes à la portée de tous ». Le deuxième axe, c'est le « droit à une citoyenneté active dans tous les domaines ». Le droit à la culture est alors compris comme « un droit à une formation devant inciter son bénéficiaire à exercer une citoyenneté active dans tous les domaines de la vie sociale »[(1013)].

320. Évidemment, cet objectif totalisant du « droit au bonheur » s'est rapidement avéré être une illusion. Les évaluations de la démocratisation culturelle ont montré que celle-ci est un échec relatif : trop centrée sur la diffusion culturelle, elle n'a pas permis de surmonter

(1010) *Ibid.*, p. 327.

(1011) Ministère de la culture française (P. Wigny (dir.)), *Plan Quinquennal de politique culturelle – Introduction générale*, 1968, p. 6, p. 5, 8, 22. Ce plan est disponible à l'adresse suivante : http://www.opc.cfwb.be/fileadmin/sites/opc/upload/opc_super_editor/opc_editor/documents/pdf/livres_numerises/Plan%20quinqu%C3%A9nnal%20de%20politique%20culturelleI%20OCR.pdf.

(1012) H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. I de 1830 à 1970*, *op. cit.*, p. 328.

(1013) *Ibid.*, pp. 330-333.

les obstacles symboliques et culturels qui rendent la culture inaccessible[1014]. De la même manière, la démocratie culturelle subira également une forme de désillusion et deviendra, à partir des années 1980, rapidement problématique, notamment en raison de la « contradiction structurelle entre ambitions politiques et moyens budgétaires »[1015] et de son incapacité à représenter et à promouvoir les nouveaux mouvements sociaux à permettre une réelle émancipation, à favoriser une citoyenneté non « pas conçue comme suivisme » mais plutôt comme « coopération et révolte, intégration et rupture »[1016].

En raison de ces désillusions, démocratie culturelle et démocratisation subiraient aujourd'hui un certain essoufflement. Ainsi, Hugues Dumont remarquait en 1997, que, même si les interventions décrétales se multipliaient, tant en Communauté française qu'en Communauté flamande, celles-ci « ne sont plus sous-tendues par des déclarations de politique générale articulées et originales ». En quelque sorte, « on se contente pour l'essentiel de développer et de prolonger les grandes initiatives des années '60 et '70. Pire, le souffle n'y est plus et le doute s'installe »[1017]. Subissant de plein fouet une crise des finances publiques, les politiques culturelles souffrent d'une crise affectant leurs objectifs eux-mêmes.

321. Certains constatent désormais un certain repli vers une fonction de soutien à la diffusion[1018] alors pourtant que « la survie de pans entiers de la vie culturelle [...] passe par l'élargissement des

(1014) Voy. P. URFALINO, « Quelles missions pour le ministère de la Culture ? », *Esprit*, janvier 1997, n° 228 ; O. DONNAT, *Les Français face à la culture. De l'exclusion à l'éclectisme*, *op. cit.*, pp. 138 et s. ; G. PRONOVOST, « Pratiques culturelles : rupture ou renouvellement », *Possibles*, Vol. 23, n° 4, 1999, p. 20 ; V. SKOK (dir.), *Participation à la vie culturelle en Europe. Tendances, stratégies et défi*s, Circle, Conseil de l'Europe, septembre 1993 ; O. DONNAT, « La démocratisation à l'heure des bilans : le cas de la France », *op. cit.*, p. 37.

(1015) J.-L. GENARD, *op. cit.*, p. 187.

(1016) Voy. notamment J.-P. NOSSENT, « D'un décret à l'autre », *La Revue nouvelle*, novembre 2007, n° 11, dossier *Où en est l'éducation permanente ?*, pp. 70 et s.

(1017) H. DUMONT, « Les politiques culturelles et la création en Belgique. Quelques repères historiques et juridiques », *op. cit.*, p. 209.

(1018) J. CAUNE, *op. cit.*, p. 107 ; J.-C. WALLACH, *La culture, pour qui ?,* Toulouse, Éditions de l'Attribut, 2006, p. 40 ; J.-L. GENARD, « Les politiques culturelles de la Communauté française de Belgique », *op. cit.*, p. 193.

Notons toutefois que ce soutien à la diffusion diffère de celui envisagé au début des politiques culturelles par la grande diversité des formes artistiques soutenues mais aussi par l'aspect « marketing », spectaculaire, événementiel et « communicationnel » qui s'empare désormais des politiques culturelles.

publics qui y accèdent »[1019]. En s'éloignant des objectifs démocratiques qui les fondent, les politiques culturelles se déconnectent de ce qui les justifie : le soutien à cette « possibilité de création » qui est « inscrite en tout être humain »[1020]. Dès lors, on peut se demander « comment une politique culturelle pourrait-elle aujourd'hui, avec les autres politiques, continuer à cette indispensable promotion, sans se payer de mots, sans illusion, en s'appuyant sur le meilleur des expériences passées et en bénéficiant d'un nouveau dynamisme ? »[1021].

Afin de répondre à cette question, de nouveaux objectifs des politiques culturelles voient le jour, comme l'idée de diversité culturelle et d'interculturalité. L'idée de diversité culturelle renvoie à la « multiplicité et à l'interaction des cultures »[1022]. Déjà évoqué, ce concept au spectre large recouvre plusieurs niveaux de significations : il se situe à la fois sur les plans normatifs et descriptifs[1023], il renvoie à la fois aux notions d'exception culturelle et d'exemption culturelle. Ce concept recouvre donc des réalités ou des principes contrastés – voire antagonistes – comme la préservation des cultures et leur ouverture au monde, la diversification des produits culturels face à la standardisation et la multiplication de l'offre[1024]. Dans les politiques culturelles en Belgique, la diversité culturelle rassemble à la fois des exigences à l'égard de l'offre culturelle, c'est-à-dire des produits et des services, mais également en ce qui concerne les acteurs de la culture eux-mêmes et enfin, évidemment, la diversité a trait aux publics. L'idée est d'ouvrir le champ des expériences esthétiques,

Voy. O. Donnat, « Démocratisation de la culture : fin et ... suite ? », *op. cit.*, pp. 35-36.

(1019) O. Donnat, « Démocratisation de la culture : fin et ... suite ? », *op. cit.*, pp. 34-35.

(1020) A. De Waelhens, *Existence et signification*, Louvain, Nauwelaerts, 1958, p. 151, cité dans H. Dumont, « Les politiques culturelles et la création en Belgique. Quelques repères historiques et juridiques », *op. cit.*, p. 213.

(1021) H. Dumont, « Les politiques culturelles et la création en Belgique. Quelques repères historiques et juridiques », *op. cit.*, p. 213.

(1022) M.-F. Labouz, « La diversité culturelle dans quelques États », in *La diversité culturelle en question(s)*, *op. cit.*, pp. 3-4.

(1023) V.-L. Benabou, « Propriété intellectuelle et diversité culturelle », in *La diversité culturelle en question(s)*, *op. cit.*, pp. 229-230 ; M. Cornu, « L'émergence du principe de diversité culturelle », *op. cit.*, pp. 251-252.

(1024) M.-F. Labouz, « La diversité culturelle dans quelques États », *op. cit.*, pp. 5-24.

des références culturelles, des médiateurs de culture et des artistes eux-mêmes[1025]. Encore largement indéfinis, ces nouveaux objectifs peuvent-ils réellement permettre de refonder les politiques culturelles et leurs anciennes fonctions ?

Conclusions du Chapitre II

322. Le droit à la culture est ancré, en droit constitutionnel belge, dans des dispositions de natures juridiques très différentes. Ainsi, comme en droit international, les sources de ce droit sont morcelées.

323. Le droit à la culture, pendant longtemps, n'a été consacré que de manière indirecte, dans la répartition des compétences culturelles. Celle-ci implique en effet des missions culturelles équivalentes aux obligations qu'induit le droit à la culture.

La répartition des compétences culturelles véhicule ainsi, pour les collectivités compétentes, non seulement un droit de régir un certain nombre de matières mais également des « obligations culturelles » déterminées. Ainsi, la répartition des compétences véhicule un certain nombre de « missions » culturelles que les collectivités compétentes doivent remplir soit directement soit indirectement. À l'analyse, il ressort que ces missions culturelles diffèrent selon le type envisagé de compétences culturelles et la nature du domaine culturel en cause.

En matière de patrimoine, les collectivités compétentes ont reçu pour mission de conserver, de préserver, de restaurer, de promouvoir et de favoriser l'accessibilité du patrimoine immobilier (monuments et sites archéologiques), du patrimoine immatériel et du patrimoine mobilier (biens culturels mobiliers, archives, héraldique). Ces missions reflètent les particularités et le rôle « signifiant » du patrimoine

(1025) Voy., pour un exemple en Communauté française, *Priorité culture. Politique culturelle pluriannuelle* proposée par Fadila Laanan, Ministre de la Culture, de l'Audiovisuel et de la Jeunesse, Conclusion des États généraux, 7 novembre 2005, http://www.forumculture.be/pdf/PrioritesCulture.pdf, p. 5. En ce qui concerne la Communauté flamande, voy. e.a. Beleidsdomeinspecifieke bijdrage, Deel 3.8., Cultuur, Jeugd, Sport en Media, Mei 2009, http://www.cjsm.vlaanderen.be/downloads/regeerbijdrage_cjsm_2009.pdf, pp. 7, 12, 20, 26-27 ; Cultuur IS Uitdagingen voor het cultuurbeleid in Vlaanderen, Memorandum 2009-2014 van de Strategische AdviesRaad voor Cultuur, jeugd, Sport en Media, Vlaamse Overheid, http://www.cjsm.vlaanderen.be/raadcjsm/downloads/memorandum_sarc_2009-2014.pdf, pp. 13-14.

culturel pour une société donnée. En effet, dans le prolongement de la première partie, l'importance du patrimoine culturel comme « réservoir de sens » et comme « structure signifiante » a été rappelée dans ce chapitre. Ainsi, les missions en matière de patrimoine sont déduites des exigences de la justice, actuelle et intergénérationnelle, parce qu'elles permettent d'assurer que le patrimoine culturel s'enrichisse et soit disponible pour approfondir l'ensemble des conceptions de la vie bonne, aujourd'hui et demain.

Dans le même sens, les pouvoirs publics compétents en matière de création n'ont pas seulement reçu la faculté de régir un domaine particulier de l'activité humaine. Ils ont également reçu des missions déterminées : celle de stimuler la création, soit en la soutenant directement (par un système de subventions, par l'organisation d'un enseignement artistique, par la création d'institutions et d'espaces dédiés au soutien à la création, par l'élargissement de l'accès du plus grand nombre aux moyens d'expression), soit en promouvant le soutien privé ; celle de favoriser la diffusion de la création ; celle de favoriser la promotion de la création. Ces missions sont traduites dans la formulation même de certaines « rubriques » de l'article 4 de la loi spéciale, comme en l'atteste notamment l'article 4, 1°, qui confie aux Communautés la compétence en matière de « défense et d'illustration de la langue ». L'exécution de ces missions publiques, dont on a discuté la légitimité dans la partie précédente, doit permettre d'assurer la diversité culturelle (nécessaire pour l'enrichissement des structures signifiantes), dans le respect des libertés culturelles.

Les compétences culturelles correspondent enfin à certaines politiques culturelles touchant à la démocratisation culturelle et à la démocratie culturelle, garantissant ainsi la pérennisation de ces politiques. Il s'agit d'abord de la compétence en matière d'éducation permanente et de « politique de la jeunesse » : deux politiques publiques vivaces qui ont porté la démocratie culturelle. La consolidation de ces deux politiques en compétences constitutionnelles est loin d'être anodine : elle souligne leur importance et garantit, dans une certaine mesure, leur avenir. Il s'agit ensuite de la compétence en matière de « bibliothèques et services similaires ». Cette compétence reprend également une politique particulièrement importante pour la démocratisation de la culture, qui vise à soutenir et

à stimuler les institutions de prêt et de sensibilisation à la lecture, qu'elles soient privées, semi-privées ou publiques. Enfin, citons les politiques de formation artistique, d'animation socio-culturelle et d'enseignement artistique, qui sont également constituées en compétences constitutionnelles. Ces politiques satisfont également à des obligations découlant du droit à la culture.

324. Dans un deuxième temps, après de longues hésitations et sans grand enthousiasme, le droit à la culture a été inséré dans la Constitution belge. L'article 23 consacre ainsi désormais, de manière générale, les « droits culturels » et, en particulier, le « droit à l'épanouissement culturel et social ». Même si la formulation bâclée du droit « à l'épanouissement culturel » ternit quelque peu la consécration du droit à la culture en droit constitutionnel belge, l'article 23 de la Constitution a le mérite d'enfin ancrer dans la Constitution les enjeux du droit à la culture. Mais la portée de cet ancrage reste largement indéterminée, les travaux préparatoires de l'article 23 n'ayant eu de cesse de rappeler l'absence d'effet direct des droits ainsi consacrés.

Enfin, certains aspects du droit à la culture sont protégés et consacrés dans les libertés culturelles. En droit constitutionnel belge, la liberté d'expression artistique est en effet protégée, implicitement et partiellement, par les articles 19 et 25.

325. Il est ainsi paradoxal de conclure ce chapitre sur les sources constitutionnelles du droit à la culture en constatant que ce sont, en droit constitutionnel, des normes de nature « objective » qui traduisent le mieux les enjeux concrets du droit à la culture. Les normes « subjectives » qui consacrent le droit à la culture ont fait l'objet d'un relatif désintérêt et ont été galvaudées, quand elles n'ont pas négligé les éléments propres au droit à la culture.

Conclusions du Titre I

326. Dans ce titre, les sources du droit à la culture ont été identifiées ainsi que le contexte de la reconnaissance de ce droit. Une certaine convergence se dégage de l'étude de ces sources. Toutefois, cette convergence ne va pas de soi et n'a pu être constatée qu'après une reconstruction et un recoupement de l'ensemble des processus ayant abouti à la reconnaissance du droit à la culture, que ce soit dans des normes « objectives » ou dans des normes « subjectives ».

327. La convergence entre les sources du droit à la culture n'est pas spontanée car les différentes sources du droit à la culture sont éclatées entre des instruments de nature différente et poursuivant des objectifs dissemblables voire, parfois, contradictoires.

La première cause de l'éclatement des sources du droit à la culture est la fragmentation entre les instruments relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels et les instruments relatifs aux droits civils et politiques. Le droit à la culture apparaît disloqué entre des textes de portée différente, consacrant chacun des éléments essentiels à son régime juridique. Rangé un peu par hasard dans la seconde génération des droits de l'homme, le droit à la culture va être séparé d'une partie de ce qui le constitue : les libertés culturelles qui sont, elles, rattachées à la première génération de droit. Comprises séparément, les deux facettes du droit à la culture se sont appauvries : l'une en raison de la faible effectivité des droits de la première génération ; l'autre en raison de la négligence dont elle a fait l'objet dans les droits de la première génération. Ces deux facettes doivent être réconciliées à l'intérieur du régime juridique du droit à la culture car elles ne peuvent se comprendre l'une sans l'autre et enrichissent chacune l'effectivité et la portée de l'autre.

La deuxième cause de l'éclatement des sources du droit à la culture réside dans le fait que ce droit est surtout précisé dans des instruments catégoriels, et moins dans des instruments universels. Assimilé à la protection des groupes et des communautés culturelles, le contenu « universel » de ce droit a été galvaudé. Rompant

ainsi le lien avec l'universel, le droit à la culture n'a été que trop peu rattaché aux questions d'interculturalité et d'exclusion culturelle. Un régime juridique cohérent de ce droit doit appréhender de manière conjointe la nature universelle et particulière du droit à la culture, qui consacre des droits pour chacun de développer ses capabilités (dimension universelle) dans des contextes culturels donnés qu'il contribue à renforcer (dimension particulière).

La troisième cause de cet éclatement est liée aux instruments relatifs aux politiques culturelles, qui, tout en concrétisant le plus précisément les obligations découlant du droit à la culture, ne font, étrangement, pas souvent le lien avec ce droit, entraînant ainsi une rupture entre le discours « théorique » sur le droit à la culture et les mesures « concrètes » de mise en œuvre de ce droit. Cette rupture n'est pas anodine. En effet, alors que le droit international ou constitutionnel des politiques culturelles prend de l'ampleur et constitue la base à partir de laquelle nombre d'éléments du droit à la culture sont effectivement protégés, ce droit reste, au niveau du droit des droits de l'homme, dans le registre des déclarations de principe. Ces deux plans doivent être conciliés pour appréhender correctement un droit fondamental et construire, de manière cohérente, un régime juridique effectif pour ce droit.

328. C'est en organisant une cohérence entre les sources du droit à la culture et de la réconciliation de l'ensemble de ces sources, opérée dans ce titre, que l'objet du droit à la culture, les prérogatives et les obligations qu'il implique peuvent être précisées. En effet, mettre en présence la maladresse de certains instruments avec l'extrême précision d'autres instruments permet de répondre aux questions épineuses et controversées que ce droit met en lumière : la reconnaissance du droit à l'identité culturelle, la remise en cause des droits d'auteur, le caractère insaisissable de la notion de culture, les limites de l'art, la redéfinition des générations de droits, la remise en cause de l'écart entre les normes consacrant des droits subjectifs et les normes objectives ou encore l'équilibre entre les libertés et les droits dans le secteur culturel et entre les devoirs de l'État et les initiatives privées dans ce secteur.

TITRE II.
LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU DROIT À LA CULTURE

329. Dans ce titre, sont précisés les deux éléments constitutifs du droit à la culture en partant du cadre épistémologique et de l'historique de sa reconnaissance posés dans les titres précédents. L'objet du droit est circonscrit en se fondant sur le cadre épistémologique établi dans la première partie (**Chapitre I**). Ensuite, les prérogatives découlant de ce droit sont également précisées en partant d'une analyse des travaux ayant conduit à l'adoption du droit à la culture et des interprétations données ensuite à ce droit (**Chapitre II**). Le troisième chapitre s'intéresse à la définition des obligations de l'État découlant du droit à la culture (**Chapitre III**). Sont ensuite analysés l'ensemble des obligations qui découlent du droit à la culture ainsi que leurs débiteurs (**Chapitre IV**).

330. L'identification des éléments constitutifs du régime juridique du droit à la culture s'est réalisée à partir de l'analyse des sources formelles du droit à la culture que l'on vient de dégager, des textes doctrinaux consacrés à ce droit et des lois qui le réalisent et le protègent. Mais force est de constater que, en ce qui concerne la jurisprudence, le droit à la culture reste encore largement « un droit de papier » : il n'a attiré que très rarement l'attention de juges ou de plaideurs. Dès lors, la construction du régime juridique du droit à la culture doit inévitablement se fonder sur une application, *de lege lata*, de la théorie générale des droits fondamentaux au cas particulier du droit à la culture.

CHAPITRE I.
L'objet et les attributs

331. Afin d'étudier l'objet du droit à la culture, nous nous concentrons d'abord sur l'évolution du droit international sur cette question (**Section I**), qui a été donnée en droit international, avant d'étudier la portée reconnue à la notion de culture dans le droit à la culture en droit constitutionnel (**Section II**).

Section I. – En droit international

> *« [...] because of the amorphous and complex nature of the subject matter 'culture' – and its extension 'cultural life' – finding a discrete substance for the right is a complex undertaking »*(1026).
>
> *« Any attempt to talk about cultural issues in terms of rights may be slippery and difficult »*(1027).

332. Nous identifierons dans cette section l'objet du droit à la culture dans les textes universels, c'est-à-dire essentiellement dans l'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et dans l'article 27 de la Déclaration universelle (§ 1), et dans les textes régionaux (§ 2).

333. Les textes de droit international mettent en exergue une évolution de l'objet du droit à la culture en plusieurs étapes(1028).

(1026) P. Thornberry, « Cultural rights and universality of human rights », Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Discussion générale sur le droit de participer à la vie culturelle, 9 Mai 2008, E/C.12/40/15, p. 4.

(1027) L. Prott, « Cultural Rights as People's Rights », in *The Rights of Peoples*, J. Crawford (dir.), Vol. I., Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 94.

(1028) E. Stamatopoulou, « The right to take part in cultural life », *op. cit.*, p. 3 ; A. Eide, « Cultural rights as individual human rights », *op. cit.*, pp. 229-240 ; R. Stavenhagen, « Cultural Rights : A Social Science Perspective », *op. cit.*, pp. 4-5 ; P. Thornberry, « Cultural rights and universality of human right rights », *op.cit.*, p. 3 ; R. O'Keefe, « The 'Right to Take Part in Cultural Life' Under Article 15 of the ICESCR », *op. cit.*, p. 905 ; Y. Donders, « Cultural life in the context of Human Rights », Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Discussion générale sur le droit de participer à la vie culturelle, 9 mai 2008, Genève, E/C.12/40/13.

D'une notion restrictive, l'objet du droit à la culture a été considérablement élargi, jusqu'à comprendre la culture dans un sens anthropologique. Ce sont ainsi des conceptions très différentes de la culture qui sont à l'œuvre dans le droit de participer à la vie culturelle[1029]. Un des résultats de cette évolution de l'interprétation de l'article 15 est son changement de statut : d'un droit spécifique et précis, il est devenu un droit « générique »[1030].

En réalité, l'opération d'identification de l'objet du droit à la culture est complexe. En effet, alors que les textes et les travaux préparatoires n'apportent pas beaucoup de précisions sur cette question, le Comité des droits économiques sociaux et culturels, et plus généralement les organes de protection des droits de l'homme, ne se sont jamais risqués à donner une définition établie de la culture, mais ont préféré identifier une série d'éléments non délimités tout en insistant sur la nécessité d'interpréter l'expression de « vie culturelle » et de « culture » dans un sens large[1031]. Quant à l'Observation générale du Comité sur le droit de participer à la vie culturelle, elle fournit bien une définition de cet objet mais elle est tellement vague et imprécise qu'elle ne peut être utilisée sur un plan juridique ; sur ce point, l'Observation se caractérise par un élan quasi poétique audacieux qui s'explique notamment par son absence d'effet direct et le fait qu'aucune réelle responsabilité juridique n'est assumée à l'égard de ce texte.

334. Il y a un équilibre subtil à respecter dans l'interprétation de l'objet du droit à la culture. Il faut faire attention à ne pas comprendre la culture dans le droit à la culture de manière trop large, ce qui en ferait un droit strictement « subsidiaire » et une « notion fragile car dénuée de toute spécificité »[1032]. Il convient de préciser les éléments du droit, de la manière la plus rigoureuse

(1029) R. Stavenhagen, « Cultural Rights and Universal Human Rights », *op. cit.*, pp. 85-109.

(1030) H. Niec, « Casting the foundation for the implementation of cultural rights », in *Cultural Rights and Wrongs. A Collection of Essays in Commemoration of the 50th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*, *op. cit.*, p. 181.

(1031) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 17, 2005, *Le droit de chacun de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur (par. 1 c) de l'article 15 du Pacte*, E/C.12/GC/17, novembre 2005.

(1032) I. Jeurissen et E. Orban de Xivry, « L'identification des biens relevant du patrimoine », *op. cit.*, p. 3. La réflexion, formulée dans le cadre de la

possible, et de les nommer tels qu'ils se présentent et non pas en référence à des notions trop vastes[1033] ou à des formules vagues et creuses relatives à l'essence de la culture. L'objet du droit à la culture doit être défini de manière à recevoir une cohérence interne qui se déploie dans un champ d'application déterminé afin d'éviter un morcellement de ce droit[1034]. La définition de l'objet du droit à la culture doit ainsi rencontrer l'exigence de précision postulée par le système juridique. Elle doit être agencée de manière pertinente avec les prérogatives reconnues par le droit et doit permettre de définir des obligations précises et spécifiques pour l'État[1035] tout en permettant au droit à la culture de déployer ses effets sur un objet suffisamment large pour qu'il puisse répondre à sa fonction : donner un accès à une multitude de ressources culturelles qui façonnent les conceptions du monde et à partir desquelles s'exerce la liberté de choix. Ainsi, une interprétation trop restrictive peut passer à côté de l'essence même du droit. En effet, si l'on veut bien comprendre le droit de participer à la vie culturelle par rapport à la spécificité de son objet, qui est la culture comme travail abstrait sur le sens des expériences humaines et sociales par des opérations de conceptualisations (qui vont de la simple information, au jugement, à la création et à la compréhension) et ayant pour assises et pour expressions

notion de « patrimoine », nous paraît également être pertinente pour la notion, plus large, de culture.

(1033) Ainsi, il est particulièrement dommageable de s'en tenir aux propositions de certains auteurs ou de certains textes de droit international qui se contentent de définir l'objet du droit à la culture en référence avec les droits culturels, ce qui aboutit à « noyer » la spécificité du droit à la culture dans une catégorie encore largement indéterminée des droits de l'homme.

(1034) D. McGoldrick, « Culture, Cultures and Cultural Rights », *op. cit.*, pp. 447-473.

(1035) Cette exigence de précision de l'objet du droit est renforcée par les références toujours plus nombreuses au « développement culturel », alors que cette notion n'est pas encore très précise. En effet, l'expression de développement culturel peut recouvrir diverses réalités, depuis le développement qualitatif d'une culture qui permet la renaissance des pratiques traditionnelles ancestrales jusqu'au développement du tourisme. Il peut viser à la fois la prévention de la disparition de certaines « cultures traditionnelles », mais aussi le développement de l'artisanat ou le développement des formes locales de la création contre le marché. (L. Prott, « Understanding One Another on Cultural Rights », *op. cit.*, p. 165). La mesure de ce développement culturel n'est pas non plus aisée (R. Stavenhagen, « Cultural Rights: A Social Science Perspective », *op. cit.*, p. 4).

concrètes des pratiques, traditions et des œuvres, une interprétation trop restreinte ou trop matérialiste risque de négliger l'enjeu central du droit à la culture[1036].

§1. *L'évolution de l'interprétation de l'objet du droit à la culture*

335. L'évolution de l'interprétation de l'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ou l'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, cristallise un mouvement commun aux autres dispositions qui consacrent le droit à la culture. À l'origine interprété dans un sens restreint (A), le droit à la culture a ensuite protégé toutes les manifestations esthétiques sans distinction (B) avant de porter une attention particulière aux expressions culturelles de certains groupes (C). Enfin, la tendance a été d'étendre son objet à une conception anthropologique de la culture, jusqu'à assimiler le droit de participer à la vie culturelle au droit à l'identité culturelle (D).

A. **À l'origine : la « Haute Culture »**

336. Centré sur les arts et le patrimoine, le droit à la culture s'entendait dans les premiers textes et les premières interprétations comme un droit d'accéder aux ressources culturelles « élitistes » et d'en jouir. Certains auteurs qualifient alors l'objet du droit de « Haute Culture »[1037]. L'objet du droit à la culture ne concernait qu'une portion limitée de l'ensemble des éléments qui expriment et objectivent le travail sur le sens des expériences humaines et sociales[1038]. Il se restreignait aux incarnations légitimées et instituées de la culture.

L'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et l'article 15 du Pacte sur les droits économiques sociaux et culturels se sont ainsi développés à partir d'une conception matérialiste,

(1036) P. Meyer-Bisch, « Le droit de participer à la vie culturelle – Contenu et importance pour la réalisation de tous les droits de l'homme », *op. cit.*, p. 2.

(1037) P. Thornberry, « Cultural rights and universality of human rights », *op. cit.* p. 3 ; R. O'Keefe, « The 'Right to Take Part in Cultural Life' Under Article 15 of the ICESCR », *op. cit.*, p. 905.

(1038) Voy. Première partie.

« capitalisante » et élitiste de la culture. L'idée était de permettre à chacun d'accéder au capital culturel accumulé par l'Humanité[1039].

Au contraire, l'article 27 du Pacte sur les droits civils et politiques et les autres instruments qui reconnaissent le droit à la culture ont intégré d'autres dimensions de la culture.

1. L'interprétation originaire de l'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme

337. La notion de culture de l'article 27 a ainsi d'abord été restrictive[1040]. Le Secrétariat chargé de cet article a d'abord voulu consacrer le droit d'accéder à une « Haute Culture », inaccessible à la « masse », qui inclut la littérature et les arts[1041]. Les auteurs de l'article 27 avaient ainsi une vision limitée et matérialiste de la culture[1042], même s'il n'est pas certain que la référence aux arts et à la littérature dans l'alinéa 1er de l'article 27 implique nécessairement une restriction du droit à la culture à ces deux secteurs. L'accent mis sur la littérature et les arts s'expliquerait par leur caractère particulièrement inaccessible[1043].

338. Dans l'article 27, la culture s'inscrit dans une « communauté ». Cette « communauté », selon l'interprétation doctrinale, peut ne pas coïncider avec l'État[1044]. Morsink estime ainsi que

(1039) R. Stavenhagen, « Cultural Rights: A Social Science Perspective », *op. cit.*, p. 4. Par ailleurs, si l'on considère le versant collectif de ce droit, il implique le droit de développer sa culture et de préserver son patrimoine. Cette vision englobe à la fois la somme de l'héritage matériel de l'humanité et les processus créatifs qui les engendrent ou les ont engendrés.

(1040) Notons, avec Yvonne Donders, que cette interprétation était cohérente avec l'usage du terme « culture » en 1948, qui ne s'étendait pas aux traditions ou aux modes de vie d'une communauté. Y. Donders, *Towards a Right to Cultural Identity ?*, *op. cit.*, p. 142 ; Y. Donders, « Cultural life in the context of Human Rights », *op. cit.*, p. 3.

(1041) Y. Donders, *Towards a Right to Cultural Identity ?*, *op. cit.*, p. 141 ; Y. Donders, « The Legal Framework of the Right to Take Part in Cultural Life », *op. cit.*, p. 243.

(1042) Y. Donders, *Towards a Right to Cultural Identity ?*, *op. cit.*, p. 142.

(1043) A. Verdoodt, *op. cit.*, p. 256 ; N. Robinson, *The Universal Declaration of Human Rights : Its Origin, Significance, Application and Interpretation*, New York, Institute of Jewish Affairs, 1958, p. 139 ; Y. Donders, « The Legal Framework of the Right to Take Part in Cultural Life », *op. cit.*, p. 243.

(1044) N. Robinson, *The Universal Declaration of Human Rights : Its Origin, Significance, Application and Interpretation*, *op. cit.*, p. 139 ; A. Verdoodt, *op. cit.*, p. 256.

l'article 27 se réfère à la communauté nationale ou internationale[1045]. Cependant, il n'est pas question ici d'une référence aux minorités, aux cultures des peuples indigènes ou aux communautés locales et régionales[1046]. Ainsi, l'article 27, « seems to assume that 'the community' one participates in and with which one identifies culturally is the dominant one of the nation-state. There is no hint here of multiculturalism or pluralism »[1047]. La formulation de l'article 27, qui inscrit le droit de participer à *la* vie culturelle de *la* communauté, semble ainsi postuler qu'il n'existe qu'une vie culturelle dans une même communauté[1048], excluant par là toute idée d'interculturalité ou de diversité culturelle.

339. Parce qu'il n'est précisé ni par les travaux préparatoires ni par la jurisprudence (en raison de la nature de la Déclaration universelle des droits de l'homme), l'objet du droit consacré à l'article 27 reste assez obscur. La doctrine le lit désormais de manière dynamique, en lien avec l'interprétation des articles 15 du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et 27 du Pacte sur les droits civils et politiques.

(1045) J. Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1999, p. 269.

(1046) Y. Donders, *Towards a Right to Cultural Identity ?*, *op. cit.*, p. 143.

(1047) J. Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent*, *op. cit.*, p. 269 ; E. Stamatopoulou, « The right to take part in cultural life », *op. cit.*, p. 10.

(1048) E. Stamatopoulou, « The right to take part in cultural life », *op. cit.*, p. 11. J. Morsink écrit ainsi que « The double use of the definite article 'the' in the first paragraph is ground for suspicions [...]. The article does not say, as it might have, that everyone has a right 'to participate in the cultural life of his or her community'. This pluralistic wording would have allowed for the possibility ands the likelihood that being a citizen of a certain State and participating in the cultural life of one's community are for some people not one and the same thing. Article 27 seems to assume that 'the community' one participates in and with which one identifies culturally is the dominant one of the nation-State. There is no hint here of multiculturalism or pluralism [...]. For some citizens this cultural life is that of the dominant group, nation, or community within the State [...]. For others this cultural life is the life of a religious, ethnic, or linguistic minority, whose members are loyal citizens of the State, but who do not find their identities fed by the dominant culture that informs state structures » (J. Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent*, *op. cit.*, p. 269).

2. L'interprétation originaire de l'article 15 du Pidesc

340. Tout comme l'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'article 15 du Pacte a d'abord reçu une portée restrictive. Limité à la « Haute Culture », le droit consacré à l'article 15 entendait surtout rendre les arts, les sciences et la littérature accessibles à tous.

La notion de culture dans le droit de participer à la vie culturelle n'a jamais fait l'objet d'une définition claire de la part des auteurs de cette disposition(1049). Les références à l'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et à sa portée laissent penser que l'article 15 s'inscrit, dans l'esprit de ses rédacteurs, dans une perspective similaire : celle de rendre accessible la « Haute Culture » (la culture « légitime »), d'encourager la démocratisation de la culture « classique », largement inaccessible à la population(1050). À l'origine, l'article 15 était étranger à toute idée de démocratie culturelle(1051). Le Comité atteste de ce point de vue originaire de la culture dans les « Lignes directrices pour la rédaction des rapports »(1052).

341. L'article 15, au contraire de l'article 27, ne spécifie pas l'origine de la culture à laquelle il donne droit. Pour certains auteurs, l'absence de référence aux « communautés » culturelles dans lesquelles la culture se développe affecte la portée de cet article. À leurs yeux, le rappel par Comité, dès 1990, du rôle positif des communautés et des groupements dans la vie culturelle(1053), a ainsi été bienvenu(1054). D'autres auteurs ont jugé que l'absence de référence aux communautés dans l'article 15 était positive parce qu'elle évite

(1049) Y. Donders, *Towards a Right to Cultural Identity ?*, *op. cit.*, p. 151.

(1050) Y. Donders, « The Legal Framework of the Right to Take Part in Cultural Life », *op. cit.*, p. 256.

(1051) R. O'Keefe, « The 'Right to Take Part in Cultural Life' Under Article 15 of the ICESCR », *op. cit.*, pp. 912-913 ; Y. Donders, « Cultural life in the context of Human Rights », *op. cit.*, p. 4.

(1052) Revised Guidelines regarding the Form and the Content of Reports to be submitted by States Parties under articles 16 and 17 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, UN Doc. E/1991/23, pp. 88-108, § 1, b.

(1053) Revised Guidelines regarding the Form and the Content of Reports to be submitted by States Parties under articles 16 and 17 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, UN Doc. E/1991/23.

(1054) Y. Donders, « Cultural life in the context of Human Rights », *op. cit.*, p. 4.

de restreindre l'individu à une communauté culturelle[1055] et place l'individu au centre de la définition de culture, comme le « maker, shaker and breaker of cultures »[1056].

À notre sens, le rappel par le Comité des communautés culturelles est fondamental si on le comprend en lien avec le concept de cultures sociétales de Kymlicka[1057]. Toutefois, la formulation de l'article 15 a le mérite de rappeler que, *in fine*, c'est à chaque individu de déterminer le contenu de la culture à laquelle il décide de participer. Cette formulation rend plus dynamique l'appréhension de la culture et du dialogue culturel. Elle permet également d'éviter l'illusion d'une conception monolithique des cultures et la confiscation par des groupes particuliers de la définition de la culture[1058]. Cette interprétation aboutit à préserver la liberté culturelle en mettant l'accent sur les choix culturels des personnes[1059]. Dans cet esprit, la culture n'est pas, en vertu de l'article 15, protégée pour elle-même mais bien pour ce qu'elle implique dans les droits des individus[1060]. L'article 15 évite ainsi un enfermement des individus dans une culture déterminée et ouvre le dialogue à l'ensemble des cultures[1061]. L'Observation générale n° 21 sur le droit de participer à la vie culturelle traduit en partie cette idée en préservant « [les] spécificités individuelles et leurs différences »[1062].

(1055) J. Smiers, « No copyright and no domination of cultural markets », Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Discussion générale sur le droit de participer à la vie culturelle, 8 mai 2008, E/C.12/40/4, p. 2.

(1056) Voy. A. Eide, « Cultural right as individual human right », *op. cit.*, p. 290.

(1057) Une « culture sociétale » « offre à ses membres des modes de vie, porteurs de sens, qui modulent l'ensemble des activités humaines, au niveau de la société, de l'éducation, de la religion, des loisirs et de la vie économique, dans les sphères publique et privée » (W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, *op. cit.*, p. 115). Notre traduction.

(1058) C. Groni, « The right to take part in cultural life », *op. cit.*, p. 7 ; P. Meyer-Bisch « Le droit de participer à la vie culturelle – Contenu et importance pour la réalisation de tous les droits de l'homme », *op. cit.*, p. 3.

(1059) C. Groni, « The right to take part in cultural life », *op. cit.*, p. 8.

(1060) *Ibid.*, p. 7.

(1061) C'est pourquoi la doctrine appelait le Comité à réviser ses Lignes directrices pour la rédaction des rapports afin de clarifier l'article 15 afin de revenir sur l'idée selon laquelle « the right of everyone to take part in the cultural life which he or she considers pertinent, and to manifest his or her own culture ». Voy. C. Groni, « The right to take part in cultural life », *op. cit.*, p. 8.

(1062) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 21, *Droit de chacun de participer à la vie culturelle (art. 15, § 1, a) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 43e session, 21 décembre 2009, E/C.12/GC/21, § 12.

342. Contrairement à l'article 27 de la Déclaration universelle, l'article 15 ne contient pas de référence à la liberté de choix de l'individu dans la vie culturelle. Soulignée par plusieurs auteurs, cette carence a été comblée par le Comité qui reconnaît à chacun le droit de participer à la vie culturelle « qu'il ou elle considère comme étant pertinente »[(1063)]. Cette dimension est fondamentale car elle emporte une certaine vision du rôle de l'État dans la mise en œuvre du droit à la culture et prolonge la réflexion sur la place centrale de l'individu dans le droit à la culture[(1064)]. Il est d'ailleurs regrettable que l'Observation générale n° 21, adoptée en 2009, n'insiste pas plus clairement sur la liberté de choix de l'individu[(1065)].

S'il est certain que, *in fine*, l'individu titulaire du droit dispose d'une grande liberté de choix dans la mise en œuvre du droit de participer à la vie culturelle, ce droit fondamental n'en est pas pour autant dénué de dimension collective. En effet, l'objet du droit à la culture est, par définition, un bien commun. Le droit à la culture maintient ainsi un lien indissociable avec le collectif, notamment à travers la création d'obligations concernant certains groupes particuliers d'individus. Ce lien n'est d'ailleurs pas nié dans la formulation de l'article 15. Simplement, ces aspects collectifs sont reconnus par le biais d'un droit individuel[(1066)].

Ce sont d'ailleurs précisément ces éléments sur la liberté de l'individu qui ont permis de faire évoluer le contenu de l'objet de l'article 15(1)[(1067)].

(1063) Y. Donders, « Cultural life in the context of Human Rights », *op. cit.*, p. 4. Soulignons d'ores et déjà le parallèle avec l'interprétation du droit à l'épanouissement culturel par la Cour constitutionnelle qui a insisté sur la liberté de choix.

(1064) Voy., sur cette idée, le *Rapport mondial sur le développement humain. La liberté culturelle dans un monde diversifié* : « Les individus veulent être libres de prendre part à la société sans avoir à se détacher des biens culturels qu'ils ont choisis » (PNUD, 2004, *Rapport mondial sur le développement humain. La liberté culturelle dans un monde diversifié*, Paris, Economica, p. 1).

(1065) En effet, dans la définition de la vie culturelle donnée dans l'Observation générale, l'accent mis sur le caractère individuel ne se prolonge pas par une reconnaissance explicite de l'importance de la liberté de choix en matière culturelle. Même si cette liberté de choix est nécessairement implicite à l'Observation générale, cela aurait été plus clair en le disant...

(1066) C. Groni, « The right to take part in cultural life », *op. cit.*, p. 9.

(1067) Y. Donders, « Cultural life in the context of Human Rights », *op. cit.*, p. 5. Les États faisaient rarement référence à cet article, et le Comité n'en contrôlait presque pas l'application.

B. **L'élargissement à la diversité des expressions culturelles**

343. En 1990, lorsque le Comité revoit ses *Lignes directrices pour la rédaction des rapports étatiques*, il décide d'étendre le champ d'application de l'article 15 du Pidesc[1068]. Le Comité se départit alors d'une conception restrictive de la culture. Bien sûr, l'exigence d'accessibilité de la « Haute Culture » reste d'actualité. La première des obligations de l'État citée par les *Lignes Directrices* reste d'ailleurs de rendre accessible la « Haute Culture » à toute la population. Est visé non seulement le droit d'accéder, mais également celui de créer des œuvres qui se rapportent à la « Haute Culture »[1069]. Mais cette « Haute Culture » n'est plus l'unique préoccupation du Comité, qui a rapidement étendu ses prérogatives à la culture populaire et plus largement aux formes plurielles de la culture.

C'est ainsi que le droit d'accéder aux ressources culturelles a progressivement conquis tous les domaines de la création, des pratiques culturelles[1070], des expressions culturelles[1071] et des processus créatifs, pour englober l'ensemble des pratiques et des œuvres qui expriment et incarnent le travail sur le sens[1072].

Peu à peu, l'objet du droit à la culture n'a donc plus seulement concerné les formes instituées ou légitimées de l'expression culturelle, mais l'ensemble des expressions culturelles. Cette évolution dans l'interprétation des deux articles s'est réalisée dans l'enceinte de l'UNESCO, pour l'article 27 de la Déclaration universelle, et au sein du Comité pour les droits économiques, sociaux et culturels, pour l'article 15 du Pacte.

344. Désormais, cette interprétation est ancrée dans un instrument de valeur conventionnelle : la Convention sur la diversité des

(1068) R. O'Keefe, « The 'Right to Take Part in Cultural Life' Under Article 15 of the ICESCR », *op. cit.*, pp. 904-905.

(1069) *Ibid.*, p. 906 ; General Discussion day on the Right to Take part to Cultural Life as recognised in Article 15 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, E/1993/22, chap. VII, § 208.

(1070) L. Prott, « Understanding One Another on Cultural Rights », *op. cit.*, p. 165.

(1071) L'objet du droit à la culture a ainsi pu être qualifié de « culture globalisée ». Voy. P. Thornberry, « Cultural rights and universality of human rights », *op. cit.*, p. 3.

(1072) Voy. Première partie.

formes culturelles[1073], dont la mise en œuvre implique de nombreux recoupements avec la mise en œuvre du droit à la culture.

1. L'interprétation de l'article 27 au sein de l'UNESCO

345. Dès 1952, le document de base de l'UNESCO sur l'article 27 jette les bases d'une interprétation élargie de l'objet de l'article 27 de la Déclaration[1074]. La « vie culturelle » y est liée à une conception large de la culture, intégrant « l'activité culturelle de l'ensemble de la population ». Sont réputés être concernés par l'article 27 non seulement les expressions artistiques (œuvres et manifestations artistiques, littéraires et poétiques), mais aussi les aspects culturels de la vie religieuse, les œuvres philosophiques, le cinéma, les travaux et découvertes scientifiques et « les arts populaires et les traditions folkloriques », dans les domaines « littéraire, religieux, mythologique, philosophique, architectural et plastique, musical et chorégraphique, théâtral, artisanal »[1075].

L'interprétation du concept de « communauté » est ouverte : elle s'étend aux communautés déterminées sur une base géographique (celle de la ville, du village, de la nation, du groupe de nations) ou aux communautés fondées sur d'autres critères (celles construites sur la base des métiers, des églises, des classes, des partis, des langues ou des associations)[1076].

346. À partir des travaux de l'UNESCO consacrés à l'article 27 de la Déclaration universelle, il est possible de conclure que l'article 27 doit désormais être interprété dans un sens bien plus large que celui envisagé par ses rédacteurs.

(1073) Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, adoptée par la 33e Conférence générale de l'UNESCO, 20 octobre 2005.

(1074) *Ibid*., p. 13.

(1075) *Ibid*., pp. 9-10. L'UNESCO estime par ailleurs que si une hiérarchie doit être établie entre ces différentes facettes de la vie culturelle, cette hiérarchie devra tenir compte de la place relative qu'elles occupent dans la vie culturelle de telle communauté (p. 10).

(1076) *Ibid*., p. 8.

2. L'évolution de l'interprétation de l'article 15 du Pidesc

347. Dès 1990, le Comité étend la portée de l'article 15, 1° du Pacte[1077]. Cette ouverture sera encouragée par les travaux de Samba Cor Konaté, l'expert chargé en 1992 de rédiger un rapport sur les droits culturels, et qui a appelé le Comité à prendre en compte non seulement les « instruments » et les manifestations de la culture mais aussi la culture en elle-même[1078].

Soucieux de combattre la carence des rapports étatiques sur les avancées et régressions concernant le droit de participer à la vie culturelle, les membres du Comité ont voulu, sur la base des travaux de Konaté, préciser ce droit et en étendre la portée[1079]. Globalement, les membres du Comité ont approuvé le rapport de Konaté. Ainsi, selon eux, la vie culturelle à laquelle l'article 15 donne droit comprend « la littérature orale et écrite », les « chansons », « tous les arts, les objets culturels »[1080], la gastronomie, la musique, la danse ainsi que certaines traditions[1081]. L'idée est d'inclure tous les aspects de l'activité créatrice des hommes et des groupes – matériels ou pas[1082]. L'idée d'une exigence de qualité dans l'offre culturelle impliquant nécessairement une diversité a été avancée[1083].

348. Dans les *Lignes directrices révisées pour la procédure des rapports des États*, le Comité confirme explicitement sa volonté de suivre les Recommandations de l'UNESCO concernant le droit de participer à la vie culturelle[1084]. Désormais, le Comité entend

(1077) Cette extension était déjà contenue en germe dans certains passages des travaux préparatoires et dans la volonté de l'UNESCO d'inscrire l'article 15 dans une perspective plus large que la seule accessibilité à la « Haute Culture ». L'UNESCO mettait ainsi déjà l'accent sur certaines formes de cultures moins « nobles » ou sur la culture de communautés différentes de la culture nationale. Y. Donders, *Towards a Right to Cultural Identity ?*, *op. cit.*, p. 150.

(1078) UN Doc. E/C.12/1992/WP.4, Konaté, 25 novembre 1992, pp. 4-8 ; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Summary record of the 17th meeting, 11 décembre 1992, E/C.12/1992/SR.17.

(1079) Y. Donders, « Cultural life in the context of Human Rights », *op. cit.*, p. 5.

(1080) SR. 17, § 17.

(1081) *Ibid.*, § 23.

(1082) *Ibid.*, § 36.

(1083) *Ibid.*, § 41, § 49.

(1084) Recommendation on Participation in cultural Life, UNESCO General Conference, Doc. 19C/RES, Annexe 1, préambule, 5e considérant, sub § 5 et § 3a).

recevoir des informations sur les fonds disponibles pour le développement culturel, sur les institutions et infrastructures qui permettent de développer la culture et les mécanismes mis en place pour protéger, préserver et promouvoir le patrimoine culturel[1085].

L'évolution des exigences du Comité concernant les rapports des États traduit un changement profond dans la perception du droit à la culture. Ainsi, si les rapports des États sur l'article 15 doivent désormais faire état de « l'accessibilité pour la population à la vie culturelle qu'elle considère comme étant pertinente »[1086], et non plus seulement de l'accessibilité à la « Haute Culture », c'est que l'on considère que l'individu a le choix de la culture à laquelle il veut accéder et que l'État doit assumer ce choix. L'accent est mis sur le cinéma[1087], souvent sur les médias[1088], sur les programmes culturels dans les écoles, sur le tourisme et, plus rarement, sur le sport[1089] (malgré l'attention de l'UNESCO sur ce point[1090]). Les « Conclusions générales » du Comité traduisent également cette extension du champ d'application du concept de culture : le Comité entend contrôler l'accessibilité et la possibilité d'une participation à

(1085) Influencés par ces nouvelles lignes directrices, qui précisent le droit de participer à la vie culturelle, les États développent désormais, dans leur rapport, de manière plus approfondie, les initiatives prises dans le contexte du droit de participer à la vie culturelle. Les États démontrent leur implication dans le soutien à l'art populaire, aux arts de la scène, aux arts folkloriques, à l'artisanat et à la littérature. Ils citent également les mesures de protection de l'artiste, la liberté de création et la diffusion des productions culturelles. Ils énumèrent les mesures prises dans les secteurs du patrimoine et de l'éducation permanente. Y. DONDERS, « Cultural life in the context of Human Rights », *op. cit.*, p. 5.

(1086) Revised Guidelines regarding the Form and the Content of Reports to be submitted by States Parties under articles 16 and 17 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, UN Doc. E/1992/23, § 310.

(1087) *Ibid.*, §§ 151, 310 ; UN Doc. E/1993/22, § 147 ; UN Doc. E/C.12/1996/SR.4, § 31.

(1088) Revised Guidelines regarding the Form and the Content of Reports to be submitted by States Parties under articles 16 and 17 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, UN Doc. E/C.12/1996/SR.4, § 79 ; Recommendation on Participation in Cultural Life, UNESCO General Conference, Doc. 19C/RES, preambule, 22nd recital.

(1089) Revised Guidelines regarding the Form and the Content of Reports to be submitted by States Parties under articles 16 and 17 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, UN Doc. E/1992/23, §§ 248, 249.

(1090) Recommendation on Participation in Cultural Life, UNESCO General Conference, Doc. 19C/RES, Annex 1, § 14b.

la « Haute Culture » ainsi qu'à toutes les formes de cultures. Ainsi, il commente tant les mesures prises pour faire accéder la population aux musées, aux bibliothèques et aux beaux-arts que celles envisagées pour soutenir les associations, les institutions, les arts et les productions culturelles(1091). Finalement, toutes les dimensions de la création et de la diffusion, amateures ou professionnelles, sont prises en compte(1092) quel que soit le support(1093). Les rapports des États comportent d'ailleurs désormais nettement la trace de cette évolution de la notion de l'objet du droit à la culture(1094).

349. Cette vision plurielle et diverse des expressions culturelles concernées par l'article 15 a été confirmée lors de la récente Discussion générale du Comité organisée sur le droit de participer à la vie culturelle. À cette occasion, il a été précisé que le droit de participer à la vie culturelle recouvrait les formes « populaires » de la culture(1095) tout en invitant les États à éviter toute forme de « folklorisation »(1096). C'est également lors de cette discussion qu'il a été précisé que la notion de « vie culturelle » devait se comprendre à la lumière de la Convention sur la diversité des expressions culturelles(1097). L'Observation générale n° 21 du Comité, adoptée dans

(1091) Y. Donders, « Cultural life in the context of Human Rights », *op. cit.*, p. 6. Voy. Concluding Observations of The Committee on Estonia (E/C.12/1/Add.85, December 2002) ; Concluding Observations of the Commettee on Luxembourg (E/C.12/1/Add.86, May 2003).

(1092) General Comment No. 17, § 9. Sont cités les poèmes, les nouvelles, les peintures, les sculptures, les compositions musicales, les œuvres cinématographique, les œuvres théâtrales, les arts de la scène ou encore les contes et autres traditions orales.

(1093) Revised Guidelines, art. 15, § 1 (e).

(1094) Les États décrivent en effet les mesures prises dans les domaines des arts plastiques, des arts de la scène, mais aussi des arts traditionnels et folkloriques, de la littérature et de l'artisanat. Ils donnent également des informations sur les industries de la culture et sur les institutions culturelles. Enfin, ils fournissent des explications sur la protection du patrimoine culturel, sur sa promotion et sur la diffusion de la culture, notamment par l'éducation. Voy. Y. Donders, « The Legal Framework of the Right to Take Part in Cultural Life », *op. cit.*, p. 250.

(1095) A. Sow, « Le 'droit de participer à la vie culturelle' », Comité des droits économiques, sociaux et culturels », Discussion générale sur le droit de participer à la vie culturelle, 9 mai 2008, E/C.12/40/19, p. 3.

(1096) *Ibid*.

(1097) International Labour Organisation, « The right to take part in cultural life », 9 mai 2009, Day of General Discussion, p. 2 ; E. Stamatopoulou, « The right to take part in cultural life », *op. cit.*, p. 11.

la foulée de la Discussion générale, consolide cette interprétation en incluant notamment dans l'objet du droit de participer à la vie culturelle « [….] la littérature orale et écrite, la musique et la chanson, la communication non verbale, […] les arts, les coutumes et les traditions »[(1098)].

350. Comme le confirme l'Observation générale n° 21, l'obligation de considérer largement le concept de culture recoupe ainsi largement les obligations qui découlent pour les États de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles[(1099)].

Par ailleurs, il est également établi que les expressions culturelles couvertes par l'article 15 ne sont pas seulement celles qui plaisent et divertissent, mais également celles qui font réfléchir, qui choquent, heurtent ou inquiètent, qui suscitent émotion et discussion[(1100)], même si des limites liées au respect des droits fondamentaux et à l'abus de droit sont inhérentes au droit de participer à la vie culturelle et à la diversité culturelle qu'il postule de sauvegarder et de promouvoir (voy. *supra*).

351. Cette conception particulièrement large a été saluée par la doctrine en ce qu'elle permet un accès à tous les éléments d'expression de la culture considérés comme équivalents[(1101)]. Elle se structure autour de la nécessité d'un accès pour tous à la culture et d'une participation élargie aux pratiques culturelles[(1102)], en prenant en compte les exigences de la diversité.

(1098) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 21, *Droit de chacun de prendre part à la vie culturelle (art. 15, § 1, a) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 43e session, 21 décembre 2009, E/C.12/GC/21, § 13.

(1099) *Ibid*., §§ 40-43 ; Art. 8, IV.-5 de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles.

(1100) J. Smiers, « No copyright and no domination of cultural markets », *op. cit.*, p. 2. L'idéal poursuivi n'est en effet pas seulement la jouissance des pratiques culturelles désirées, mais également la construction d'un débat démocratique autour de la rencontre des genres et des opinions à travers les formes culturelles.

(1101) R. O'Keefe, « The 'Right to Take Part in Cultural Life' Under Article 15 of the ICESCR », *op. cit.*, p. 905.

(1102) A. Oeschger, « Pauvreté et accès à la culture », Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Discussion générale sur le droit de participer à la vie culturelle, 9 mai 2008, E/C.12/40/14, p. 2.

C. L'élargissement aux expressions culturelles de toutes les « communautés »

352. Dans une troisième étape, le droit à la culture a été considéré comme un droit concernant toutes les formes de la créativité, quelle qu'en soit leur origine. Cette étape ne fait que prolonger le mouvement initié en ouvrant le droit à la culture à l'ensemble des cultures et des patrimoines et en embrassant l'ensemble des contextes culturels d'où proviennent ces cultures et patrimoines. Cet élargissement de l'objet du droit à la culture met en lumière l'importance d'un décentrage des politiques culturelles par rapport aux cultures « nationales » ou « dominantes » vers les cultures des migrants, des minorités, des peuples autochtones, et vers les cultures émergentes ou issues du dialogue interculturel.

353. La nouvelle interprétation du droit de participer à la vie culturelle permet ainsi de rencontrer les trois fonctions, identifiées par Julie Ringelheim, d'une interprétation des droits individuels intégrant des « considérations culturelles ». En mettant l'accent sur le respect, la protection et la mise en œuvre de toutes les cultures provenant de tous les groupes, le droit de participer à la vie culturelle permet d'abord de consacrer réellement un droit effectif pour tous les individus, en prenant en compte leur contexte culturel. Ensuite, interprété de la sorte, le droit à la culture permet de garantir la libre expression de toutes les cultures et le respect des choix culturels de chacun. Enfin, puisque toutes les cultures rentrent dans le champ d'application du droit à la culture, le principe de non-discrimination pourra venir sanctionner les situations dans lesquelles deux affiliations culturelles sont traitées de manière inégale[(1103)].

Cette extension du droit à la culture s'accompagne évidemment de limites. Ouvrir le droit à la culture à la diversité culturelle ne signifie pas que toutes les expressions culturelles seront prises en compte dans le droit à la culture. En effet, les expressions

(1103) J. Ringelheim, « Integrating Cultural Concerns in the Interpretation of General Individual Rights – Lessons from the International Human Rights Case Law », Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Discussion générale sur le droit de participer à la vie culturelle, 9 mai 2008, E/C.12/40/4, pp. 14-15 ; J. Ringelheim, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*

culturelles liberticides ou abusives ne peuvent être protégées par ce droit fondamental et il faudra veiller à trouver un équilibre entre droit à la culture et autres droits fondamentaux, entre pluralisme et respect des principes démocratiques.

1. L'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et la vie culturelle de toutes les communautés

354. Le document de base de l'UNESCO sur l'article 27, rédigé en 1952, témoigne d'une certaine ouverture sur la vie culturelle de toutes les communautés(1104). Désormais, l'UNESCO encourage à « [g]arantir effectivement le libre accès aux cultures nationales et mondiales de tous les membres de la société, sans distinction ni discrimination »(1105). Dans la Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles, qui se réclame de l'article 27 de la Déclaration, la même conception est reprise. Elle offre une ouverture à l'ensemble des expressions, d'où qu'elles viennent.

2. L'article 15 du Pidesc et la vie culturelle de toutes les communautés

355. Poursuivant les travaux de l'UNESCO sur ce point, le rapport de Samba Cor Konaté confirme l'ouverture à toutes les formes de culture, notamment aux cultures minoritaires. L'auteur précise que l'article 15 doit être lu en combinaison avec l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et que les États doivent accorder une attention soutenue à la protection de la culture des minorités(1106). Ce soutien implique, selon O'Keefe, que les minorités indigènes, notamment, ont le droit de développer leur culture et de promouvoir l'accès à cette culture(1107). Les discussions qui se sont déroulées sur la base du rapport de Konaté confirment cette volonté d'accorder de l'attention au droit des individus appartenant à des communautés culturelles spécifiques(1108) de

(1104) UNESCO, Programme de l'UNESCO pour 1952, Résolution 4.52, Étude du droit de participer à la vie culturelle, *op. cit.*, p. 13.
(1105) Art. II, (4), b.
(1106) UN Doc. E/C.12/1992/WP.4, Konaté, 25 novembre 1992, pp. 8-9.
(1107) *Ibid.*, pp. 916-918.
(1108) UN Doc., E/C.12/1992/SR.17, pp. 4-5, 6-7, 12.

participer à la vie culturelle tout en soulignant les difficultés qu'elle implique en termes de contrôle par le Comité[1109].

Le Comité a ensuite explicité cette ouverture vers la diversité culturelle dans les *Lignes directrices révisées* en exigeant des informations sur la protection, la promotion et le soutien aux cultures des minorités, des groupes ethniques, des peuples autochtones et de l'ensemble des groupes fragilisés de la société.

Ainsi interprété, l'objet du droit à la culture rejoint la notion de diversité culturelle telle qu'elle a été consacrée dans la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles[1110]. La Discussion générale de 2008 sur le droit de participer à la vie culturelle a confirmé ce rapprochement entre l'article 15 et la Convention. Quant à l'Observation générale n° 21, elle inscrit résolument la diversité des formes culturelles au cœur de l'objet de l'article 15 en multipliant les renvois à cette Convention[1111]. Cette inscription est prolongée dans l'identification d'obligations particulières à l'égard des individus qui appartiennent à certaines communautés culturelles[1112], telles que les « minorités nationales, ethniques, linguistiques et religieuses » ou les peuples autochtones[1113].

356. Il est désormais établi que la « vie culturelle » correspond non seulement à la vie culturelle nationale, mais aussi à celle des communautés culturelles, des minorités, des groupes ethniques, des groupes fragilisés[1114]. Une attention spécifique est donc apportée à la culture, trop souvent marginalisée et dénigrée, des individus appartenant à ces groupes[1115]. Un soutien particulier à

(1109) *Ibid.*, pp. 4-5.

(1110) Art. 1 lit. g), 2 (2), 6 (1) de la Convention.

(1111) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 21, *Droit de chacun de participer à la vie culturelle (art. 15, § 1, a) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 43e session, 21 décembre 2009, E/C.12/GC/21, §§ 40-43.

(1112) *Ibid.*, § 21.

(1113) *Ibid.*, § 27 et §§ 32-37.

(1114) Le Comité a pris l'habitude d'examiner la situation de certains groupes spécifiques, comme les minorités, les groupes ethniques, les groupes indigènes ou encore les Roms, afin de vérifier si leur patrimoine culturel est protégé et s'ils bénéficient des garanties suffisantes pour accéder à la culture.

(1115) E. Stamatopoulou, « The right to take part in cultural life », *op. cit.*, p. 3.

leur développement culturel doit être fourni[1116] afin de leur permettre de jouir et de préserver leur patrimoine culturel[1117]. Cette obligation de préservation et de protection du patrimoine culturel de l'ensemble des communautés met en lumière les liens entre ces cultures et la culture de la société en général, sur la richesse de la diversité pour l'ensemble des individus et non pas seulement pour certains individus. Par rapport à l'article 27 du Pacte sur les droits civils et politiques, qui sera envisagé ci-après, et les différents instruments de protection des droits des minorités et des peuples autochtones, l'utilité d'un énième recoupement du droit de ces groupes à protéger leur culture et à l'exprimer, s'ils le désirent, a été interrogée. Selon Julie Ringelheim, la valeur ajoutée de l'article 15 sur ce point est claire : elle consiste à mettre en rapport la culture de ces groupes avec celle de la société en général, au lieu de se concentrer exclusivement sur leur culture, et d'insister sur la contribution de ces groupes à la culture de la société[1118]. Enfin, il est clairement établi que la vie culturelle au sens de l'article 15 s'étend aux contacts culturels internationaux[1119].

Cette ouverture du droit à la culture constitue la garantie d'un accès à toutes les cultures, qui permet d'éviter tout enfermement dans une culture[1120] et renforce l'aspect universel de ce droit[1121].

(1116) Les rapports des États mentionnent ainsi régulièrement les mesures prises pour favoriser le développement culturel et la protection du patrimoine culturel des minorités et des peuples indigènes. Ils relatent également le processus éducatif comprenant les informations sur les autres cultures et fournissent des explications sur la promotion du dialogue interculturel. Y. Donders, « The Legal Framework of the Right to Take Part in Cultural Life », *op. cit.*, p. 250.

(1117) P. Thornberry, « Cultural rights and universality of human rights », *op. cit.*, p. 8 ; D. McGoldrick, « Culture, Cultures and Cultural Rights », *op. cit.*, pp. 447-473.

(1118) J. Ringelheim, « Some Comments on the Right to take part to cultural life », Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Discussion générale sur le droit de participer à la vie culturelle, 9 mai 2008, E/C.12/40/4, p. 4.

(1119) Dans cet esprit, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale s'est dit « vivement préoccupé » par les mesures prises par le Turkménistan, qui impliquaient une restriction à l'accès à la culture et à l'art étranger. Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, CEDR/C/TKM/CO/5, 2005, § 19.

(1120) P. Thornberry, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester, Manchester University Press, 2004, p. 197.

(1121) P. Thornberry, « Cultural rights and universality of human rights », *op. cit.*, p. 8.

Pour autant, elle ne modifie pas la sphère de sens de l'objet du droit. En effet, c'est toujours la culture dans un sens matériel (expressions culturelles et patrimoines) qui est visée c'est-à-dire la culture entendue dans les 3e et 4e sens dégagés dans la première partie.

3. L'article 27 du Pidcp et la vie culturelle des minorités

357. La portée de l'article 27 du Pacte international sur les droits civils et politiques a toujours dépassé le champ conceptuel des œuvres et des patrimoines(1122). Toutefois, il est possible d'identifier deux grandes dimensions dans l'article 27 : d'abord, la protection des aspects spécifiquement culturels de la culture des minorités, c'est-à-dire la protection de la vie culturelle au sens strict, ensuite, la protection de toutes les caractéristiques des minorités, de leur mode de vie à leurs traditions. Dans le premier sens, l'interprétation de l'article 27 rejoint l'interprétation de l'article 15 dégagée dans le point précédent. Dans tous les cas, l'article 27 restreint la portée de la culture à laquelle cet article donne droit puisque sont uniquement visées ici les minorités et leur vie culturelle(1123).

4. Les autres instruments

358. La Convention sur les peuples autochtones peut être considérée, dans certains de ses éléments, comme une précision du droit de participer à la vie culturelle dans le cas des peuples autochtones(1124).

359. De la même manière, certaines dispositions de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales spécifient le droit de participer à la vie culturelle(1125). Ainsi, le Comité pour l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales a développé une approche intéressante de la diversité culturelle(1126) en

(1122) Y. Donders, *Towards a Right to Cultural Identity ?*, *op. cit.*, p. 332.

(1123) C. Groni, « The right to take part in cultural life », *op. cit.*, p. 7.

(1124) Signalons que sur la base de l'article 7, 3° de cette Convention qui implique une consultation et une étude approfondie des mesures qui pourraient avoir un impact sur leur développement, une requête contre l'Équateur a été menée, qui visait notamment à faire reconnaître l'importance de la consultation des peuples indigènes dans le cas de politiques culturelles affectant leur culture. International Labour Organisation, « The right to take part in cultural life », *op. cit.*, pp. 2-3.

(1125) Cette Convention a été ratifiée par la Belgique.

(1126) P. Thornberry, « Cultural rights and universality of human rights », *op. cit.*, p. 17.

précisant une série d'exigences liées à la protection de la diversité dans la mise en œuvre du droit de participer à la vie culturelle[1127].

5. Une interprétation en lien avec la Convention sur la diversité culturelle

360. L'interprétation de l'objet du droit de participer à la vie culturelle s'effectue désormais en lien avec la Convention sur la protection et la promotion des expressions culturelles. Cette Convention, initialement centrée autour des « expressions artistiques » et des « contenus culturels », a fini par embrasser toutes les « expressions culturelles »[1128], c'est-à-dire l'ensemble des pratiques et des œuvres qui incarnent la culture au sens général du terme dans des formes créatives et artistiques.

Le droit à la culture se structure donc désormais autour de cette notion de diversité culturelle. Il crée des droits sur une culture plurielle, diversifiée à la fois en termes de contenus, mais également en termes de styles et d'origines.

361. Cette interprétation du droit à la culture en relation avec le concept de diversité culturelle s'inscrit dans la perspective des réflexions de la première partie. Elle se réfère en effet à une notion de culture « signifiante » pour l'individu, qui lui permet de

(1127) « States parties should, for example, report (a) on measures taken to enhance the right of all persons without discrimination to participate in cultural life, while at the same time respecting and protecting cultural diversity ; (b) on measures taken to encourage creative activities by persons belonging to groups protected under the Convention, and to enable them to preserve and develop their culture ; (c) on measures taken to encourage and facilitate their access to the media, including newspapers, television and radio programs, and the establishment of their own media ; (d) on measures taken to prevent racial hatred and prejudice in competitive sports and (e) on the status of minority, indigenous and other languages in domestic law and in the media » (Guidelines for the CERD-specific document to be submitted by States parties under article 9, paragraph 1 of the Convention, Committee, 71st session, 30 juillet-17 août 2007, CERD/C/71/Misc.1). Ce passage a le mérite de reprendre les trois concepts de l'objet du droit à la culture. En effet, à travers les obligations des États en matière de procédure de rapport, sont abordées toutes les sphères de sens du droit à la culture. Il présente aussi l'avantage d'accentuer le lien entre le concept de la culture envisagée dans ce point et la diversité culturelle.

(1128) S. Regourd, « Le paradigme européen de la diversité culturelle à l'aune de la Convention UNESCO », *op. cit.*, p. 609.

se construire à partir d'un « donné » et d'exercer sa liberté de choix dans un univers pluriel et diversifié.

L'objet du droit à la culture doit ainsi être compris en référence à l'ensemble des pratiques socio-culturelles, expressions et patrimoines qui incarnent la culture au sens large dans des formes et des procédés créatifs, expressifs et critiques et qui, de ce fait, permettent une réflexion sur le sens. L'objet du droit à la culture se comprend ainsi foncièrement en rapport avec l'individu titulaire de ce droit parce qu'il lui permet d'exercer sa liberté de choix et de développer ses capabilités.

Dans ce sens, l'objet du droit à la culture ne comprend pas les formes liberticides de culture, qui ne visent pas à épanouir l'individu et à développer ses capabilités mais à réduire sa liberté. Il n'est pas non plus concerné par ces structures culturelles qui ne tolèrent pas d'autres formes culturelles et visent la destruction de la diversité précisément recherchée par le droit à la culture.

D. **Vers la reconnaissance du droit à l'identité culturelle : l'élargissement à la culture au sens anthropologique**

362. Dans une quatrième étape, les développements qualifiés d'anthropologiques de l'interprétation du droit à la culture ont poussé ce droit à se rapprocher des problématiques touchant à l'identité culturelle.

Dans ce sens, l'objet du droit à la culture englobe non seulement les réalisations matérielles d'un groupe donné mais également tout ce qui relève du mode de vie des individus, en ce compris tous les modèles de comportement et de pensée[1129]. Le concept de culture s'est ainsi étendu jusqu'à se comprendre par référence à la notion la plus large de la culture, pour désigner « in accordance with the anthropological approach, a way of life of individuals and communities »[1130].

C'est surtout la nécessité d'adopter une conception moins centrée sur une vision « occidentale » de la culture qui a justifié cette

(1129) R. O'Keefe, « The 'Right to Take Part in Cultural Life' Under Article 15 of the ICESCR », *op. cit.*, p. 905 ; R. Stavenhagen, « Cultural Rights : A Social Science Perspective », *op. cit.*, pp. 19-47.

(1130) Y. Donders, « Cultural life in the context of Human Rights », *op. cit.*, p. 7.

évolution dans l'interprétation du concept de culture[1131], qu'on peut également remarquer dans la Charte des Nations Unies[1132] et dans la Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles[1133].

363. Ainsi, selon certains auteurs, il est devenu possible d'envisager la reconnaissance, par l'article 15, d'un droit à l'identité culturelle[1134].

1. L'interprétation de l'article 27 du Pidcp et du droit d'avoir « sa propre vie culturelle »

364. En raison de sa nature même, l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne protège pas que les expressions culturelles des minorités mais également le mode de vie, l'utilisation des terres et les activités traditionnelles. C'est donc l'identité culturelle des groupes dans leur ensemble qui est protégée par cet article[1135].

(1131) Voy. par exemple, le raisonnement de R. Stavenhagen, « Cultural Rights : A Social Science Perspective », *op. cit.*, p. 9.

(1132) H. Niec, « The concept of culture in the context of human right », in *Human Rights and Cultural Policies in a Changing Europe*, R. Fisher, B. Groombridge, J. Häusermann et R. Mitchell (dir.), Helsinki, Art Council of Finland, 1994, p. 173.

(1133) P. Meyer-Bisch, « Le droit de participer à la vie culturelle – Contenu et importance pour la réalisation de tous les droits de l'homme », *op. cit.*, p. 3.

(1134) R. Stavenhagen, « The Right to Cultural Identity », in *Human Rights in a Pluralist World. Individuals and Collectivities*, J. H. Burgers (dir.), London, Meckler, 1990, pp. 255-258. L'interprétation de l'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme dément cet état de fait car elle reste restrictive, sans doute parce qu'elle n'a pas eu beaucoup l'occasion d'évoluer Y. Donders, *Towards a Right to Cultural Identity ?*, *op. cit.*, pp. 143-144.

(1135) Voy. « With regard to the exercise of the cultural rights protected under article 27, the Committee observes that culture manifests itself in many forms, including a particular way of life associated with the use of land resources, especially in the case of indigenous peoples. That right may include such traditional activities as fishing or hunting and the right to live in reserves protected by law. The enjoyment of those rights may require positive legal measures of protection and measures to ensure the effective participation of members of minority communities in decisions which affect them [...]. The Committee observes that none of the rights protected under article 27 of the Covenant may be legitimately exercised in a manner or to an extent inconsistent with the other provisions of the Covenant ». CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, General Comment n° 23, The rights of minorities (Art. 27), 8 avril 1994, §§ 7-8.

L'interprétation large de la portée de l'article 27 du Pacte international sur les droits civils et politiques tient évidemment à la portée particulière qu'il revêt dans le contexte minoritaire. Or, il y a une grande différence de nature entre l'article 27 du Pacte, consacré aux spécificités de groupes vulnérables en raison de leur culture au sens anthropologique, et l'article 15, qui est un droit universel visant à favoriser la participation de tous à la culture dans un sens plus précis. C'est pourquoi il convient d'être prudent et de ne pas inférer de la portée large de l'article 27 du Pidcp des conclusions hâtives pour la portée de l'article 15 du Pidesc.

2. L'élargissement de l'interprétation de l'article 15 du Pidesc

365. Les diverses menaces pesant sur certains modes de vie et le risque d'homogénéisation des minorités ont été à la source de l'adoption de l'article 27 du Pidcp. Ces préoccupations ont amené les institutions chargées de protéger la culture, dont l'UNESCO[1136], à considérer l'article 15 du Pacte relatif aux droits économiques sociaux et culturels comme protégeant également la culture, au sens anthropologique, et l'identité culturelle[1137].

C'est en 1992, à la suite des travaux de Konaté[1138], que le Comité consacre cette extension de l'objet de l'article 15[1139]. Dès lors, il

(1136) Yvonne Donders souligne le rôle central de l'UNESCO dans l'extension du champ d'application de l'article 15. Cette organisation a en effet développé une conception large de la culture qui inclut les aspects non matériels et met en valeur les dimensions collectives de la culture. De plus, l'organisation avait déjà adopté, à l'époque, une série d'instruments intégrant des aspects de l'identité culturelle Enfin, rappelons que l'UNESCO n'avait pas hésité à défendre, devant l'Assemblée générale des Nations Unies, le droit pour les minorités à la participation culturelle, qui aurait trouvé son siège dans l'article 15 du Pidesc (Y. Donders, *Towards a Right to Cultural Identity ?*, *op. cit.*, p. 150) et avait insisté sur les dimensions collectives de ce droit, sans pour autant que les rédacteurs de l'article n'entérinent cette interprétation (*ibid.* p. 150).

(1137) General Discussion on the right to take part in cultural life recognised in article 15 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural rights, UN Doc. E/1993/22, Chap.VII, §§ 204, pp. 209-210.

(1138) Voy. notamment cette affirmation de l'auteur : « Culture is no longer an expression of knowledge or demand for recreational activities as consumer goods, but reflects a way of being and feeling, in short, the community's way of life and thought » E/C.12/1992/WP.4, Konaté, 25 novembre 1992, pp. 2-3 ; pp. 15-16.

(1139) UN Doc. E/C.12/1992/WP.4, Konaté, 25 novembre 1992, pp. 2-3 ; pp. 15-16.

a été admis que la culture dans le droit de participer à la culture devait être entendue dans un sens anthropologique, et concernait non seulement le mode de vie mais également le mode de pensée, les habitudes, le langage, les vêtements, les arts et les traditions de la population(1140). L'idée de Konaté était d'étendre la portée du droit de participer à la vie culturelle afin que celui-ci puisse refléter le droit à sa culture. Selon lui, malgré les affirmations du Comité, le droit à sa culture, qu'il définit comme le droit collectif de la communauté à son identité culturelle et à sa culture(1141), devrait être reconnu en droit international. Pour Konaté, le droit à sa culture est un présupposé du droit de participer à la vie culturelle(1142) et devrait être consacré par l'entremise de ce droit(1143). Dans cette perspective, le droit de participer à la vie culturelle suppose le droit à l'identité culturelle.

Séduit par l'approche de Konaté(1144), le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a posé comme exigence que les États lui fournissent des informations sur « la promotion de l'identité culturelle comme un facteur d'appréciation mutuelle entre les individus, les groupes, les nations et les régions »(1145). Toutefois, hormis cette référence large à l'identité culturelle, les *Lignes directrices révisées* laissent ouverte la question de savoir si les informations à fournir doivent concerner les modes de vie et les traditions ou si elles ne concernent que la participation à la vie culturelle entendue comme diversité d'initiatives citoyennes créatives, d'expressions artistiques et d'éléments du patrimoine(1146). Cette imprécision permet

(1140) R. O'Keefe, « The 'Right to Take Part in Cultural Life' Under Article 15 of the ICESCR », *op. cit.*, p. 905.

(1141) Qu'il dénomme « droit à la culture » mais pour lequel nous retiendrons l'appellation de « droit à sa culture » pour des raisons de clarté.

(1142) E/C.12/1992/WP.4, Konaté, 25 novembre 1992, pp. 2-3.

(1143) La combinaison avec l'article 27 du Pacte relatif aux droits civils et politiques amène Konaté à reconnaître que l'idée d'autonomie et d'identité est essentielle au droit de participer et d'accéder à la culture. Dans ce cadre, les minorités doivent recevoir une protection. UN Doc. E/C.12/1992/WP.4, Konaté, 25 novembre 1992, pp. 8-9.

(1144) CESCR, General Discussion of the right to take part in cultural life as recognized in article 15 of the ICESCR, Un Doc. E/C.12/1992/WP.4.

(1145) UN doc. E/1991/23, Annexe 4, Revised Guidelines, 1990, pp. 108-110 et Y. Donders, *Towards a Right to Cultural Identity ?*, *op. cit.*, p. 150.

(1146) « Read alone, the Guidelines leave it open to whether the mere participation of minorities and indigenous groups in the classical cultural life is protected or, more comprehensively, their cultures as a way of life » (C. Groni, « The right to take part in cultural life », *op. cit.*, p. 5).

soit d'interpréter l'article 15 en le limitant à la culture au sens du point précédent (la diversité des expressions culturelles), soit de l'envisager comme un droit à l'identité culturelle.

366. Certains auteurs ont d'emblée interprété cette référence dans les *Lignes directrices révisées* comme une confirmation de ce que le Comité optait pour une conception de la culture au sens anthropologique du terme(1147) et ont déduit que l'article 15 se rattachait donc aux préoccupations liées à la culture au sens anthropologique du terme(1148).

Yvonne Donders a pour sa part constaté que les États ont pris l'habitude d'insérer dans leurs rapports des informations relatives à la protection des cultures des minorités, des informations concernant le pluralisme et le multiculturalisme, la préservation des langues, des cultures et des modes de vie(1149). La pratique du Comité – dont on rappelle le caractère non contraignant – révèle ainsi que celui-ci a très vite accordé une attention particulière aux droits reconnus aux groupes culturels, bien au-delà de la sphère culturelle, afin de vérifier si leur droit à l'identité culturelle, leur mode de vie et leurs traditions sont protégés(1150) et si leurs droits aux ressources culturelles, au travail ou à l'éducation sont respectés.

(1147) A. Eide, « Cultural Rights as Individual Human Rights », *op. cit.*, p. 290 ; R. O'Keefe, « The 'Right to Take Part in Cultural Life' Under Article 15 of the ICESCR », *op. cit.*, p. 905.

(1148) C. Groni, « The right to take part in cultural life », *op. cit.*, p. 4 ; Y. Donders, *Towards a Right to Cultural Identity ?*, *op. cit.* ; P. Meyer-Bisch, *Les droits culturels, projet de Déclaration*, art. 1, *Déclaration de Fribourg sur les droits culturels*, p. 12 ; M. Craven, « The right to Culture in the ICESCR », in *Human Rights and Cultural Policies in a Changing Europe*, *op. cit.*, pp. 161-171 ; A. Eide, « Cultural Rights as Individual Rights », *op. cit.*, p. 293 ; S. A. Hansen, « The Right to Take Part in Cultural Life : Toward Defining Minimum Core Obligations Related to Article 15 (1)(A) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », in *Core Obligations : Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, *op. cit.*, p. 285 ; R. O'Keefe, « The 'Right to Take Part in Cultural Life' Under Article 15 of the ICESCR », *op. cit.*, p. 916 ; International Commission of Jurists, « Right to take part in cultural life », E/C.12/40/7, 9 May 2008, p. 2.

(1149) Y. Donders, « Cultural life in the context of Human Rights », *op. cit.*, p. 5.

(1150) Les droits linguistiques sont ainsi souvent l'occasion d'un examen attentif des législations (Y. Donders, « The Legal Framework of the Right to Take Part in Cultural Life », *op. cit.*, p. 248 et p. 251). Voy., pour des exemples, Concluding Observations of the Committee on Estonia, E/C.12/Add.85, décembre 2002 ; Brésil E/C.12/Add.87, mai 2003 ; Guatemala, E/C.12/Add.93, décembre 2003 ; Équateur, E/C.12/Add.100, juin 2004 ; Libyan Arab Jamahiriya,

Toutefois, soulignons que les diverses allusions du Comité à l'identité culturelle ne visaient pas spécifiquement l'article 15, mais un ensemble de droits, dont l'article 15 du Pidesc, l'article 27 du Pidcp, la Convention relative aux peuples autochtones ou encore la Convention relative aux minorités(1151). De plus, lorsque, dans ses Observations, le Comité examine les droits relatifs à l'identité culturelle, il ne fait pas systématiquement référence à l'article 15 (1) du Pacte(1152). En réalité, la plupart des cas relatifs à des questions d'identité culturelle et de culture au sens anthropologique sont traités par le Comité des droits civils et politiques sur la base de l'article 27 du Pacte sur les droits civils et politiques(1153). Il paraît par conséquent à notre sens contestable de tirer de cette « jurisprudence » assez obscure du Comité une modification de l'objet des droits reconnus à l'article 15 du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels. Le Comité autorise un lien entre identité culturelle et droit de participer à la vie culturelle(1154) mais sans spécifier la portée de ce lien.

E/CN.12/LYB.CO/2, 25 janvier 2006 ; Slovénie, E/CN.12/SVN/CO/1, 25 janvier 2006 ; Mexique, E/CN.12/CO/MEX/4, 17 mai 2006 ; Maroc, E/CN.12/MAR/CO.3, 19 mai 2006 ; Canada, E/CN.12/CAN/CO/4 et E/CN.12/CAB/CO.5, 19 mai 2006.

(1151) Voy., pour des exemples, States Reports of Slovaquie, 11 juillet 2001 ; State Reports of Poland, 13 juillet 2001 ; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels. Examen des rapports présentés par les états parties conformément aux articles 16 et 17 du pacte – Slovénie,* 35e session, 25 janvier 2006, E/C.12/SVN/CO/1, § 11 ; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels. Examen des rapports présentés par les états parties conformément aux articles 16 et 17 du pacte – Maroc,* 36e session, E/CN.12, MAR/CO/3, 4 septembre 2006, § 32 et § 58 ; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels. Examen des rapports présentés par les états parties conformément aux articles 16 et 17 du pacte – Jamahiriya Arabe Libyenne*, 25 janvier 2006.

(1152) Le Comité se fonde sur un ensemble de dispositions, dont l'article 15, mais aussi les 3 et 2 du Pidesc.

(1153) Voy. *Sandra Lovelace c. Canada* ; *Kitok v. Sweden ; Lubicon Lake Band v. Canada* ; *Ilmari Länsman et al. v. Finland* ; *Jouni E. Länsman v. Finland* ; *Apirana Mahuika et al. v. New Zealand* ; *Awas Tingni v. Nicaragua* ; *Saramaka People v. Suriname*.

(1154) Concluding Observations Finland, UN Doc. E/C.12/FIN/CO/5 (2007), para. 11, 20) ; Lists of Issues Nepal, UN Doc. E/C.12/NPL/Q/2 (2006), para. 32 (rituals, customs and traditions of minorities in Nepal) ; Concluding Observations Libya, UN Doc E/C.12/LYB/CO/2 (2006), para. 43 (culture, language, traditions and customs of all groups including minorities and ethnic groups) ; List of Issues Norway, UN Doc. E/C.12/Q/NOR/2, (2004), para. 13 (traditional livelihoods of the Sami).

367. En réalité, en ce qui concerne l'article 15, la conception « anthropologique » de la culture ne s'est imposée explicitement que récemment, lors de la Discussion générale de 2009 sur le droit de participer à la vie culturelle, où se sont multipliées les références aux modes de vie, aux langages, aux traditions et aux coutumes(1155). Ce changement dans l'interprétation du droit à la culture est confirmé dans l'Observation générale, adoptée peu de temps après la Discussion générale.

L'Observation générale, dont on a rappelé le caractère non-contraignant, indique que la culture, dans le droit de participer à la vie culturelle, doit être appréhendée comme « une notion vaste qui englobe, sans exclusive, toutes les manifestations de l'existence humaine » et l'expression « vie culturelle » comme « une référence explicite à la culture en tant que processus vivant, qui est historique, dynamique et évolutif et qui a un passé, un présent et un futur »(1156). Cette « définition » de la culture, qui n'offre aucune prise pour une analyse juridique, est quelque peu précisée en note en bas de page sur la base de plusieurs documents, dont la Déclaration de l'UNESCO sur la diversité culturelle, qui, en son cinquième paragraphe du préambule, adopte une perspective très large du concept de diversité culturelle en y intégrant « les modes de vie, les façons de vivre ensemble, les systèmes de valeur, les traditions et les croyances ». Un lien est également établi avec la Déclaration de Fribourg qui englobe dans la définition de la culture « les traditions, institutions et modes de vies »(1157). L'orientation anthropologique et sociologique de l'Observation générale est confirmée avec la référence à l'article de Rodolfo Stavenhagen consacré aux droits culturels dans la perspective des sciences sociales(1158). À nouveau, force est de constater que les notions utilisées dans ce document à la valeur interprétative, restent tellement imprécises qu'elles sont totalement insatisfaisantes au plan juridique. Par ailleurs, il

(1155) C. Groni, « The right to take part in cultural life », *op. cit.*, p. 4.

(1156) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 21, *Droit de chacun de participer à la vie culturelle (art. 15, § 1, a) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 43e session, 21 décembre 2009, E/C.12/GC/21, § 10.

(1157) Déclaration de Fribourg sur les droits culturels, art. 2, a.

(1158) R. Stavenhagen, « Les droits culturels ? Le point de vue des sciences sociales », in *Pour ou contre les droits culturels*, H. Niec (dir.), *op. cit.*

convient sans aucun doute de relativiser l'emphase de cette Observation qui traduit paradoxalement son manque d'effectivité : aucune réelle responsabilité juridique n'étant assumée par rapport à ce texte, l'on comprend mieux que des notions très larges de la culture aient été retenues.

368. Selon Yvonne Donders, lorsque l'article 15 est interprété sur la base d'un concept large de la culture, il participe à la protection de l'identité culturelle puisqu'il intègre une dimension individuelle et collective(1159). Dès lors, la culture objet du droit de l'article 15 du Pacte ne se limiterait plus aux expressions et manifestations créatives mais engloberait tout ce qui relève du mode de vie, toutes les caractéristiques d'une société donnée(1160).

Une seule limite est apportée à cette extension de l'objet du droit de participer à la vie culturelle. Lorsqu'une expression ou une pratique culturelle viole les droits de l'homme, il semble acquis qu'elle ne peut être considérée comme protégée par l'article 15 du Pacte(1161), même si le Comité n'a jamais expressément ratifié cette vision des choses(1162). La notion dite « anthropologique » de la culture n'est donc pas entièrement transposée au droit à la culture.

(1159) Y. Donders, *Towards a Right to Cultural Identity ?*, *op. cit.*, p. 161. Selon Yvonne Donders, si effectivement l'article 15 et l'article 27 doivent être interprétés comme recoupant un droit à l'identité culturelle, la protection de ce droit sera facilitée : il suffira de développer ces instruments au lieu d'en adopter un nouveau.

(1160) Y. Donders, « The Legal Framework of the Right to Take Part in Cultural Life », *op. cit.*, p. 256. Finalement, le Comité semble avoir adopté le point de vue de l'UNESCO concernant les communautés culturelles, point de vue qui avait été rejeté lors de la rédaction de l'article 15 (Y. Donders, *Towards a Right to Cultural Identity ?*, *op. cit.*, p. 151).

(1161) Y. Donders, *Towards a Right to Cultural Identity* ?, *op. cit.*, p. 156 ; Ms Haüsermann, UN Doc. E/C.12/1992/SR.17, 11 décembre 1992, pp. 6-7 ; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 21, *Droit de chacun de participer à la vie culturelle (art. 15, § 1, a) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 43e session, 21 décembre 2009, E/C.12/GC/21, § 19.

(1162) Précisons également que le droit de participer à la vie culturelle ne s'est pas transformé, du seul fait de l'extension de son objet, en un droit à l'autodétermination culturelle. Il y a certes des recoupements à opérer entre le droit à l'identité culturelle et le droit à l'autodétermination, mais ce droit collectif par essence se distingue du droit de participer à la vie culturelle qui est un droit individuel (voy. C. Groni, « The right to take part in cultural life », *op. cit.*, p. 10).

En effet, une notion qui se veut descriptive, ne peut être totalement reçue dans le droit des droits de l'homme, qui repose sur des valeurs[1163].

369. Les fondements de cette nouvelle interprétation du droit à la culture sont souvent reliés à la nécessité de dépasser une conception « eurocentrique » de la culture[1164]. Ensuite, l'utilisation d'un concept anthropologique comme fondement de la conception anthropologique de la culture dans l'interprétation de l'article 15 du Pidesc et de l'article 27 de la Déclaration universelle est également motivée par l'aspect collectif d'une telle conception[1165]. La cohérence avec certains développements du droit international est également invoquée. Le concept de culture devrait ainsi être envisagé par rapport au contexte sémantique général dans lequel il s'inscrit au niveau du droit international[1166] et devrait se construire en accord avec la jurisprudence internationale qui tend à reconnaître une portée large à ce concept[1167]. En outre, un dernier fondement invoqué résiderait dans « le droit d'être différent », reflet du principe d'égalité. Ce principe puiserait une de ses racines dans le droit de participer à la vie culturelle[1168].

(1163) C. Groni, « The right to take part in cultural life », *op. cit.*, p. 6.

(1164) *Ibid.*, pp. 5-6.

(1165) E. Nimni, « Collective Dimensions of the Right to take Part in Cultural Life », Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Discussion générale, E/C.12/40/17, 9 May 2008, p. 2.

(1166) C. Groni, « The right to take part in cultural life », *op. cit.*, p. 6.

(1167) International Commission of Jurists, « Right to take part in cultural life », *op. cit.*, p. 5.

(1168) Y. Donders, « Cultural life in the context of Human Rights », *op. cit.*, p. 7.

E. Les écueils affectant la notion de culture dans le droit à la culture en droit international

> *« To exagerate : a 'right to everything' turns out to be a 'right to nothing' quite quickly »*(1169).
>
> *« A great deal of confusion arises in both academic and political discourse when culture in the humanistic sense is not distinguished from 'culture' in its anthropologic senses, notably culture as the total and distinct way of life of a people or of a society »*(1170).
>
> *« Alors que, dans un premier temps, la participation à la vie culturelle était plutôt considérée comme se ramenant aux processus de création artistique et scientifique, elle s'est peu à peu étendue au choix de modes de vie dans un sens plus anthropologique. Il est aujourd'hui particulièrement difficile d'en déterminer les contours »*(1171).

370. L'extension du droit à la culture à l'identité culturelle doit être interrogée. D'abord, parce que cette extension de l'objet du droit à la culture à l'identité culturelle implique un dédoublement de ce droit (1) et un changement dans la nature et la fonction de celui-ci : le droit à la culture devient en effet plus un principe d'interprétation de tous les droits de l'homme, voire un droit aux droits de l'homme dans le respect de son identité culturelle, qu'un droit précis et concret. Par ailleurs, les fondements de cette interprétation du droit à la culture apparaissent trop fragiles et contradictoires (3). En effet, elle repose sur une conception dite « anthropologique » de la culture qui fait l'objet de lourdes critiques, précisément en anthropologie culturelle. Enfin, cette interprétation du droit à la culture dénature le droit à la culture au point de le diluer et de menacer son effectivité (4).

1. Le dédoublement du droit à la culture dans l'extension de son objet

371. Un saut qualitatif est effectué lorsque l'on interprète le droit à la culture en référence avec l'identité culturelle. Il s'agit de

(1169) C. Groni, « The right to take part in cultural life », *op. cit.*, p. 23.

(1170) M. Sahlins, *World Commission on Cultural Diversity. Our creative diversity*, UNESCO Publishing, 1995, p. 21.

(1171) M. Bidault, *La protection internationale des droits culturels*, *op. cit.*, p. 280.

bien l'identifier. En effet, l'objet du droit à la culture n'est plus situé dans le périmètre des œuvres et des pratiques qui incarnent, expriment ou objectivent le travail sur le sens des expériences humaines et sociales (4e sphère) mais est happé par une autre sphère de sens du mot « culture », bien plus étendue et disparate, qui concerne la société ou « l'ensemble des institutions sociales » qui structurent un groupe humain (2e sphère de sens ; voy. première partie). Cette évolution de l'interprétation des textes institue le concept de culture ou de vie culturelle en un concept tellement hétérogène qu'il en devient difficile à appréhender(1172).

372. La spécificité de cette nouvelle interprétation du droit à la culture réside dans la nature du changement apporté à l'objet et aux obligations qui découlent du droit. En effet, avec cette nouvelle interprétation, le droit individuel de participer à la vie culturelle n'a pas seulement *pris en compte* les aspirations des minorités et des peuples autochtones : pour le droit à la culture, l'intégration des préoccupations liées à l'identité culturelle a aussi abouti à une modification de *son objet même* et, par conséquent, *des droits qu'il consacre* et *de sa nature même*. La culture, au sens anthropologique du terme, s'est muée, pour le droit à la culture, en préoccupation centrale, alors qu'elle ne constitue qu'une dimension et qu'une nouvelle logique d'interprétation pour les autres droits(1173).

Ainsi, il faut distinguer deux mouvements : le premier qui conduit à intégrer dans le terreau fertile des droits individuels des considérations culturelles, et le deuxième qui mène à transformer les droits consacrés pour reconnaître, à côté des droits protégeant déjà les groupes, des droits supplémentaires pour ces groupes(1174). En effet, les droits qui découlent de la nouvelle interprétation du droit de participer à la vie culturelle sont fondamentalement différents de ceux des trois premières acceptions du droit à la culture(1175).

(1172) J. Ringelheim, « Some Comments on the Right to take part in cultural life », *op. cit.*, p. 2.

(1173) J. Ringelheim, « Integrating Cultural Concerns in the Interpretation of General Individual Rights – Lessons from the International Human Rights Case Law », *op. cit.*, pp. 1-2, pp. 14-15.

(1174) *Ibid*.

(1175) Voy E. Stamatopoulou, « The right to take part in cultural life », *op. cit.*, pp. 6-7. L'auteure cite les droits linguistiques, la liberté religieuse, le droit au développement, etc.

Le droit à la culture s'en trouve ainsi dédoublé : aux côtés d'un droit d'accéder et de participer à la vie culturelle, figurerait désormais un « droit » matriciel à l'identité culturelle.

2. L'impact de l'élargissement de l'objet du droit à la culture sur la nature et la fonction de ce droit

373. L'interprétation du concept de culture dans le cadre du droit à la culture, tel qu'il se dégage des textes internationaux, doit à notre sens être interrogée. Plusieurs écueils affectent en effet cette nouvelle interprétation du droit à la culture. L'extension du champ d'application du droit à la culture, dont les fondations étaient mal assurées, a sorti ce droit de la logique qui lui présidait jusqu'alors et qui liait ce droit aux domaines de la création au sens large. Ce faisant, l'interprétation n'a pas seulement étendu l'objet du droit à la culture, mais l'a transformé, changeant ainsi sa portée et mettant à mal son effectivité. Hypertrophié, le droit à la culture a ainsi changé de fonction et est devenu impropre à toute analyse juridique. En effet, comme on l'a rappelé dans la première partie de cette thèse, la culture entendue dans son sens anthropologique est une notion qui est tout à fait inapte à toute forme de formulation juridique sauf en ce qui concerne la question du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. En dehors de ce cas spécifique, ce concept de culture, qui est sous-jacent à l'interprétation du droit de participer à la vie culturelle comme un droit à l'identité culturelle, ne peut être appréhendé sous l'angle juridique.

374. La prise en compte des spécificités culturelles des minorités et des peuples autochtones est d'une légitimité incontestable comme cela à été montré dans la première partie. Cependant, le changement de cap dans l'interprétation du droit à la culture ne se réduit pas à une appréhension de ces dimensions spécifiques, mais consiste en une transposition de celles-ci dans l'objet même du droit. Ainsi, désormais, le droit à la culture protège toutes sortes de caractéristiques liées à l'identité culturelle : l'habitat, les vêtements, les traditions de pêche et de chasse, l'identification abstraite des individus et des groupes, les liens qu'ils construisent entre eux, etc. L'objet même du droit s'est reconstruit autour des caractéristiques de la culture au sens anthropologique. Cette évolution contraste avec l'interprétation donnée aux autres droits (droit au logement, à l'aide sociale, à l'enseignement) qui ont simplement intégré une dimension liée à la diversité culturelle.

En effet, le droit à la culture participe au droit à l'identité culturelle, c'est-à-dire le droit au respect, à la protection et à la réalisation des caractéristiques de son identité culturelle dans tous les domaines. Dans cette perspective, il n'est plus un droit spécifique, mais est devenu un principe de respect des dimensions culturelles de tous les autres droits de l'homme. À notre sens, il eût possible de se limiter à consacrer un droit lié aux expressions et manifestations créatives en insistant sur l'attention particulière à accorder aux modes d'expressions créatifs et au patrimoine, notamment immatériel, de ces groupes minoritaires, autochtones et des autres communautés culturelles. Ainsi, l'on aurait suivi l'interprétation qui préside pour de nombreux droits fondamentaux et qui consiste à rendre ces droits perméables aux dimensions culturelles en les adaptant aux revendications spécifiques de certains groupes. L'on aurait ainsi évité des recoupements inutiles entre droits, en intégrant simplement une dimension particulière dans le droit de participer à la vie culturelle.

Par ailleurs, il existe déjà dans le droit des droits de l'homme des principes qui assument cette fonction de garantie de certaines dimensions de l'identité culturelle et de protection de certains groupes spécifiques à cet égard. Puisque les principes de non-discrimination, de « cultural acceptability » et « cultural adaptability » traversent maintenant tout le domaine des droits de l'homme, que des instruments particuliers et effectifs protègent les groupes dont l'identité culturelle est la plus menacée[1176], il est plus pertinent, à notre sens, d'intégrer les revendications liées à l'identité culturelle comme une *dimension particulière* des droits qui s'exercent sur un *objet spécifique* qui est, pour le droit à la culture, constitué par les pratiques et œuvres (création et patrimoine) qui sont les expressions du travail sur le sens des expériences humaines et sociales et qui constituent les assises concrètes à partir desquelles peut se développer ce travail de recherche sur le sens (voy. Première partie). Au lieu de constituer ce droit en un principe flou, englobant et totalisant, on pourrait ainsi conserver l'objet spécifique du droit,

(1176) Voy. notamment les développements dans le Rapport de l'Experte indépendante, qui a pour objet l'ensemble des droits culturels (Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, 14e session, *Rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels, Mme Farida Shaheed, soumis en application de la résolution 10/23 du Conseil des droits de l'homme*, 22 mars 2010, A/HRC/14/36, *op. cit.*, p. 10).

structuré autour du secteur de la création et du patrimoine en s'arrêtant, dans l'élargissement de l'interprétation du droit à la culture, à la troisième interprétation du droit : un droit aux cultures dans toute leur diversité, à toutes les cultures, à tous les patrimoines, à tous les modes de création, quelle que soit la communauté culturelle d'origine.

3. Une extension sans fondement ?

375. Plusieurs grands motifs ont justifié que l'on étende ainsi l'objet du droit à la culture en le dénaturant. Or, ces motifs nous semblent, à l'examen, peu pertinents.

a) *Une extension dépassant l'ethnocentrisme ?*

376. D'abord, si les interprètes du droit à la culture ont préféré intégrer les préoccupations liées à l'identité culturelle au droit à la culture, c'est essentiellement en raison de la crainte de se voir reprocher une conception trop occidentale de la culture. Pour parer à cette critique, les interprètes ont préféré étendre l'objet du droit à la culture au sens « anthropologique ». Transposant une notion qui vient de l'anthropologie culturelle, sans l'interroger ni questionner son adéquation avec le système juridique, les interprètes ont été séduits par cette conception qui leur a paru, d'emblée, être la plus valide.

Or, l'on a vu dans la première partie que de nombreuses carences affectent cette conception « anthropologique » de la culture, d'ailleurs très critiquée en anthropologie culturelle. Une de ces carences touche au postulat initial, qui veut que les cultures des peuples « indigènes », des minorités et des peuples non occidentalisés ne soient pas spécialisées. L'anthropologie culturelle tend à évoluer sur ce dernier point et remet en question cette vision, trop simpliste, de sociétés fortement intégrées qui se heurteraient à des sociétés occidentales, divisées, spécialisées et dans lesquelles est possible l'identification d'un système proprement « culturel » à l'intérieur de la société. Finalement, ce qui est vrai pour nos sociétés pourrait être vrai pour les autres sociétés. Plus globalement, l'on ne peut manquer de constater dans toutes les formes de société un niveau de spécialisation accru qui pousse à identifier de manière de plus en plus nette les systèmes culturels. Enfin, comme on vient de le rappeler, cette conception « anthropologique »

de la culture est inapte à toute forme de formulation juridique (sauf dans le cas du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes) ce qui empêche la construction de toute forme de régime juridique pour le droit de participer à la vie culturelle.

b) *Une extension cohérente avec le concept de diversité culturelle et le droit international ?*

377. L'autre motif invoqué par les tenants d'une conception anthropologique de la culture dans le droit à la culture est la cohérence avec les autres instruments de droit international. Cet argument ne nous semble pas résister à l'examen de la spécificité du droit des droits de l'homme : « it is therefore crucial not to equate 'culture' in the sense of article 15 ICESCR with the concept utilised in other international law instruments or scientific disciplines »[(1177)].

378. Un argument récurrent est que la conception anthropologique est liée à la Convention sur la diversité des expressions culturelles qui, on l'a vu, est indissociablement liée au droit de participer à la vie culturelle.

Dans ce contexte, force est de constater que la notion de « diversité culturelle » dans la Convention UNESCO se réfère essentiellement à la pluralité des « expressions culturelles ». C'est la diversité culturelle au sens de diversité des « créations », de pluralisme des esthétiques, qui est ici visée. La diversité culturelle se conçoit alors par rapport à une notion de la culture au sens d'« objectivation » créative et critique des pratiques qui font sens, au sens de matérialisation du travail sur le sens réalisé par la culture dans des œuvres, des méthodes et des lieux ou sous la forme d'un héritage à transmettre[(1178)].

Certains passages du préambule de la Convention qui évoquent les « savoirs traditionnels » et les « systèmes de connaissance des peuples autochtones » laissent cependant penser qu'une conception anthropologique de la culture, et donc de la diversité culturelle, prévalait lors de l'adoption de la Convention[(1179)]. De plus,

(1177) C. Groni, « The right to take part in cultural life », *op. cit.*, p. 7.

(1178) Voy. G. de Stexhe et M. Thomas, « La culture comme unité complexe : un enjeu médiatique et politique », *op. cit.*, p. 28.

(1179) S. Regourd, « Le paradigme européen de la diversité culturelle à l'aune de la Convention UNESCO », *op. cit.*, p. 609.

la conception de la culture qui régnait au sein de l'UNESCO au moment de l'adoption de la Convention s'axait autour d'une vision globale du phénomène culturel[1180]. Enfin, un considérant rappelle en préambule que « la diversité linguistique est un élément fondamental de la diversité culturelle » ce qui laisse entendre que la Convention concerne directement la diversité linguistique. Doit-on pour autant considérer que la diversité culturelle dans la Convention de l'UNESCO se réfère à la diversité des identités culturelles et qu'il y a eu un glissement du débat qui provenait à l'origine des discussions sur les industries culturelles vers une « conception anthropologique des enjeux culturels »[1181] ?

À notre sens, cette interprétation n'est pas cohérente avec le texte même de la Convention. Les articles définissant son champ d'application ne semblent pas inclure des aspects « anthropologiques » de la culture. Sans doute des enjeux sociétaux (reconnaissance des cultures des minorités ou des droits liés à la religion) ont-ils influencé l'adoption de cette Convention, mais son champ d'application ne les reflète pas. En effet, la Convention déclare s'appliquer aux « politiques et aux mesures adoptées par les Parties relatives à la protection et à la promotion de la diversité des expressions culturelles ». Selon l'article 4 de la Convention, la diversité culturelle « renvoie à la multiplicité des formes par lesquelles les cultures des groupes et des sociétés trouvent leur expression. Ces expressions se transmettent au sein des groupes et des sociétés entre eux ». La diversité culturelle se « manifeste non seulement dans les formes variées à travers lesquelles le patrimoine culturel de l'humanité est exprimé, enrichi et transmis grâce à la variété des expressions culturelles, mais aussi à travers divers modes de création artistique, de production, de diffusion, de distribution et de jouissance des expressions culturelles, quels que soient les moyens et les technologies utilisés ». Cette définition oriente résolument le concept de diversité culturelle dans la Convention UNESCO vers la création des individus et des groupes[1182].

(1180) Voy. *Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles,* Conférence mondiale sur les politiques culturelles. Mexico City, 26 juillet-6 août 1982.

(1181) S. Regourd, « Le paradigme européen de la diversité culturelle à l'aune de la Convention UNESCO », *op. cit.*, p. 608.

(1182) M. Cornu, « La Convention pour la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, nouvel instrument au service du droit international de la culture », *op. cit.*, p. 932.

La définition du concept d'« expressions culturelles » donnée par la Convention confirme cette orientation : les « expressions culturelles » sont celles qui « résultent de la créativité des individus, des groupes et des sociétés, et qui ont un contenu culturel ». Il s'agit donc bien des réalisations matérielles résultant de la créativité des groupes et des individus et donc essentiellement de la production, la diffusion et la distribution d'activités, biens et services culturels[1183]. Quant au « contenu culturel » qui anime ces réalisations, il « renvoie au sens symbolique, à la dimension artistique et aux valeurs culturelles qui ont pour origine ou expriment des identités culturelles »[1184]. Par ailleurs, la mise en avant de la dimension esthétique et patrimoniale est encore renforcée par certains considérants introductifs, notamment celui « [r]econnaissant l'importance des droits de propriété intellectuelle pour soutenir les personnes qui participent à la créativité culturelle ». La Convention concerne ainsi principalement les formes culturelles qui viennent « objectiver » ou « concrétiser », de manière esthétique et/ou créative, les identités culturelles, les interrogations fondamentales et les traits fondamentaux des cultures au sens large (au sens de « société »). Enfin, lorsque l'on rattache le débat général qui a présidé au transfert stratégique des questions culturelles de l'OMC vers l'UNESCO, l'on constate que la conception de la culture qui formait l'enjeu des débats sur l'exception ou l'exemption culturelle était limitée à une conception de la diversité culturelle au sens d'une diversité des créations[1185].

Ainsi, abordée généralement en termes de soutien à la « créativité », la notion de diversité culturelle dans la Convention apparaît plus axée sur la création que sur la conception anthropologique

(1183) Art. 4, §§ 3 et 4, de la Convention.

(1184) Constatons que la Convention ne définit pas, à regret, le concept d'identité culturelle. Certes, il est vrai que la notion de contenu culturel, si elle se réfère « au premier plan » aux « créateurs », semble aussi « étendre la notion de diversité culturelle à toutes sortes d'autres activités dont la délimitation reste incertaine. Il pourrait s'agir de savoirs traditionnels, de rites et traditions culturelles, de pratiques collectives » (M. Cornu, *op. cit.*, p. 932). Toutefois, cette notion ne fait que préciser celle « d'expression culturelle » qui, elle, est résolument orientée vers la création.

(1185) Voy. C. German, « Diversité culturelle à l'OMC et à l'UNESCO à l'exemple du cinéma », *R.I.D.E.*, 2004, pp. 331-332. L'auteur parle de « domaine de la création et de la diffusion d'œuvres de l'esprit », ou encore de « facteurs de création et de production » et de « biens et services culturels ».

de la culture[1186]. Les mesures concrètes proposées par la Convention pour renforcer la diversité culturelle se concentrent d'ailleurs sur des expressions culturelles ou des contenus culturels et moins sur des concepts anthropologiques, même quand elle envisage les contacts avec les pays en voie de développement[1187].

379. Il ressort de cette analyse que la conception prédominante de la culture dans la Convention sur la protection et la promotion de la diversité culturelle a été pensée essentiellement en référence à une conception de la culture au sens de « vie culturelle », de « pratiques et œuvres qui thématisent le travail sur le sens » plutôt qu'à une conception liée à l'identité culturelle et à la culture pensée comme « la société »[1188] ou comme « l'identité ».

c) *La consolidation d'une jurisprudence du Comité ?*

380. Un dernier fondement de la nouvelle interprétation du droit à la culture réside dans l'attitude du Comité, qui invoquerait le droit à l'identité culturelle dans le contexte de l'article 15. On a déjà souligné que, lorsque le Comité des droits économiques, sociaux et culturels aborde des questions liées à l'identité culturelle, il ne vise pas exclusivement ou spécifiquement l'article 15, mais se fonde sur une kyrielle de droits pour appréhender la situation. Ainsi, à notre sens, le droit à l'identité culturelle doit se comprendre

(1186) Voy., pour un exemple, I. BERNIER, « Un aspect important de la mise en œuvre de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles : le Fonds international pour la diversité culturelle », *op. cit.*, p. 1.

(1187) Sur cette dernière problématique, voy. B. CVJETICANIN, « Quelles attentes de la mise en œuvre de la Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles ? », *op. cit.*, p. 617.

(1188) Par ailleurs, force est de constater que la récente Recommandation sur le droit de chacun de participer à la vie culturelle adoptée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe repose, elle aussi, sur une appréhension de la culture au sens de « vie culturelle riche et diversifiée » à laquelle on tente de faire accéder et participer la plupart des individus. Voy. Recommandation n° 1990 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 24 janvier 2012, *Le droit de chacun de participer à la vie culturelle*, http://assembly.coe.int. Le rapport qui accompagne cette Recommandation évoque ainsi « l'accès à la culture », la « libre expression artistique et culturelle » et la « participation à la création » (Rapport de la Commission culture, sciences et éducation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe fait par Mme Muriel Marland-Militello du 9 janvier 2012, Doc 12815).

par rapport à un ensemble de droit, en tant que principe générique qui traverse l'ensemble des droits fondamentaux.

4. Les effets de l'extension de l'objet du droit à la culture sur l'effectivité de ce droit

381. L'interprétation du droit à la culture comme droit à l'identité culturelle manque de fondements solides. Ces problèmes se répercutent sur l'effectivité de ce droit.

D'abord, comme on l'a rappelé à plusieurs reprises, cette extension du droit à la culture à une conception anthropologique de celle-ci a pour conséquence radicale d'empêcher toute forme de formulation juridique de ce droit et de son régime juridique. En effet, la conception anthropologique de la culture est tout à fait inapte à une formulation juridique (sauf en ce qui concerne la question spécifique du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes) si bien qu'une définition de ce droit basée sur cette conception n'aurait aucun effet juridique possible. L'effectivité du droit à la culture s'en trouverait ainsi réduite à néant, à tout le moins au point de vue juridique.

Ensuite, alors que bon nombre d'auteurs s'accordent pour constater le manque de conceptualisation, la négligence dont le droit à la culture a fait l'objet et la nécessité de préciser avec exactitude l'objet du droit pour pouvoir déterminer des obligations et des sanctions précises, l'extension de l'objet du droit à la culture ne favorise pas la précision de ce droit. En effet, alors que les sanctions des reculs ou des progrès requièrent des indicateurs spécifiques, qui doivent être déterminés précisément, l'extension de l'objet du droit à l'identité culturelle complique l'identification précise de l'objet et, par conséquent, celle de ses obligations et de ses éventuelles sanctions[(1189)]. Il n'est donc pas rare de constater que les démarches initiées dans le but de favoriser la mise en œuvre concrète du droit à la culture aboutissent à délimiter plus rigoureusement son objet. Il en est ainsi au sein du Conseil de

(1189) A. R. Chapman, « Development of Indicators for Economic, Social and Cultural Rights : The Rights to Education, Participation in Cultural Life and Access to the Benefits of Science », in *Human Rights in Education, Science and Culture. Legal Developments and Challenges*, Y. Donders et V. Volodin (dir.), Paris/Aldershot, UNESCO/Ashgate Publishing, 2007, p. 132.

l'Europe : l'Assemblée parlementaire, après avoir abordé le droit de participer à la vie culturelle de manière large, a finalement opté pour une démarche plus stricte, étudiant celui-ci à l'aune des politiques culturelles, de la création et du patrimoine(1190).

Un parallèle intéressant peut ici être dressé avec la Convention sur la protection du patrimoine immatériel : finalement, pour permettre la mise en œuvre du droit à la culture ou du concept de protection du patrimoine immatériel, il faut considérer un objet précis(1191) en essayant de baliser la fonction de ceux qui décideront de ce qu'est la culture et de ce qu'elle n'est pas(1192).

382. Un malaise entoure donc la nouvelle interprétation de ce droit. Ce malaise est lié à la difficulté conceptuelle d'appréhender, à partir du système juridique, la notion de culture. Cette difficulté ne peut être contournée qu'en retenant un concept de culture sur lequel le droit peut avoir une emprise(1193). Or, lorsque le concept de culture retenu englobe l'ensemble des systèmes sociaux et humains, et donc également le système juridique, il le dépasse. Lorsque ce concept de culture en vient à englober des intérêts et notions antagonistes dans un ensemble qui devient, aux yeux du système juridique, incohérent et hétérogène, il se rend insaisissable aux exigences du conceptualisme juridique. Dans ce cadre, le droit international ou national n'est plus à même de garantir l'existence et l'effectivité d'un droit fondamental dont l'objet le

(1190) Voy. Recommandation n° 1990 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 24 janvier 2012, *Le droit de chacun de participer à la vie culturelle*, http://assembly.coe.int et le rapport accompagnant la Recommandation de la Commission culture, sciences et éducation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe fait par Mme Muriel Marland-Militello du 9 janvier 2012, Doc 12815. Dans ce rapport, on trouve notamment la considération selon laquelle « La vie culturelle est transversale : elle englobe toutes les actions qui répondent aux aspirations de l'esprit, du regard, de l'ouïe, et qui font appel à la raison, aux sens, à la sensibilité et à l'imagination » et, de manière générale, l'idée que la vie culturelle doit surtout s'entendre par rapport aux arts.

À partir de cette conception précise, la Recommandation et le rapport peuvent élaborer des Lignes directrices précises sur la manière de mettre en œuvre le droit à la culture.

(1191) Voy., sur la nécessité de déterminer avec précision l'objet de la Convention sur le patrimoine immatériel, W. S. Logan, « Closing Pandora's Box : Human Rights Conundrums in Cultural Heritage Protection », *op. cit.*, p. 33.

(1192) *Ibid.*, p. 49.

(1193) Voy. Première partie.

comprend lui-même. Il est par ailleurs révélateur que, lorsque les auteurs cherchent à identifier des obligations précises, ils se tournent généralement vers le droit de participer et d'accéder à la vie culturelle et moins vers le droit à l'identité culturelle(1194). De la même manière, il est assez remarquable de constater que l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels, bien que partant d'une conception très large des droits culturels et du droit de participer à la vie culturelle, aboutit à circonscrire de manière très précise l'objet de ses actions et à privilégier des questions comme le droit d'avoir accès au patrimoine culturel(1195).

383. Plus pragmatiquement, cette extension de l'interprétation de l'objet du droit à la culture entraîne une forme de négligence des enjeux sociaux et sociétaux liés à la participation et à l'accès à la vie culturelle, considérée, dans un sens restreint, comme l'exclusion culturelle.

Or, à notre sens, la « dimension sociale » du droit de participer à la vie culturelle est fondamentale. Les leviers qu'il peut mettre en place contre l'exclusion sociale et le renforcement des capabilités qu'il peut impliquer doivent être mis en valeur, même si ces préoccupations ne doivent pas occulter les autres caractéristiques de ces droits.

Lorsque l'on rattache principalement le droit de participer à la vie culturelle à des préoccupations liées à l'identité culturelle, on commet le même raccourci que lorsqu'on le lie uniquement à des considérations sociales(1196). Dans l'un et l'autre cas, on « instrumentalise » une partie du droit, en négligeant ses dimensions proprement esthétiques et critiques. Or, trop souvent, les débats sur l'identité culturelle éclipsent ces enjeux fondamentaux, qui forment pourtant, selon nous, le cœur du droit.

(1194) H. Niec, « Casting the foundation for the implementation of cultural rights », in *Cultural Rights and Wrongs. A Collection of Essays in Commemoration of the 50th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*, *op. cit.*, pp. 183-184. Voy., cependant, Déclaration de Fribourg, Preliminary Draft Declaration on Cultural Rights.

(1195) Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, 14e session, *Rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels, Mme Farida Shaheed, soumis en application de la résolution 10/23 du Conseil des droits de l'homme*, 22 mars 2010, A/HRC/14/36, *op. cit.*, p. 21.

(1196) Voy. *infra*.

Cette tendance à privilégier l'identité culturelle à la participation à la culture confirmerait les craintes de ceux qui pensent que la revendication de la diversité, trop souvent, cache une négligence de l'égalité[1197] et renforcerait les critiques des thèses communautariennes ou multiculturalistes[1198].

À notre sens, même si elles ne sont pas *en soi* contradictoires, les revendications liées à l'identité culturelles ont effectivement tendance, dans le contexte actuel du sous-développement conceptuel du droit de participer à la vie culturelle, à appauvrir la portée plus « sociale » du droit à la culture. La confiscation du droit à la culture par le débat sur l'identité culturelle occulte les autres facettes de ce droit, notamment celles qui concernent les plus pauvres. Or, pour Annemie Oeschger, les personnes les plus pauvres se voient trop souvent consacrer des droits « superficiels », mais pas l'« essence » des droits, alors que les revendications d'accès à la culture et de participation culturelle sont d'une importance capitale[1199]. La quasi-absence de débat relatif à la participation et à l'accès entendus dans leur premier sens implique une négligence de ces aspects et, par conséquent, favorise leur ineffectivité. Ce risque de négligence est reconnu, même parmi les tenants d'une conception anthropologique de l'objet du droit[1200]. Cette négligence pour la participation et l'accès de tous à la culture se cristallise dans le peu d'attention que le Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels leur accorde. Ainsi, lorsque le Comité aborde la question de la globalisation et de l'avancement des droits, surtout économiques, sociaux et culturels, il se contente d'un passage très restreint sur le droit à la culture, notant simplement que « an insistence upon higher and higher levels of payment for access to artistic, cultural and heritage related activities risks undermining the right to participate in cultural life for a significant proportion of any community »[1201]. Cette constatation vaut aussi pour les autres Comités chargés de

(1197) W. B. Michaels, *La diversité contre l'égalité*, *op. cit.*

(1198) Voy., sur ces thèses et leur critique, *supra.*

(1199) A. Oeschger, Conférence des OING du Conseil de l'Europe, « Pauvreté et accès à la culture », *op. cit.*, p. 1.

(1200) E. Nimni, « Collective Dimensions of the Right to take Part in Cultural Life », Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Discussion générale sur le droit de participer à la vie culturelle, E/C.12/40/17, 9 May 2008, p. 3.

(1201) CESCR, « Statement on Globalization and Economic, Social and Cultural Rights », 11 May 1998, 18th session, 27 April-15 May 1998, Genève.

l'application de ce droit, que ce soit par la Convention sur les droits des femmes, des handicapés ou des enfants, etc.

5. L'objet du droit à la culture redéfini

384. Le droit à la culture semble désormais lié à l'identité culturelle. Mais le lien entre le droit à la culture et l'identité culturelle doit, à notre sens, être redéfini par rapport à l'objet de ce droit.

L'objet du droit à la culture concerne la diversité des pratiques et des expressions culturelles : diversité des formes, diversité des esthétiques, diversité des contextes culturels à l'origine des formes. L'objet du droit à la culture doit donc se comprendre par rapport à la première partie comme englobant l'ensemble des pratiques qui incarnent la culture au sens large dans des méthodes, des lieux et des réalisations créatives et artistiques et qui permettent à l'individu de s'exprimer en tant que sujet autonome, de découvrir, par la médiation de la culture, plusieurs conceptions de la vie bonne, d'en choisir puis d'en changer et d'exercer sa liberté de choix[1202]. La culture dans le droit à la culture peut ainsi être définie comme recouvrant *la diversité des pratiques et des expressions qui relèvent de la création et du patrimoine culturel, qui incarnent et expriment concrètement, de ce fait, le travail sur le sens des expériences humaines et sociales*[1203] *et à partir desquelles peut s'élaborer ce travail abstrait de recherche du sens ainsi que les opérations d'initiation et de familiarisation à cette diversité de pratiques et d'expressions*. Il correspond plus ou moins au concept de diversité des expressions culturelles tel qu'il est défini dans la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles[1204]. Les droits qui s'exercent sur cet

(1202) Dans certaines circonstances extrêmes, cet objet du droit à la culture ne peut pas englober les formes culturelles liberticides et les formes qui visent à détruire la diversité.

(1203) Pour rappel, ce travail sur le sens se réalise par des opérations abstraites de conceptualisation ou de transmission de concepts et d'information et recouvre l'information, la compréhension, le jugement, l'expression et la création (voy. Première partie).

Cet ensemble de pratiques abstraites propres à faire sens s'ancre dans une société donnée et dans des identités culturelles singulières mais renvoie inévitablement à des éléments universels.

(1204) Ainsi, le droit à la culture doit être compris en relation avec ce concept de diversité culturelle. Cette piste est également suggérée, de manière plus générale et pour l'ensemble des droits culturels, par l'Experte

objet ont trait à l'accès, à la participation, à la liberté de choix et à la liberté de création. L'État doit veiller à ce que tous développent les capabilités (ou capacitations) permettant d'accéder à cet objet particulier et d'exercer des libertés réelles(1205).

Le respect de l'identité culturelle est un *principe* qui traverse le droit à la culture, comme beaucoup d'autres droits. Ce principe est une dimension transversale du droit des droits de l'homme, avec le principe d'égalité par exemple. C'est uniquement dans ce sens que l'on peut dire que le droit à la culture, en ce qui concerne son objet particulier, participe, avec d'autres droits, à fournir une assise pour le droit à l'identité culturelle. Or, la présente étude se concentre sur *l'objet* du droit à la culture et donc sur l'accès et la participation à la vie culturelle diversifiée. Si des dimensions relatives à l'identité culturelle sont abordées par le biais de la diversité culturelle, elles ne le sont pas en tant *qu'objet* du droit, mais en tant *qu'enjeux* éventuels.

385. L'identification des pratiques et réalisations culturelles comme objet du droit à la culture rend possible une appréhension juridique précise de ce droit.

Et, bien sûr, le droit de participer à la vie culturelle, même limité aux trois domaines que l'on a choisi d'étudier, n'évacue pas les dimensions liées à l'identité culturelle(1206).

386. Si l'on refuse de considérer, comme on le propose ici, que l'identité culturelle n'est qu'une dimension de l'article 15 et si l'on adhère à l'opinion qui veut que, au contraire, elle en constitue son objet, il reste toujours possible de distinguer deux facettes au droit de participer à la vie culturelle. La première serait un droit fondamental, qui permet d'accéder à un ensemble de pratiques et d'y participer. La deuxième est un droit principiel à une protection des identités culturelles. Cette distinction reproduit la distinction

indépendante mandatée par les Nations Unies sur ce sujet. Voy. Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, 14e session, *Rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels, Mme Farida Shaheed, soumis en application de la résolution 10/23 du Conseil des droits de l'homme*, 22 mars 2010, A/HRC/14/36, *op. cit.*, pp. 11-13.

(1205) A. Sen, *Éthique et économie*, Paris, P.U.F., 1993.

(1206) Voy. A. Sen, *Rapport mondial sur le développement humain 2004. La liberté culturelle dans un monde diversifié*, Paris, Economica ; A. Sen, *Identity and Violence. The Illusion of Destiny*, New York/London, W. W. Norton & Company, 2006.

opérée dans la première partie entre deux concepts de « culture ». En effet, le premier droit se fonde sur la sphère de sens du mot « culture » relative à l'« objectivation et l'assise du travail sur le sens des expériences humaines et sociales dans la création et dans le patrimoine », tandis que l'autre est lié à la sphère de sens du mot culture qui a trait à la « société » voire à l'Humanité[1207].

Ainsi, si l'on refuse de considérer l'identité culturelle comme une dimension du droit à la culture et qu'elle est considérée comme l'objet de ce droit, il faudra, à notre sens, opérer une distinction entre deux droits différents qui sont à l'œuvre dans les mêmes dispositions. Dans le cadre de la présente thèse, seul le droit de participer à la vie culturelle est étudié[1208].

Section II. – En droit constitutionnel

387. L'objet du droit à la culture en droit constitutionnel est moins étendu qu'en droit international. Soucieux d'effectivité, le Constituant a en effet semblé se cantonner dans une vision praticable de la culture, tout en adoptant un point de vue large sur les matières considérées. S'il est certain que le droit à la culture ne peut être réduit au concept de « matières culturelles », ce concept, qui est d'une remarquable élasticité, peut toutefois servir d'aiguillon dans l'interprétation de ce droit.

§1. *L'identification de l'objet du droit dans les droits culturels*

388. La notion de culture sous-jacente aux droits constitutionnels culturels analysés est très large.

389. Le droit à l'épanouissement culturel ne délimite pas la notion de culture auquel il fait référence. Celle-ci est au moins aussi

(1207) Voy. en effet la définition tellement large du droit à la culture donnée dans l'Observation générale qu'elle se réfère finalement à la nature humaine : Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 21, *Droit de chacun de prendre participer à la vie culturelle (art. 15, § 1, a) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 43e session, 21 décembre 2009, E/C.12/GC/21, § 10.

(1208) De plus, dans le contexte du droit constitutionnel, le droit à la culture s'est surtout cantonné à l'accès et à la participation, ce qui appuie le choix opéré.

large que celle détaillée dans les « matières culturelles »[1209], qui déterminent les compétences des Communautés. Mais elle dépasse certainement le cadre de ces « matières culturelles », en incluant des politiques qui sortent des compétences assignées aux Communautés.

La nature du droit à l'épanouissement culturel diffère en effet fondamentalement des règles de répartition des compétences : alors que les règles de répartition des compétences visent à répartir les compétences exclusives, les droits fondamentaux visent à élargir la protection des individus. C'est pourquoi la Cour constitutionnelle considère que le concept de matières culturelles couvre un moindre spectre que le concept de « vie culturelle »[1210].

L'objet du droit à l'épanouissement culturel, qui vise la participation à la vie culturelle, ne se limite pas aux matières énumérées par l'article 4 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles mais couvre un champ très diversifié qui va des produits culturels aux programmes de télévision et de radio[1211] et aux contenus culturels des magazines et des journaux[1212].

390. Dans les travaux préparatoires, l'objet du droit à l'épanouissement culturel est essentiellement considéré sous l'angle des « activités culturelles »[1213] sans que ce terme ne soit défini.

(1209) Voy. les art. 127, § 2 de la Constitution belge et 4 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. Cette opinion est par ailleurs partagée avec Christian Behrendt et Aurélien Vandeburie (C. Behrendt, « Droits culturels et matières culturelles », *op. cit.*, pp. 271-275 et A. Vandeburie, *L'article 23 de la Constitution. Coquille vide ou boîte aux trésors ?*, Bruxelles, la Charte, 2008, p. 244).

(1210) C.C., arrêt n° 70, du 14 décembre 1988, B. 6.b.

(1211) Voy., pour un exemple, C.E., arrêt *Diwan F.M.*, n° 185.415, du 16 juillet 2008, p. 17. Cet arrêt concerne le refus d'attribuer une fréquence à la radio Diwan F.M., qui émettait des programmes culturels à destination entre autres de la communauté nord-africaine. Le requérant s'est notamment basé sur le droit à l'épanouissement culturel, témoignant de l'appréhension dans l'objet du droit à l'épanouissement culturel de la radio. Toutefois, son raisonnement, développé sur la base du *standstill* fut rejeté (voy. *infra*).

(1212) Voy., sur le rôle des médias dans la culture, F. Jongen, « L'audiovisuel, vecteur de culture ? », in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, *op. cit.*, pp. 701-718 ; T. Ader, « La mission culturelle et le regard sur la région dans les programmes imposés des chaînes de télévision », *op. cit.*

(1213) Développements, Texte proposé par M. Stroobant, Taminiaux et consorts, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, 9 juin 1993, n° 100-2/3°, p. 20 et *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr., 1991-1992, n° 100-2/2°.

La Cour constitutionnelle estime par ailleurs que le droit à l'épanouissement culturel et les droits culturels qui lui sont liés touchent plus largement à la « production culturelle » et à la « vie culturelle »[1214]. Outre les produits culturels et les médias, l'accès concerne également les bibliothèques publiques[1215] et autres infrastructures culturelles. Il s'étend aux grands événements culturels[1216] et aux activités sportives comme l'attestent plusieurs arrêts du Conseil d'État[1217]. Par ailleurs, parce que les droits culturels ne se limitent pas au droit à l'épanouissement culturel, le Conseil d'État a reconnu qu'était implicitement consacré dans l'article 23 de la Constitution un droit au patrimoine, que recoupe notamment le droit à l'épanouissement culturel[1218].

L'objet du droit à l'épanouissement culturel s'étend également aux activités scolaires culturelles[1219] et à l'accès à l'Internet[1220]. Il est intimement lié à la dignité humaine[1221] et entretient un lien

(1214) C.C., arrêt n° 124/99, du 25 novembre 1999, 1.6.3.

(1215) C.C., arrêt n° 88/2003, du 24 juin 2003.

(1216) R. O'Keefe, « The 'Right to Take Part in Cultural Life' Under Article 15 of the ICESCR », *op. cit.*, p. 914.

(1217) C.E., arrêt *Jacquart*, n° 64.967, du 4 mars 1997.

(1218) Avis C.E., section législation, n° 35.689/4 du 6 et 9 octobre 2003, sur un avant projet d'ordonnance portant sur certaines dispositions en matière d'aménagement du territoire, *Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., sess. 2003-2004, 1-501.

(1219) En effet, le premier avocat général près la Cour de cassation a estimé que l'interruption temporaire de la vie sous le même toit d'un enfant et de ses parents ne peut entraîner l'interruption de la cohabitation, avec l'exclusion éventuelle de certains droits sociaux. En effet, elle conduit à sanctionner les voyages scolaires qui, comme d'autres activités entraînant la rupture temporaire de la vie sous le même toit, s'inscrivent dans l'application concrète du droit à l'épanouissement culturel et social de l'enfant (Cass., 7 octobre 2002, concl. du premier avocat général J.-F. Leclercq, *J.T.*, 2002, p. 435).

(1220) Cour du travail de Liège, 4 mars 2008. La Cour du travail de Liège a en effet estimé récemment que, dans certains cas, la dignité humaine d'une personne qui n'avait pas accès à l'information et aux communications diffusées sur l'Internet peut être bafouée. Dans le cas d'espèce, il a semblé aux juges qu'une connexion à internet était essentielle pour le requérant car elle constituait un des seuls moyens à sa disposition pour « communiquer avec le monde extérieur et s'ouvrir à la culture ». L'état de besoin nécessaire pour l'octroi de l'aide sociale a ainsi été jugé atteint pour cet individu.

(1221) F. Kurz, « L'application du principe du respect de la dignité humaine : un défi pour les juridictions du travail », *J.T.T.*, 2002, p. 273.

étroit avec les processus éducatifs[1222]. Le tribunal civil de Tournai a ainsi consacré un rapport large entre le droit à l'épanouissement culturel et l'enseignement, en estimant que « la poursuite des études constitue un droit reconnu non seulement par l'article 203 du Code civil comme corollaire de l'obligation des parents à assurer à leurs enfants une formation adéquate, mais également, à tout le moins de manière indirecte par la Constitution dans le cadre du droit au travail et au libre choix d'une profession (art. 23, 1°) et du droit à l'épanouissement culturel et social (art. 23, 5°), dont les études constituent sans conteste l'instrument nécessaire »[1223].

§2. *L'identification de l'objet du droit à la culture et les « matières culturelles »*

391. On a vu que, par le biais de ces missions culturelles, un droit à la culture implicite est reconnu (voy. *supra*). L'objet de ce droit peut être ici précisé.

A. **Le Constituant, le législateur spécial et le concept de culture**

392. Les « matières culturelles » de l'article 127 sont explicitées dans l'article 4 de la loi spéciale du 8 août 1980[1224] qui doit être interprétée à la lumière des travaux parlementaires et de la loi de 1971 sur les conseils culturels[1225] mais aussi des autres compétences[1226]. Parce qu'une insertion dans la Constitution des

(1222) Civ. Tournai, 19 décembre 2000, *J.D.J.*, 2001, n° 206, p. 41.

(1223) *Ibid*.

(1224) Voy. A. Strowel et F. Tulkens, « Le droit d'auteur dans la Belgique fédérale », *Journ. proc.*, 1991, p. 7.

(1225) C.C., arrêt n° 24/94, du 10 mars 1994. Cette disposition doit surtout être lue par rapport à l'article 2 de la loi du 21 juillet 1971 relative à la compétence et au fonctionnement des conseils culturels pour la communauté culturelle française et pour la communauté culturelle néerlandaise (Loi du 21 juillet 1971 relative à la compétence et au fonctionnement des conseils culturels pour la communauté culturelle française et pour la communauté culturelle néerlandaise, *Mon. b.*, 23 juillet 1971, p. 8910). Voy. notamment P. Maystadt, « Les communautés culturelles et les régions », *op. cit.*, p. 123 ; D. Delooz-Lamers, « Les conseils culturels », *A.P.*, 1977-1978, T. 4, p. 293.

(1226) C.C., arrêt n° 24, du 26 juin 1986, 5.B.1. En effet, comme l'a souligné la Cour constitutionnelle, les compétences détaillées dans les articles 4 à 16 « constituent un ensemble et ne peuvent donc être considérées de manière isolée, en faisant abstraction des rapports qui existent entre [eux] et de leur objet général ».

matières culturelles risquait de rendre l'article 127 illisible[1227], le législateur spécial a été habilité à déterminer lui-même la liste des matières culturelles[1228], sur la base des indications du Constituant et du législateur de 1971.

393. Les auteurs du concept de matières culturelles ne se sont pas risqués à donner une définition de la culture[1229], actant de l'impossibilité de définir cette notion. « C'est une notion évoluante, mieux vaut procéder par énumération »[1230], a constaté Pierre Wigny. Sagement, le ministre des Relations communautaires, à l'origine de la loi de 1971 sur les conseils culturels, a considéré que « le concept de culture pouvait être pris dans des sens fort différents. Plutôt que de tenter une définition, le projet de loi cite les principaux aspects de la culture »[1231]. Lors de la séance publique du Sénat du 7 juillet 1971, ce même ministre avait souligné l'impossibilité qu'il y aurait « d'entreprendre un débat » « sur ce qu'est la culture »[1232]. Le Constituant et le législateur spécial ont donc opté pour une approche pragmatique[1233] en établissant une série de rubriques culturelles.

394. La décision du Constituant de ne pas définir les « matières culturelles » a reporté sur la détermination des rubriques culturelles les difficultés inhérentes à l'insaisissabilité et l'ambivalence du concept de culture. Dès les premiers travaux parlementaires sur les matières culturelles, des controverses sont ainsi survenues à propos du caractère « proprement culturel » de certaines rubriques proposées, comme la télévision, la radiodiffusion et la recherche scientifique[1234]. Très souvent, ces interrogations ont reçu des réponses

(1227) J. Velaers, *De grondwet en de Raad van State, Afdeling wetgeving*, *op. cit.*, p. 398.

(1228) Rapport fait par M. Van Bogaert au sujet de propositions de révision de plusieurs dispositions constitutionnelles, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1969-1970, n° 402, pp. 18-3 et p. 68.

(1229) Voy., sur l'impossibilité de définir ce concept, P. Wigny, *La troisième révision de la Constitution,* Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 143.

(1230) P. Wigny, *La troisième révision de la Constitution*, *op. cit.*, p. 143.

(1231) *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1970-1971, Rapport fait au nom de la commission de révision de la constitution par M. Wigny, n° 1053/4, p. 4.

(1232) *Ann. parl.*, Sénat, sess. 1970-1971, p. 2350.

(1233) C.E., section de législation, ch. réunies, 13 juillet 1983, *Doc.*, *Cons. Comm. fr.*, sess. 1981-1982, n° 12-2.

(1234) Durant les discussions en commission de la Chambre, un membre a émis des doutes à propos du caractère culturel de la radiodiffusion et de la télévision. Il s'est demandé si tout était vraiment de nature culturelle dans

laconiques et formelles[1235]. Dès lors, les interrogations sur le caractère culturel des informations, par exemple, n'ont pas été totalement dissipées[1236], ce qui n'a pas manqué de nourrir de nombreuses controverses sur des conflits de compétences. En ce qui concerne la radio et la télévision (des matières pour lesquelles le caractère « culturel » était fréquemment soumis à discussion) la question des rapports entre audiovisuel et culture reste complexe, d'autant plus que les politiques de l'audiovisuel se sont progressivement détachées des politiques culturelles[1237].

---

les programmes audiovisuels, et si l'information qui y était diffusée pouvait être qualifiée de culturelle, alors même que, estimait-il, cette qualification de « culturelle » servait de « paravent à bien des actions politiques ». Il se posait les mêmes questions à propos des la recherche scientifique et l'aménagement du territoire. Il ne semblait pas considérer que ces matières, d'emblée, aient un caractère culturel (Rapport fait au nom de la commission de révision de la Constitution par M. WIGNY, *Projet de loi relatif à la compétence et au fonctionnement des conseils culturels pour la communauté culturelle française et pour la communauté culturelle néerlandaise*, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 1970-1971, n° 1053/4, p. 6).

(1235) Ainsi, le ministre Tindemans a laconiquement répondu aux questions envisagées dans la note précédente en estimant que « pour définir les matières culturelles, il faut s'en référer aux rapports du sénateur Van Bogaert » (Rapport fait au nom de la commission de révision de la Constitution par M. WIGNY, *Projet de loi relatif à la compétence et au fonctionnement des conseils culturels pour la communauté culturelle française et pour la communauté culturelle néerlandaise*, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 1970-1971, n° 1053/4, p. 7).

(1236) Voy. par exemple les interrogations relatées par le rapporteur Wigny devant la Chambre, le 16 juillet 1971. Il reconnaît que c'est la radio-télévision qui a posé le plus question au regard de la qualification de « matières culturelles ». Il estime que « il n'y a pas de difficulté pour les concerts, les films, les représentations théâtrales ; ce sont des émissions incontestablement culturelles, mais en est-il de même pour l'information ? ». Sans apporter de réponse ferme à ces questions, il relate également les craintes de certains sénateurs, qui estimaient que l'information pouvait de plus cacher un endoctrinement politique (*Doc. parl.*, Chambre, 16 juillet 1971, p. 7).

(1237) Voy. e.a., pour une réactualisation de cette question, H. DUMONT, « Réflexions politiques et juridiques sur le décrochage des politiques de l'audiovisuel et de la culture », in *Politique culturelle et droit de la radio-télévision*, *op. cit.*, pp. 77-108 ; F. JONGEN, « L'audiovisuel, vecteur de culture ? », *op. cit.*, pp. 701-718.

B. **Les rubriques de l'article 4 de la loi spéciale et le champ culturel**

395. L'article 4 de la loi spéciale du 8 août 1980 énumère de manière large les matières culturelles[1238]. Si l'énumération reste floue et flexible, ces caractéristiques étaient un vœu du législateur afin de ne pas empêcher « une évolution nécessaire »[1239] et de permettre une interprétation large[1240] et souple, qui permet d'éviter l'intervention systématique du législateur pour adapter la liste des compétences culturelles[1241].

En conséquence, la notion de culture dans les « matières culturelles » a été interprétée dans des sens radicalement différents[1242], jusqu'à récemment englober les cours d'auto-école par exemple. Contribuent également à cette élasticité de la notion de matière culturelle le principe d'interprétation large des compétences[1243] et le caractère exemplatif de la liste dressée à l'article 4 de la loi spéciale[1244].

Il faut toutefois se garder de déduire de la généralité et de la flexibilité des termes des articles 4 et 127 que le concept de « matières culturelles » comprendrait « tout ce qui est culturel »[1245] et tous les aspects de la vie culturelle[1246]. En effet, la Cour constitutionnelle a notamment considéré que les Communautés n'étaient pas compétentes pour assurer, en général, le droit d'avoir une vie culturelle

(1238) F. Delpérée, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, *op. cit.*, p. 823.

(1239) *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord., sess. ord. 1970-1971, rapport fait au nom de la commission de révision de la constitution par M. Wigny, 1053, n° 4, p. 5.

(1240) J. Velaers, *De grondwet en de Raad van State, Afdeling wetgeving*, *op. cit.*, p. 399.

(1241) *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1970-1971, Projet de loi portant exécution de l'article 59*bis*, §§ 1er et 2 de la Constitution, Exposé des motifs, n° 400, R.A 8633, p. 4. Ainsi, le Conseil d'État a reconnu le droit au Communauté de décider d'un jour de fête et d'un drapeau, même si ce pouvoir n'a pas été explicitement transféré aux Communautés (C.E., avis, session 1974-1975, n° 47/1, NA).

(1242) F. Delpérée, *Le droit constitutionnel de la Belgique, op. cit.*, p. 823 ; C. Behrendt, « Matières culturelles et droits culturels », *op. cit.*, pp. 271-273.

(1243) H. Bribosia et J.-L. Van Boxstael, *Le partage des compétences dans la Belgique fédérale*, *op. cit.*, p. 182.

(1244) *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1970-1971, n° 400, p. 4.

(1245) F. Delpérée, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, *op. cit.*, p. 817.

(1246) J. Velaers, *De grondwet en de Raad van State, Afdeling wetgeving*, *op. cit.*, p. 398.

propre[1247] et a refusé d'assimiler le concept de « vie culturelle » de l'article 27 du Pacte international sur les droits civils et politiques au concept de « matières culturelles »[1248]. La Cour a en effet considéré que les dix-sept matières énumérées dans l'article 4, « même combinées ou considérées globalement, ne constituent pas l'ensemble des matières que recouvre le concept de vie culturelle et pas davantage au sens attribué à ce concept par l'article 27 du Pacte international sur les droits civils et politiques, dont s'inspire l'article 4 du décret »[1249].

396. Il n'en reste pas moins que la notion de matières culturelles reste très ouverte et que la portée de certaines rubriques « ne tombe pas sous le sens »[1250]. Faut-il, comme Christian Behrendt, considérer cette extension du concept comme étant excessive, parce que dépassant la conception usuelle de la culture et remettant en cause la stabilité des notions constitutionnelles[1251] ? À notre sens, le problème ne se situe pas dans le caractère extensif de l'interprétation du concept de matières culturelles. En effet, certaines acceptions de la notion de culture sont très larges et dépassent de loin les matières culturelles. S'il y a un problème de cohérence, il se situe dans l'absence de choix conceptuel posé. En effet, si l'on s'en réfère aux sphères de sens dégagées dans la première partie, l'on constate que le concept de matières culturelles ne s'engage pas dans la voie d'une interprétation anthropologique de la culture. Or, même si, prises dans leur ensemble, il semble que les matières culturelles se rapprochent plutôt de la sphère de sens liée à l'incarnation de la culture au sens large dans des formes créatives et artistiques, certaines incohérences subsistent et fragilisent une appréhension cohérente des matières culturelles.

(1247) C.C., arrêt n° 70, du 14 décembre 1988, B.6.b.

(1248) Ce que le gouvernement de la Communauté française postulait (C.C., arrêt n° 70, du 14 décembre 1988, A.2). Pour l'Exécutif de la Communauté française en effet, « la combinaison des matières reprises à l'article 4 de la loi spéciale [...] est représentative de la vie culturelle d'un individu ».

(1249) C.C., arrêt n° 70, du 14 décembre 1988, B.6.b.

(1250) M. Pâques, *Droit public élémentaire en quinze leçons*, *op. cit.*, p. 232.

(1251) C. Behrendt, « Matières culturelles et droits culturels », *op. cit.*, p. 273.

C. **Analyse en cercles concentriques**

397. L'on peut identifier, dans les rubriques de l'article 4 de la loi spéciale, des cercles concentriques qui correspondent plus ou moins aux sphères de sens dégagées dans le premier préliminaire. Ainsi, un noyau dur des matières culturelles peut être identifié, qui correspond à la quatrième sphère de sens du concept de culture : l'incarnation de la culture au sens large dans des formes créatives et artistiques.

Ce noyau dur reprend essentiellement la langue et la littérature, les beaux-arts, le patrimoine culturel, les musées et les établissements scientifiques, les bibliothèques, discothèques et services similaires, la politique de la jeunesse, l'éducation permanente et l'animation culturelle.

Autour de ce noyau dur viennent s'articuler d'autres matières, qui se réfèrent plus ou moins à l'incarnation de la culture au sens large ou à la culture entendue au sens large. En dehors du concept de matières culturelles, subsistent également des compétences culturelles, qui maintiennent un lien pourtant important avec les pratiques, les expressions et les patrimoines incarnant la culture au sens large.

Conclusions du Chapitre I

398. Les lignes qui précèdent ont tenté d'appréhender les principales caractéristiques de l'objet du droit à la culture, en lien avec le cadre théorique dégagé dans la première partie et la construction d'une convergence, opérée dans le titre précédent, entre les sources du droit à la culture. L'analyse de l'interprétation de l'objet du droit à la culture laisse apparaître une évolution en plusieurs étapes, que ce soit en droit international ou en droit constitutionnel.

399. En droit international, l'objet du droit à la culture s'est progressivement élargi.

Dans une première étape, le droit à la culture a été réduit à la démocratisation de la culture « légitime » et « instituée ». Son objet était alors restreint aux formes de la « Haute Culture » particulièrement inaccessible à l'époque : les arts, la littérature et une certaine forme d'éducation.

Dans une deuxième étape, le droit à la culture s'est ouvert à la diversité des formes culturelles et à la démocratie culturelle. L'ensemble des expressions culturelles, quels que soient leur type et leur forme, a alors été pris en compte. L'objet du droit à la culture s'est ainsi étendu à toutes les formes artistiques et à toutes les pratiques culturelles, qu'elles relèvent de la « Haute Culture » ou non, qu'elles soient « légitimes » ou non. Relèvent par exemple de l'objet du droit à la culture les médias, les arts urbains, le folklore, les arts numériques, les pratiques culturelles de l'ensemble de la population, les mouvements d'éducation permanente, les centres de jeunes, le patrimoine mobilier, immobilier et immatériel, le hip-hop…

Dans une troisième étape, l'objet du droit à la culture a été étendu aux expressions culturelles et aux pratiques de l'ensemble des communautés culturelles. Cette extension a amené le droit à la culture à prendre en compte toutes les expressions culturelles, quelle que soit leur origine. Ainsi, l'objet du droit à la culture s'est étendu à l'ensemble des pratiques et des expressions culturelles de l'ensemble des groupes et des communautés. Relèvent notamment de l'objet du droit à la culture les pratiques et les expressions des communautés nationales, des groupes de migrants, des groupes ethniques, des peuples autochtones, des minorités et des groupes fragilisés.

Dans une quatrième étape, l'objet du droit à la culture se serait étendu aux préoccupations liées à l'identité culturelle. Cette extension de l'objet du droit à la culture modifierait profondément à la fois la nature du droit à la culture mais aussi les prérogatives qui découlent concrètement de ce droit.

À notre sens, il faut approuver sans réserve les deux ouvertures de l'objet du droit à la culture que la deuxième et la troisième étape ont signées, pour des raisons de cohérence par rapport à l'esprit du droit à la culture et par rapport à la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles. Par contre, il nous semble que la dernière étape dans l'interprétation du droit doit être interrogée, parce que ses fondements nous apparaissent trop fragiles et contradictoires. S'il est nécessaire que l'interprétation du droit à la culture intègre, en tant que *dimension particulière*, la protection et la promotion de l'identité culturelle, cette dernière ne peut être érigée en tant qu'*objet* du droit à la culture.

400. En droit constitutionnel, le concept de culture retenu dans le droit à la culture est large. Il englobe certainement l'ensemble des œuvres, des pratiques et des lieux qui expriment et incarnent le travail sur le sens, quelle qu'en soit l'origine. Ce concept est au moins aussi large que celui des matières culturelles, qui se réfère à une conception complexe de la culture. Globalement, cette conception se rapproche de la quatrième sphère de sens dégagée dans la première partie, à savoir l'ensemble des éléments qui incarnent la culture au sens large (processus créatifs, réalisations, œuvres et institutions). Toutefois, certains éléments des matières culturelles ne concernent pas directement l'incarnation de la culture au sens large dans des formes créatives et artistiques et se rapprochent d'autres sphères de sens de la culture. Certaines compétences liées à ces formes créatives et artistiques sont par ailleurs englobées dans d'autres compétences, comme l'enseignement, la compétence biculturelle de l'État, etc.

401. L'objet du droit à la culture, à notre estime, recouvre donc la diversité des pratiques et des expressions qui incarnent la culture au sens large dans des espaces, des méthodes et des réalisations créatives, critiques, expressives ou artistiques. Il correspond au concept de diversité culturelle tel qu'il est esquissé dans la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles.

Dès lors, les prérogatives qui découlent de ce droit s'exercent sur un ensemble d'œuvres, de réalisations, de lieux de création, de répétition, de diffusion, de production mais aussi sur les pratiques culturelles et artistiques, sur l'éducation artistique et sur l'ensemble des lieux de réflexion et de critique.

Cette définition de l'objet du droit à la culture véhicule évidemment des éléments relatifs à l'identité culturelle. Ces éléments ne sont toutefois pas considérés comme des éléments constitutifs du droit étudié mais comme des principes d'interprétation de ce droit.

402. Il ressort de ce chapitre que l'objet du droit à la culture se réfère essentiellement à la culture entendue comme espace, processus, méthode permettant d'incarner la culture au sens large. Cet objet englobe à la fois les réalisations matérielles, les processus créatifs, critiques et d'expression mais aussi les institutions, les formes et les espaces dans lesquels se déploient les pratiques qui ont pour

thème la recherche sur le sens des expériences humaines et sociales par l'initiation et la pratique de démarches créatives et/ou la transmission et l'appropriation d'éléments du patrimoine. L'objet du droit à la culture se réfère ainsi fondamentalement à une conception de la diversité culturelle et du pluralisme culturel comme un ensemble des structures propres à faire sens et enrichissantes pour la constitution de l'individu, dans lequel ce dernier peut exercer sa liberté de choix. Dans ce cadre, l'objet du droit à la culture exclut nécessairement les formes culturelles liberticides ou visant la destruction de la diversité culturelle.

CHAPITRE II.
Les prérogatives et les titulaires

403. Le présent chapitre précise le deuxième élément normatif qui constitue le droit à la culture et qui a trait aux prérogatives reconnues aux titulaires du droit à la culture sur l'objet qui vient d'être précisé. Ces prérogatives sont évidemment intimement liées à la conception de culture retenue comme objet du droit, que l'on a explorée dans le premier chapitre.

Deux questions traversent ce chapitre. La première concerne les prérogatives reconnues par le droit à la culture tandis que la seconde intéresse les titulaires de ces prérogatives.

404. La **première section** de ce chapitre est consacrée à l'identification des attributs qu'induit le droit à la culture. Nous y envisagerons concomitamment le droit international et le droit constitutionnel, qui s'éclairent l'un l'autre sur cette question. En droit international, la précision des prérogatives du droit à la culture est facilitée puisque le droit à la culture y est formulé de manière plus explicite en un « droit de participer à la vie culturelle ». En droit constitutionnel, l'expression « le droit à l'épanouissement culturel et social » par contre, ne permet pas, de prime abord, une appréhension claire des éléments visés.

Dans les deux ordres juridiques, les prérogatives découlant du droit à la culture réalisent un subtil équilibre entre d'une part, des libertés individuelles « culturelles » et, d'autre part, des droits d'« accès aux ressources culturelles ». Le droit à la culture se situe donc à la fois dans le registre des libertés formelles et dans celui des droits d'accès à des ressources collectives. Cette double inscription a été soulignée dès 1992 par le Comité, quand ce Comité a conclu que « [l]a participation à la vie culturelle comprenait à la fois le droit à la création artistique, littéraire et scientifique et le droit de bénéficier de cette création »[(1252)].

(1252) C.D.E.S.C., *Débat général sur le droit de participer à la vie culturelle*, E/1993/22, § 217.

405. Dans une **seconde section**, l'identification des titulaires du droit sera réalisée. Le droit à la culture n'est, à notre sens, pas en tant que tel un droit collectif. Il est un droit individuel à dimension collective. En raison de cette dimension collective, l'importance de la liberté d'association pour le droit à la culture doit être approfondie, car l'association représente une des voies privilégiées de l'exercice du droit à la culture.

Section I. – Les prérogatives induites du droit à la culture

406. Plusieurs prérogatives découlant du droit à la culture ont été précisées et établies en droit international, notamment par la doctrine. Ainsi, selon Konaté, le droit de participer à la vie culturelle comprend le droit d'accéder à la culture, de bénéficier de ses retombées, d'exiger sa protection et de contribuer à son développement. Ces droits s'accompagnent du droit de choisir librement une culture, ce qui implique le respect du principe de non-discrimination dans ce domaine. Le droit de participer à la vie culturelle implique la liberté des activités créatrices, l'accès aux moyens de diffusion et la protection du patrimoine culturel et artistique, matériel et immatériel. Il comprend aussi le droit de participer aux processus décisionnels en matière culturelle[(1253)]. Julie Ringelheim ajoute que ce droit implique l'obligation de garantir l'existence d'une vie culturelle et implique donc l'obligation d'interdire la censure, de garantir la liberté de création des institutions culturelles et de préserver l'héritage culturel[(1254)]. Accentuant l'aspect « liberté » du droit, Elissabet Stamatopoulou distingue plusieurs éléments normatifs dans le droit à la culture : le droit à la non-discrimination et à l'égalité ; la libre jouissance de la vie culturelle et la liberté de créer et de contribuer à la culture ; la liberté de choisir à quelle culture et à quelle vie culturelle l'on veut participer ; la liberté de manifester sa culture ; la liberté de la diffuser ; la liberté de coopérer au niveau international ; le droit de participer dans la définition, la préparation et la mise en œuvre des politiques culturelles et d'autres éléments connectés au droit à la culture[(1255)].

(1253) UN Doc. E/C.12/1992/WP.4, Konaté, 25 novembre 1992, pp. 4-8.

(1254) J. Ringelheim, « Some Comments on the Right to take part in cultural life », *op. cit.*, p. 2.

(1255) E. Stamatopoulou, « The right to take part in cultural life », *op. cit.*, p. 5.

Janusz Symonides a quant à lui insisté sur les deux aspects, passif et actif, de la participation à la culture[1256]. Quant à elle, l'Observation générale 21 est venue préciser ces prérogatives en les regroupant en trois axes particuliers : la participation, l'accès et la contribution à la vie culturelle[1257]. Le rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels met quant à lui en exergue d'autres « éléments normatifs » du droit à la culture tels que « le droit de participer à l'élaboration, la préparation et l'application de politiques relatives à la culture », « la liberté de diffusion », « la liberté de coopération au niveau international »[1258].

407. En droit constitutionnel, les indications relatives aux prérogatives découlant du droit à la culture sont plus parcellaires. Les travaux préparatoires ne précisent pas la notion d'« épanouissement culturel et social ». Il a juste été soulevé que ce terme pouvait s'entendre dans différents sens, surtout en ce qui concerne l'épanouissement social[1259]. La formule – bâclée – retenue par le Constituant reste donc énigmatique, d'autant que le choix du terme « épanouissement » peut faire écho à des réalités juridiques éloignées de la participation culturelle[1260]. Il ressort des travaux

(1256) J. Symonides, « Cultural Rights », in *Human Rights : Concept and Standards*, J. Symonides (dir.), Paris, UNESCO Publishing/Ashgate, 2008, pp. 189-190.

(1257) Observation générale n° 21, *Droit de chacun de participer à la vie culturelle (art. 15, par. 1 a), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 43e session, 21 décembre 2009, E/C.12/GC/2, § 15.

(1258) Voy. Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, 14e session, *Rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels, Mme Farida Shaheed, soumis en application de la résolution 10/23 du Conseil des droits de l'homme*, 22 mars 2010, A/HRC/14/36, *op. cit.*, p. 6.

(1259) C'est surtout la notion d'épanouissement social qui a fait l'objet de débats. Ainsi Blanpain a vu dans l'épanouissement culturel « toutes les chances que l'on peut avoir de participer à la vie sociale », tandis qu'un membre de la commission proposait de s'inspirer de la version néerlandophone du texte, ce qui donnerait « sociétal » (Développements, texte proposé par M. Stroobant et consorts, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, n° 100-2/1° p. 101). Cette notion a notamment été invoquée dans le contexte des élections sociales. La Cour constitutionnelle a toutefois considéré que ni le droit au travail ni le droit à l'épanouissement social n'étaient violés par les dispositions attaquées. (C.C., arrêt n° 9/2009, du 15 janvier 2009, B.53).

(1260) Il peut notamment se comprendre par rapport au droit au développement personnel développé à partir de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Voy., sur ce point, F. Tulkens, « Le droit au respect de la vie familiale. Égalité et non-discrimination », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, n° 3, p. 628.

préparatoires[1261], du contexte de l'adoption de l'article et de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle que le droit à l'épanouissement culturel se structure autour du droit d'accéder et de participer librement à la culture de son choix[1262]. Afin de préciser ces grandes prérogatives, les conclusions tirées à ce propos en droit international guident l'interprétation, qui s'enrichit de spécificités liées au droit constitutionnel belge.

408. Six grands attributs du droit à la culture sont analysés dans cette section de façon à refléter la cohérence du droit à la culture. Parce qu'elle est à la source de la culture, c'est d'abord la liberté artistique qui est étudiée (§ 1). De la même manière, le droit au maintien, au développement et à la diffusion de la culture vient garantir que cette culture née de la liberté artistique puisse constituer l'objet d'un droit fondamental (§ 2). Le droit d'accéder à la culture (§ 3) et le droit de prendre part à la vie culturelle (§ 4) s'exercent alors sur cette culture et ces patrimoines garantis. La liberté de choix s'applique à ces deux composantes (§ 5). Le droit de participer à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques culturelles prolonge ces différents attributs du droit à la culture sur le plan procédural et politique (§ 6).

Une dimension transversale à l'ensemble des droits fondamentaux est ensuite analysée : il s'agit du droit à l'égalité et la non-discrimination (§ 7). Enfin, c'est la conciliation entre les différents attributs du droit à la culture qui est étudiée (§ 8).

409. Nous avons restreint notre analyse des prérogatives découlant du droit à la culture, à celles qui concernent les trois champs culturels identifiés plus haut : le patrimoine, les arts, l'éducation permanente et la politique de la jeunesse[1263]. Soulignons que les différentes prérogatives reconnues s'équilibrent avec d'autres droits, afin de garantir à la fois l'intervention de l'État, mais aussi de circonscrire des limites à cette intervention pour assurer la protection

(1261) Voy. Développements, texte proposé par M. Stroobant, Taminiaux et consorts, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, 9 juin 1993, n° 100-2/3°, p. 20.

(1262) C. Romainville, « Contenu et effectivité du droit à l'épanouissement culturel », in *Les droits culturels et sociaux des plus défavorisés*, *op. cit.*, pp. 161-231.

(1263) Les éléments qui touchaient spécifiquement à la question de l'identité culturelle, envisagée en tant qu'objet du droit à la culture et non en tant que dimension de ce droit, ne sont pas abordés ici pour les raisons susmentionnées.

des individus et des créateurs[1264]. L'équilibre est également renforcé dans un cadre décentralisé des activités culturelles[1265].

§ 1. *La liberté artistique*

410. Le droit à la culture emporte la reconnaissance de la liberté d'expression en matière culturelle. Celle-ci est nécessaire à l'existence de la création artistique et des patrimoines sur lesquels s'exercent les autres prérogatives du droit à la culture. La liberté artistique se présente comme une composante du droit à la culture « à deux dimensions »[1266] : « la consécration de ce droit de l'Homme est destinée à garantir l'intégrité de l'ensemble du processus de formation de l'art, dans ses différentes phases : de la conception interne de l'œuvre par l'artiste (relayant la liberté de pensée et d'opinion reconnue à tous) à son expression publique »[1267]. Ainsi, la « liberté artistique » ou « liberté de l'art » vise la liberté des activités artistiques individuelles contre « les ingérences de l'État », préventives et répressives, et contre les « agissements privés »[1268].

411. L'apport du droit de participer à la vie culturelle pour la liberté artistique est fondamental : il rappelle la spécificité de cette liberté par rapport à la liberté d'expression alors qu'elle est souvent simplement considérée comme une « composante » du régime plus général de la liberté d'expression (voy. pour de plus amples précisions, la troisième partie).

La liberté artistique, prérogative du droit à la culture, est aux sources de ce droit car elle conditionne l'ensemble de celui-ci. C'est pourquoi le droit à la culture implique des obligations spécifiques en matière de protection de la liberté artistique, qui interagissent avec la Convention sur la diversité des formes culturelles, et qui visent à prévenir la négligence dont cette liberté fait parfois l'objet.

(1264) P. Moulinier, *La recommandation de Nairobi sur l'accès et la participation à la vie culturelle (1976) : dix ans après*, 1986, Doc. CC/CSP/CP/14, p. 17.

(1265) Rapport général de la Conférence mondiale de l'UNESCO sur les politiques culturelles, Mexico, 26 juillet-6 août 1982.

(1266) A. Zollinger, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, Poitiers, L.G.D.J., coll. Faculté de droit et des sciences sociales, 2008, p. 189.

(1267) *Ibid*., p. 190.

(1268) J. De Werra, « Liberté de l'art et droit d'auteur », *Media Lex*, 2001, n° 3, p. 145.

A. **En droit international**

412. La liberté de créer est inhérente au droit à la culture[1269]. Elle est implicitement protégée par l'article 15, al. 1er du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels consacré à la protection des productions scientifiques, littéraires et artistiques[1270]. Cette liberté est par ailleurs inscrite dans l'article 19, alinéa 2 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, qui consacre expressément « le droit de toute personne de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous *une forme orale, écrite, imprimée ou artistique,* ou par tout autre moyen de son choix »[1271]. Elle est également protégée par les textes proclamant de manière générale la liberté de l'art, comme dans l'article 13 de la Charte des droits fondamentaux du Traité de l'Union européenne[1272]. Elle est aussi protégée implicitement par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

413. La liberté d'expression, d'opinion et d'information dans le champ culturel est consacrée dans certaines dispositions relatives aux droits civils et politiques. Cette liberté concrétise la liberté de choix dans des réalisations concrètes, destinées à être communiquées à d'autres individus. Elle implique la liberté de maintenir des contacts culturels à l'étranger, de faire circuler des biens et des idées culturelles[1273] « sans considération de frontière »[1274]. Elle est évidemment consacrée dans les textes relatifs aux droits culturels, comme dans l'alinéa 3 de l'article 15 du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

414. Dans son Observation générale n° 21, le Comité a distingué la liberté de création, éventuellement en association avec d'autres, de la liberté d'opinion, d'expression et d'information. Il a lié cette

(1269) Comité, A/C.3/SR.796, §§ 12-14 Pakistan, 30 Chine ; A/C.3/SR.798, § 1, Indonésie.

(1270) Observation générale n° 17, 2005.

(1271) Voy. sur ce point, Première partie. Nous soulignons.

(1272) Qui proclame : « les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté indispensable à la recherche scientifique et aux activités créatrices ».

(1273) Compilation of issues which where most frequently formulated by the Committee with respect to the State parties' reports considered at its 5-14th sessions, E/C.12.1996/REF, § 452.

(1274) Art. 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

liberté de création et d'association à l'article 15, § 3, du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels. Cette liberté implique la liberté de « créer, individuellement, en association avec d'autres ou au sein d'une communauté ou d'un groupe », ce qui suppose que les États parties doivent abolir « toute censure éventuelle à l'égard des activités culturelles dans les domaines de l'art et d'autres formes d'expression »[1275].

415. S'il est vrai que la vie culturelle, à laquelle l'article 15 donne droit, n'est pas délimitée *a priori* et recouvre toutes les formes de l'expression culturelle, de celles qui plaisent à celles qui choquent et dérangent, il est également vrai que des limites doivent être respectées dans ce domaine[1276]. Le Comité a déjà eu l'occasion de formuler certaines limitations à ce droit à l'expression culturelle[1277]. Il faudra cependant tenir compte, dans l'application du régime de restriction, des spécificités de l'expression artistique et des qualités esthétiques des œuvres en question (voy. *infra*)[1278].

416. Le droit de participer à la vie culturelle implique, au niveau international, un accès aux sources d'information, d'expression, de communication et de diffusion[1279]. Malgré le peu d'attention accordée à la liberté d'expression, notamment artistique, dans l'Observation générale n° 21, le droit d'accès aux formes d'expression et de diffusion y est particulièrement bien mis en valeur, qui indique que chacun a le droit « d'accéder à des formes d'expression et de diffusion grâce à n'importe quel moyen technique d'information ou de communication »[1280]. Dans cette optique, l'État doit établir des équilibres entre cette exigence d'accès aux sources d'expression et de communication et la protection des droits d'auteur, qui

(1275) Observation générale n° 21, *op. cit.*, § 49, c).

(1276) J. Smiers, « No copyright and no domination of cultural markets », Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Discussion générale sur le droit de participer à la vie culturelle, 9 mai 2009, E/C.12/40/6, p. 2.

(1277) Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 10, *La liberté d'expression, (Art. 19)*, 29 juin 1983.

(1278) M. Bidault, *La protection internationale des droits culturels*, *op. cit.*, p. 286.

(1279) Comité des droits de l'homme, General Comment No. 10: Freedom of expression (Art. 19), 29 juin 1983.

(1280) Observation générale n° 21, *Droit de chacun de participer à la vie culturelle (art. 15, par. 1 a), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 43e session, 21 décembre 2009, E/C.12/GC/2, § 15, b).

est d'ailleurs consacrée par le même article 15[1281], et qui forme un corollaire de la liberté d'expression artistique[1282].

417. L'article 15 du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels met en valeur les aspects proprement culturels et artistiques de la liberté d'expression, trop souvent négligés dans le cadre de l'article 19 du Pacte international sur les droits civils et politiques. De plus, l'éclairage de l'article 15 sur la liberté d'expression permet de souligner certaines obligations positives dans cette matière, concernant l'accès aux canaux d'expression et de diffusion. Mais, même dans le champ des droits économiques, sociaux et culturels, les libertés culturelles liées aux domaines de l'art, du patrimoine ou de l'animation culturelle ne font toujours pas l'objet d'une attention suffisante. En effet, « [l]'importance donnée aujourd'hui aux référents identitaires que sont l'ethnie, la langue et la religion conduit à ce que certaines libertés culturelles reçoivent plus d'attention que d'autres. Ainsi, la liberté artistique et de recherche scientifique mobilise malheureusement peu l'intérêt des organes de contrôle, plus attachés à défricher le terrain dans le domaine des pratiques culturelles et des modes de vie »[1283].

Il semble que les questions identitaires ont souvent « confisqué » le contrôle du droit de participer à la vie culturelle. Ainsi, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels se limite à appréhender les situations extrêmes de censure[1284] et les journées de débat consacrées au droit de participer à la vie culturelle n'ont que très superficiellement abordé la question de la liberté d'expression et de création. L'on constatera aussi la négligence du Comité à propos

(1281) Pour une opinion radicale sur la question : J. Smiers, « No copyright and no domination of cultural markets », *op. cit.*, p. 3.

(1282) M. Bidault, *La protection internationale des droits culturels, op. cit.*, p. 285. Cette nécessité d'un équilibre donne lieu à un débat idéologique important que l'on aborde dans la troisième partie de cette thèse. Voy. notamment l'opinion de Joost Smiers, qui considère que l'État doit prendre des mesures pour ne pas voir ses citoyens se transformer en de purs consommateurs, sans participation active dans la création culturelle pour réagir face aux risques du consumérisme. J. Smiers, « No copyright and no domination of cultural markets », *op. cit.*, p. 3.

(1283) M. Bidault, *La protection internationale des droits culturels, op. cit.*, p. 273.

(1284) Voy. notamment C.D.E.S.C., *Observation finales sur la Lybie*, E/1998/22, § 187.

de la liberté d'expression de l'artiste[1285] ainsi que l'attitude ambiguë de certains organes de contrôle, comme la Cour européenne des droits de l'homme, à l'égard des libertés d'expression et d'association dans le champ artistique (voy. *infra*).

B. **En droit constitutionnel**

418. Les auteurs qui se sont penchés sur le droit à l'épanouissement culturel considèrent que la liberté d'expression se situe au cœur du droit à l'épanouissement culturel. Ainsi, Simon-Pierre de Coster estime que le droit à l'épanouissement culturel recouvre le droit d'accéder à la culture, mais aussi le « droit pour chacun d'exprimer librement ses idées en créant des œuvres de l'esprit au sens large, par exemple par le biais de la création d'œuvres artistiques [...] »[1286].

419. La liberté de créer et de s'exprimer sous une forme créative relève de la protection de l'article 23 de la Constitution belge et de l'article 19 de la Constitution belge[1287]. La Cour constitutionnelle définit en effet la liberté d'expression comme « la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou *artistique* ou par tout autre moyen de son choix »[1288].

420. Dans le prolongement de la liberté d'expression, certains auteurs n'ont pas hésité à ranger les droits d'auteur parmi les éléments normatifs du droit à la culture. En droit international, le droit d'auteur n'est pas envisagé comme un élément intrinsèque du droit à la culture puisqu'il est consacré lui-même en tant que droit fondamental. Par contre, les maigres textes qui ont été consacrés à la question du droit à l'épanouissement culturel établissent une relation entre ce droit et le droit d'auteur. Ainsi, Paul Orianne

(1285) À l'exception de certains cas extrêmes, comme celui de la condamnation pénale d'un peintre et de la destruction de ses tableaux par le régime coréen (voy. Comité des droits de l'homme, *Hak-Chul Shin c. République de Corée,* Communication 926/2000, 16 mars 2004).

(1286) S.-P. De Coster, « La mise en œuvre des droits culturels par les pouvoirs locaux : l'exemple de l'audiovisuel », *Rev. dr. comm.*, 1997, n° 3, p. 120.

(1287) Voy. Première Partie.

(1288) C.C., arrêt n° 9/2009, du 15 janvier 2009, B.20. Nous soulignons.

estime que le droit à l'épanouissement culturel protège le rapport qu'entretient l'artiste avec sa propre création[1289]. Rusen Ergec estime également que les droits culturels de l'article 23 renvoient au droit à la protection du droit d'auteur[1290]. À notre estime, le droit à l'épanouissement culturel établit bel et bien un rapport entre l'individu participant et créateur et son œuvre, même si rien n'établit formellement le droit d'auteur en tant qu'élément normatif du droit à la culture.

En réalité, ce n'est qu'en tant que prolongement de la liberté d'expression que le droit d'auteur est d'une importance fondamentale pour le droit à la culture, lorsqu'il agit comme stimulation et comme protection de la création et qu'il constitue une garantie de l'indépendance de l'auteur[1291]. Dans ce cas, le droit d'auteur participe pleinement de la liberté d'expression et du droit de participer à la vie culturelle. Dans ce sens, même si ce droit est déjà consacré par ailleurs (dans les articles relatifs au droit à la propriété) le lien établi entre le droit à l'épanouissement culturel et les droits d'auteur apporte un nouvel éclairage. En effet, il a le mérite de souligner l'importance des objectifs initiaux du droit d'auteur (garantie de l'indépendance et soutien matériel au développement créatif) et de revaloriser ces objectifs à une époque où ceux-ci sont parfois perdus de vue[1292]. De plus, le lien ainsi établi entre droit de participer à la vie culturelle et droit d'auteur permet de (re)mettre en lumière la place de première importance qui revient aux œuvres culturelles dans les développements des droits d'auteur, aujourd'hui quelque peu noyées dans les marques, les bases de données et les programmes d'ordinateurs[1293].

421. Rattacher la liberté d'expression artistique au droit à la culture n'est pas anodin. Cela implique également qu'un équilibre interne doit nécessairement être trouvé au sein des composantes du

(1289) P. Orianne, « Mythe ou réalité des droits économiques, sociaux et culturels » in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Tome III, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 1881.

(1290) R. Ergec, « Introduction générale », in *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, *op. cit.*, p. 14.

(1291) Voy., sur les fondements du droit d'auteur, A. Strowel, *Droit d'auteur et Copyright. Divergences et Convergences*, Bruxelles, Bruylant, L.G.D.J., 1993.

(1292) A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 4e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 16. Voy. aussi *infra*.

(1293) Voy. notamment *ibid.*, p. 12.

droit à la culture. Pour la liberté d'expression artistique elle-même, ce rattachement permet une revalorisation de sa spécificité et de son importance, alors que sa protection par le régime général de la liberté d'expression apparaît parfois incertaine[1294].

§2. *Le droit au maintien, au développement et à la diffusion des patrimoines et des cultures*

422. Le droit au maintien, au développement et à la diffusion de la culture garantit la protection et la promotion des réalisations issues de la liberté artistique. En établissant la nécessité d'une intervention de l'État pour mettre en valeur et garantir l'existence d'un patrimoine et d'une création, cet attribut du droit à la culture permet la réalisation des autres prérogatives découlant du droit à la culture.

A. **En droit international**

423. Dans un premier temps, ce n'est qu'indirectement que les politiques de protection et de promotion des patrimoines et de la diversité culturelle ont fait l'objet d'une approche en termes de droits humains.

1. La place réduite des droits fondamentaux dans les instruments de protection du patrimoine et de la diversité culturelle

424. Le langage des droits de l'homme n'a perlé que très lentement dans le droit international de la culture.

(1294) Aux États-Unis, la liberté artistique est rattachée au premier amendement, qui protège la liberté d'expression. La Cour suprême paraît en effet postuler que la création artistique est couverte par la protection du premier amendement (*Miller v. California*, 413 U.S. 15, 24, 1973) même si elle a hésité plus d'une fois, comme dans *Young v. American Mini-Theaters*, où elle a estimé que : « [e]ven though we recognize that the First Amendment will not tolerate the total suppression of erotic materials that have some arguably artistic value, it is manifest that society's interest in protecting this type of expression is of a wholly different, and lesser, magnitude than the interest in untrammeled political debate » (*Young v. American Mini-Theaters*, 427 U.S. 50, 70, 1976).

Certes, pour certains cas très précis qui dépassent le cadre de la présente thèse, la mobilisation des droits humains en lien avec le patrimoine est très claire. Elle passe alors par un mécanisme d'appropriation. Il en est ainsi de l'appropriation des terres par les peuples autochtones comme élément d'un patrimoine culturel : c'est par le biais du droit à la propriété qu'un lien fort a été établi entre patrimoines et droits de l'homme[1295]. Le même mécanisme est d'application, *mutatis mutandis*, pour les ressources culturelles immatérielles.

Mais, de manière générale, dans les instruments de protection du patrimoine, il y a ainsi peu de droits universels explicites reconnus aux individus sur les patrimoines culturels considérés comme des biens communs.

Cette absence d'inclusion du discours des droits dans le domaine de la protection du patrimoine peut être expliquée par la spécificité des instruments de protection du patrimoine et par leur grande diversité. Ceux-ci poursuivent des objectifs radicalement différents, voire parfois contradictoires, comme la conservation et la protection du patrimoine, la protection contre les destructions, le pillage, le vol, ou encore la protection contre les menaces qu'impliquent la mondialisation, la revitalisation de certains patrimoines, l'échange de biens culturels, la coopération culturelle et enfin l'accès de tous à la culture. Adopté pour des raisons très variées, parfois en suivant simplement « l'air du temps »[1296], l'ensemble formé par les instruments de protection du patrimoine manque de cohérence interne et de définitions communes à tel point qu'il est très difficile d'identifier précisément la portée des concepts fondateurs des conventions de protection du patrimoine[1297].

(1295) M. Bidault, *La protection internationale des droits culturels*, *op. cit.*, pp. 444-468.

(1296) J. Blake, « On defining cultural heritage », *Int'l & Comp. L. Q.*, 2000, Vol. 49, n° 1, January, p. 64.

(1297) *Ibid.*, p. 62. Ainsi, en 1984, Patrick O'Keefe et Lyndel Prott écrivaient que « for various reasons each Convention and Recommendation has a definition drafted for the purposes of that instrument alone ; it may not, at this stage be possible to achieve a general definition suitable for use in a variety of contexts », L. V. Prott et P. J. O'Keefe, *Law and the Cultural Heritage,* Abingdon, Professional Books Ltd, 1984, Vol. I, p. 34.

Par conséquent, la définition de l'objet même des « droits aux patrimoines » est difficile à établir. La technique qui a souvent été adoptée pour contourner les difficultés de définition[1298] a été de laisser les États définir eux-mêmes les patrimoines[1299]. La récente tendance dans les instruments de protection du patrimoine à élargir considérablement la notion jusqu'à englober l'ensemble de la vie culturelle n'est pas non plus de nature à préciser la notion de patrimoine et rendrait presque la définition du droit à la culture impossible[1300]. À notre estime, cette difficulté, relevée par de nombreux commentateurs[1301], ne doit toutefois pas être exagérée et ne peut constituer en soi un obstacle à un encadrement de la protection du patrimoine par les droits humains : de nombreux autres droits ont d'ailleurs été formulés sur des objets qui restent flous, comme l'environnement sain.

425. En ce qui concerne les instruments de protection de la diversité culturelle, il n'y a pas de mention explicite d'un droit à la diversité des expressions culturelles même si ces instruments contiennent de nombreuses références aux droits humains.

Ainsi, l'article 5 de la Déclaration exprime la nécessité d'un respect des droits culturels pour la réalisation de la diversité culturelle car ils forment, selon le titre de l'article 5, le « cadre propice à la diversité culturelle ». Tout en se référant aux articles 27 de la Déclaration universelle, 13 et 15 du Pidesc, l'article 5 prévoit que « toute personne doit ainsi pouvoir s'exprimer, créer et diffuser ses œuvres dans la langue de son choix et en particulier dans sa langue maternelle ; toute personne a le droit à une éduction et à une formation de qualité qui respectent pleinement son identité culturelle ; toute

(1298) Qui sont des exemplifications des difficultés plus générales de définition de la culture (voy. *supra*, Première partie).

(1299) Solution *a priori* logique mais qui présente le risque que des formes de « nationalisme culturel » prennent le pas sur l'intérêt de tous d'avoir accès au patrimoine ou que des considérations externes à la protection du patrimoine, plus triviales, prennent le dessus. Voy. J. H. Merryman, « Thinking about the Elgin Marbles », *Michigan Law Review*, 1985, Vol. 83, n° 8, p. 1912 ; J. H. Merryman, « Two ways of thinking about intellectual property », *The American Journal of International Law*, 1986, Vol. 80, n° 4, pp. 831-853.

(1300) M. Bidault, *La protection internationale des droits culturels, op. cit.*, pp. 488-490.

(1301) W. S. Logan, « Closing Pandora's Box : Human Rights Conundrums in Cultural Heritage Protection », *op. cit.*, pp. 33-52.

personne doit pouvoir participer à la vie culturelle de son choix et exercer ses propres pratiques culturelles, dans les limites qu'impose le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». La version anglaise du texte est plus claire en formulant tout ce passage en termes de droits[1302].

Quant à la Convention, elle confère aux droits de l'homme le statut de « principe directeur » dans son article 2 (1). Elle se limite à énoncer les libertés d'expression, d'information et de communication, sans citer la participation à la culture ou le droit à l'éducation, même si elle mentionne le « droit fondamental des individus et des peuples de participer et de jouir du développement culturel »[1303].

2. Vers une formulation d'un droit aux patrimoines et à la diversité culturelle dans les instruments du droit international de la culture

426. Le constat d'une absence d'incorporation du langage des droits de l'homme dans le droit en international de la culture établi au point précédent mérite cependant d'être nuancé, car plusieurs éléments marquent une volonté de consécration explicite d'un droit au maintien, à la protection et à la promotion des patrimoines et de la diversité culturelle. Une explication de cette irruption de la logique des droits de l'homme dans celle du patrimoine culturel et de la diversité culturelle peut être trouvée dans l'idée que « ces dernières années, on est passé d'une préservation/sauvegarde du patrimoine culturel en tant que tel, compte tenu de son exceptionnelle valeur pour l'humanité, à une protection du patrimoine culturel liée à sa valeur essentielle pour les personnes et les communautés compte

(1302) « Cultural rights are an integral part of human rights, which are universal, indivisible and interdependent. The flourishing of creative diversity requires the full implementation of cultural rights as defined in Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights and in Articles 13 and 15 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. All persons have therefore the right to express themselves and to create and disseminate their work in the language of their choice, and particularly in their mother tongue ; all persons are entitled to quality education and training that fully respect their cultural identity ; and all persons have the right to participate in the cultural life of their choice and conduct their own cultural practices, subject to respect for human rights and fundamental freedoms ».

(1303) Art. 2 (5).

tenu de leur identité culturelle »[1304]. C'est, en particulier, à l'occasion de la mise en place de stratégies visant à préserver le patrimoine immatériel que cette appréhension du patrimoine culturel par les droits de l'homme s'est consolidée.

D'abord, certains instruments de protection du patrimoine non contraignants énoncent des droits individuels[1305] et force est de constater que les instruments de protection du patrimoine les plus récents établissent de plus en plus souvent des droits pour les personnes et les communautés[1306].

De plus, des droits de nature procédurale ont été instaurés dans diverses Conventions relatives au patrimoine. Découlent ainsi du principe de consultation, un principe directeur de la matière, un ensemble de droits, souvent collectifs[1307].

En outre, il arrive de plus en plus souvent que le droit à la culture soit invoqué et analysé en combinaison avec des instruments relatifs aux politiques culturelles. Cette démarche conduit à conférer à ces instruments le statut de prolongements précisant le droit à la culture[1308].

Enfin, la pratique des organes internationaux tend à reconnaître expressément des droits sur les patrimoines en tant que biens communs et des droits à la diversité culturelle. Ainsi, le Conseil de l'Europe a particulièrement œuvré pour la création de liens entre droits de l'homme et patrimoines, convaincu de l'importance de ceux-ci[1309]. Dans le même sens, il faut souligner la volonté explicite

(1304) Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, *Rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels, Mme Farida Shaheed*, 17e session, 21 mars 2011, A/HRC/17/38, p. 8.

(1305) Voy. la Recommandation sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire (Article D), la Convention sur la sauvegarde du patrimoine immatériel subaquatique (Préambule, § 5), la Déclaration de Mexico, §§ 24-25, la Convention-cadre de Faro du Conseil de l'Europe.

(1306) Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, *Rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels, Mme Farida Shaheed*, 17e session, 21 mars 2011, A/HRC/17/38, p. 8. Ce même rapport contient une étude approfondie et détaillée de l'ensemble des références aux droits de l'homme et aux droits des communautés inscrits dans les instruments relatifs au patrimoine.

(1307) Voy. M. Bidault, *La protection internationale des droits culturels, op. cit.*, p. 495.

(1308) Voy. pour un exemple C.C., arrêt n° 86/2010, du 8 juillet 2010.

(1309) J. Blake, « On defining cultural heritage », *op. cit.*, p. 73.

de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels d'analyser le patrimoine culturel comme un droit de l'homme, dans un rapport exclusivement consacré à cette question[1310]. Par ailleurs, de plus en plus d'auteurs écrivent au sujet du « droit au patrimoine culturel », qui serait un droit collectif de la troisième génération[1311]. D'autres auteurs n'ont pas manqué de souligner les faiblesses d'une approche rivée exclusivement sur des droits collectifs des peuples ou des groupes à leurs propres patrimoines[1312].

427. À notre estime, une obligation d'œuvrer dans les domaines du patrimoine et de la diversité culturelle se déduit du droit des États d'agir dans ces domaines, notamment consacré dans les instruments de protection du patrimoine et de promotion de la diversité culturelle. On peut considérer que l'existence de cette obligation est corroborée par la formulation de l'article 15, § 3, du Pidesc qui établit une obligation à charge des États de maintenir, développer et diffuser la culture. Les liens intimes entre le droit de participer à la vie culturelle et cette obligation, qui sont notamment concrétisés dans une série d'instruments de protection de la culture, plaident pour élever celle-ci au statut de droit.

Fondamentalement, la distinction entre obligations et droits, qui sont les deux faces d'un même phénomène, se révèle parfois formaliste. Lorsque certains instruments de protection du patrimoine ou de la diversité culturelle prévoient expressément une obligation pour les États de permettre aux individus d'accéder aux patrimoines[1313] ou de mettre en valeur la diversité culturelle[1314], la différence entre obligation et droits semble encore s'amenuiser, au point de disparaître[1315].

(1310) Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, *Rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels, Mme Farida Shaheed*, 17e session, 21 mars 2011, A/HRC/17/38, 28 pp.

(1311) *Ibid.*, pp. 78-80.

(1312) M. Bidault, *La protection internationale des droits culturels, op. cit.*, p. 504.

(1313) Voy., notamment, Convention de Faro, art. 12 ; Document de Cracovie sur le patrimoine culturel, 1991, Recommandation concernant les moyens les plus efficaces pour rendre les musées accessibles à tous, 1960.

(1314) Art. III, 10, Déclaration des principes de la coopération culturelle internationale. Voy. également C.C.P.M.N., art. 11, (3).

(1315) Certains auteurs ne font du reste plus la distinction entre le droit au patrimoine culturel et les instruments protégeant ce patrimoine : J. Symonides, « Cultural Rights », *op. cit.*, p. 218.

428. Une application accrue de la logique du droit de participer à la vie culturelle aux instruments de protection des patrimoines et de la diversité culturelle impliquerait un enrichissement réciproque : elle viendrait expliciter un droit aux patrimoines déjà contenu en germes dans de multiples dispositions et elle permettrait de préciser certains éléments des conventions de protection du patrimoine ou de la diversité culturelle, notamment en ce qui concerne le patrimoine immatériel et les aspects procéduraux de ces conventions.

B. **En droit constitutionnel**

429. En droit constitutionnel belge, un droit à la protection et à la promotion du patrimoine découlant de l'article 23 de la Constitution a été explicitement reconnu dans deux avis du Conseil d'État[1316].

Par ailleurs, il semble qu'il n'y ait pas de raison particulière à limiter la portée de l'avis du Conseil d'État au seul patrimoine puisque la Haute juridiction a rappelé que l'article 23, 5°, qui consacre le droit à l'épanouissement culturel, n'épuisait pas la catégorie des droits culturels reconnus par l'article 23, 1°. Des droits à la protection du patrimoine et de la culture en général existent donc bel et bien en droit constitutionnel.

Enfin, les missions qu'implique la répartition des compétences, en ce qui concerne la protection et la promotion du patrimoine, des arts vivants et des institutions culturelles, sont autant d'éléments qui peuvent attester de l'existence de droits sur les patrimoines et la diversité culturelle.

§3. *Le droit d'accéder à la culture et à l'information en matière culturelle*

430. Le cœur du droit à la culture réside dans l'accès à la culture[1317] qui peut s'exercer grâce à l'existence d'une vie culturelle

(1316) Avis C.E., section législation, n° 35.689/4, 6 et 9 octobre 2003, sur un avant projet d'ordonnance portant sur certaines dispositions en matière d'aménagement du territoire, *Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., sess. 2003-2004, 1-501.

(1317) H. Niec, « Casting the foundation for the implementation of cultural rights », in *Cultural Rights and Wrongs. A Collection of Essays in Commemoration of the 50th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*, *op. cit.*, p. 182 et p. 184 ;

libre, promue et conservée par des politiques culturelles adéquates. « Par accès à la culture, on vise les opportunités concrètes disponibles à chacun pour jouir des valeurs culturelles et de la propriété culturelle »[1318]. Est ainsi concernée la « participation réceptive » en tant que membre du public[1319] ou encore « la possibilité effective pour tous, notamment par la création de conditions socio-économiques, de librement s'informer, se former, connaître, comprendre et jouir des valeurs et des biens culturels »[1320].

A. **En droit international**

431. Les exigences qui découlent de l'accès à la culture sont d'ordre matériel mais aussi d'ordre intellectuel. Les exigences matérielles touchent à l'accessibilité financière, l'accessibilité physique, l'accessibilité géographique et l'accessibilité temporelle. Or, pendant longtemps, le Comité « n'a pas suffisamment exploré l'importance de l'accès aux biens et patrimoines culturels comme ressources culturelles ; ni suffisamment mis à jour le lien existant entre exercice des libertés et jouissance des ressources dans le domaine culturel »[1321]. L'Observation générale n° 21, adoptée par le Comité en novembre 2009, a, en partie, résorbé cette insuffisance.

L'accessibilité financière consiste à mettre financièrement à la portée de tous les performances, les activités et les institutions culturelles, avec une attention particulière pour les plus pauvres[1322]. L'accessibilité physique concerne les possibilités

Council for Cultural Cooperation, CDCC, 63e session, Doc. CDCC 95, 11, rev. Strasbourg, 30 janvier 195, pp. 13-14 ; B. Boutros-Ghali, « The Right to Culture and the Universal Declaration of Human Rights », *op. cit.*, pp. 73-75.

(1318) UNESCO, Recommandation concernant la participation et la contribution des masses populaires à la vie culturelle, 1976.

(1319) UNESCO, Programme de l'UNESCO pour 1952, Résolution 4.52, Étude du « Droit de participer à la vie culturelle », Document de base, UNESCO/CUA/42, 28 avril 1952, p. 11.

(1320) UNESCO, Recommendation concernant la participation et la contribution des masses populaires à la vie culturelle, 1976, art. 1 (2) a.

(1321) M. Bidault, *La protection internationale des droits culturels*, *op. cit.*, p. 440. Voy. la Convention sur la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel de 2003 et la Convention de Faro du Conseil de l'Europe.

(1322) Recommendation on Participation in Cultural Life, UNESCO General Conference, Doc. 19C/Resolution, Annex 1, § 14b ; UNESCO Recommandation concerning the Most Effective Means of Rendering Museums Accessible to Everyone, § 7.

d'accès aux infrastructures culturelles, spécialement en ce qui concerne les personnes handicapées[1323] et les personnes âgées[1324]. La culture doit également être accessible d'un point de vue géographique : l'accessibilité de la culture doit être une réalité tant rurale qu'urbaine. Elle suppose une régionalisation et une décentralisation. Enfin, l'accessibilité temporelle doit être telle que les heures d'ouverture et les horaires doivent permettre à tous d'accéder aux institutions de la culture[1325].

L'accessibilité « intellectuelle » présente trois facettes : l'information culturelle, la disposition des outils culturels et ressources pour accéder à la diversité culturelle et l'accessibilité linguistique. L'accès à la culture est largement dépendant d'une bonne information en matière culturelle. Le droit de participer à la vie culturelle postule que le respect de la liberté d'information est crucial. Ainsi, l'Observation générale n° 21 établit le droit d'accéder à la culture « par l'information »[1326].

L'accès à la culture est profondément lié à la connaissance de la culture, à l'appropriation de références culturelles : sans références culturelles, l'accès à la culture reste théorique. En ce sens, le droit d'accéder à la culture est intimement lié au droit à l'éducation dans ses dimensions culturelles, en tant que « droit à la connaissance des ressources culturelles »[1327]. Plus pragmatiquement, il faut que la culture soit accessible en termes de compréhension. À cette fin, il faut refléter la diversité linguistique du pays[1328], mais aussi donner les clés de la compréhension aux personnes sourdes et muettes[1329].

(1323) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 5, Personnes handicapées, 11e session, 1994, §§ 36 et s.

(1324) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 6, Personnes âgées, §§ 39 et s.

(1325) UNESCO, Recommendation concerning the Most Effective Means of Rendering Museums Accessible to Everyone, § 5.

(1326) Observation générale n° 21, *Droit de chacun de participer à la vie culturelle (art. 15, par. 1 a), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 43e session, 21 décembre 2009, E/C.12/GC/2, § 15, b).

(1327) Voy. notamment, sur le droit à l'éducation dans sa dimension culturelle, M. Bidault, *La protection internationale des droits culturels*, *op. cit.*, pp. 359-437.

(1328) C. Groni, « The right to take part in cultural life », *op. cit.*, p. 17.

(1329) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 5, Personnes handicapées, § 37.

B. **En droit constitutionnel**

432. Quand les parlementaires ont voulu préciser le « droit à l'épanouissement culturel et social »[(1330)] et les « droits dans les domaines culturel et scientifique » qu'ils proposaient d'insérer dans la Constitution[(1331)], ils ont surtout insisté sur l'accessibilité de la culture. Ainsi, le Constituant a considéré que la réalisation du droit à l'épanouissement culturel « suppose que la culture soit rendue accessible à tous » et que « [l]a réalisation de cet objectif commande principalement aux pouvoirs publics d'abaisser nombre de seuils encore trop élevés et de veiller à instaurer un climat de tolérance culturelle dans toutes les couches de la population ». En ce qui concerne les plus défavorisés, le Constituant estime que « les activités culturelles doivent rester financièrement à la portée des moins favorisés d'entre nous »[(1332)]. Dans le flou qui entoure le droit à l'épanouissement culturel[(1333)], il est une chose certaine : le Constituant a voulu renforcer l'accès de tous à la culture.

L'accès à la culture couvre un champ très large[(1334)]. Un arrêt intéressant concerne les informations brèves diffusées par les radiodiffuseurs, qui rentreraient dans l'objet du droit à l'épanouissement culturel[(1335)]. Rappelant la compétence des Communautés de régler

(1330) Développements, Texte proposé par M. Stroobant et consorts, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, n° 100-2/1°, 15 janvier 1992, p. 10.

(1331) Développements, Texte proposé par Mme Breyne et Mr. Gehlen, *Doc. parl.*, Chambre, sess. extr. 1991-1992, n° 381/1, pp. 2-3.

(1332) Développements, Texte proposé par M. Stroobant, Taminiaux et consorts, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, 9 juin 1993, n° 100-2/3°, p. 20 et *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr., 1991-1992, n° 100-2/2°.

(1333) Le flou concerne notamment la « tolérance culturelle » que le Constituant a inscrit comme une des finalités du droit à l'épanouissement culturel. Voy. E. JAKHIAN, « Constitution et culture : une rencontre incertaine », *op. cit.*, p. 678.

(1334) Voy., sur le rôle des médias dans la culture, F. JONGEN, « L'audiovisuel, vecteur de culture ? », *op. cit.*, pp. 700-718.

(1335) Dans un recours de la Ligue professionnelle de football contre le décret de la Communauté flamande concernant le droit à la liberté de l'information et la diffusion d'informations brèves, la Communauté française et la Région wallonne sont intervenues dans la procédure pour défendre la compétence communautaire en la matière. Selon la Communauté française, la compétence relative à la diffusion d'informations brèves par les radiodiffuseurs ne recoupe pas la compétence en matière de concurrence, mais concerne seulement l'accès à la production culturelle, et donc l'épanouissement culturel, qui relève

les droits et libertés dans les matières qui relèvent de leur sphère de compétence, la Communauté française, qui intervenait à la cause, a estimé que les Communautés étaient compétentes pour le droit à l'épanouissement culturel et pour les droits culturels qui visent, outre le droit à l'enseignement, « le droit à la production culturelle et sa participation à la vie culturelle de la société »[1336]. Bien qu'elle n'ait pas repris à son compte le raisonnement de la Communauté française, la Cour n'a pas exclu cette interprétation en considérant que le décret flamand était animé par la poursuite de l'intérêt général d'assurer la collecte d'informations sur des événements accessibles au public[1337].

Outre les produits culturels et les médias, l'accès concerne également les bibliothèques publiques[1338] et autres infrastructures culturelles. Il s'étend aux grands événements culturels, aux activités sportives (comme l'attestent plusieurs arrêts du Conseil d'État[1339]), au patrimoine[1340] et aux activités scolaires culturelles[1341].

L'accès à l'Internet a également été inclus dans le droit à l'épanouissement culturel dans un arrêt de la Cour du travail de Liège. Les juridictions du travail, en appliquant le principe du respect de la dignité humaine, sont en effet parfois confrontées aux difficultés d'accès à la culture[1342] et aux difficultés d'accès à la pensée et à la parole[1343]. L'idée est alors de favoriser l'intégration culturelle, qui permet de satisfaire ses besoins en termes « d'activités d'épanouissement physique ou culturel »[1344].

---

des compétences des Communautés (C.C., arrêt n° 124/99, du 25 novembre 1999, A.4.3).

(1336) C.C., arrêt n° 124/99, du 25 novembre 1999, 1.6.3.

(1337) *Ibid*., B.5.5.2.

(1338) C.C., arrêt n° 88/2003, du 24 juin 2003.

(1339) C.E., arrêt *Jacquart,* n° 64.967, du 4 mars 1997.

(1340) Avis C.E., section législation, n° 35.689/4, 6 et 9 octobre 2003, sur un avant projet d'ordonnance portant sur certaines dispositions en matière d'aménagement du territoire, *Doc*., Parl. Rég. Brux.-Cap., sess. 2003-2004, 1-501.

(1341) Cass., 7 octobre 2002, concl. du premier avocat général J.-F. Leclercq, *J.T*., 2002, p. 435.

(1342) F. Kurz, « L'application du principe du respect de la dignité humaine : un défi pour les juridictions du travail », *op. cit.*, p. 273.

(1343) N. Bernard, « L'efficacité des politiques de lutte contre la pauvreté : tentative épistémologique de solution », *R.I.E.J*., 1998, pp. 25-65.

(1344) P. Versailles et M. Van Ruymbeke, *Guide social permanent, commentaire droit de la sécurité sociale*, Bruxelles, Kluwer, 2011.

Au-delà des seuls voyages scolaires, l'éducation est essentielle pour l'accès à la culture car elle permet la transmission des clés de compréhension de la culture. Le tribunal civil de Tournai a d'ailleurs consacré un rapport large entre le droit à l'épanouissement culturel et l'enseignement, en estimant que « la poursuite des études constitue un droit reconnu non seulement par l'article 203 du Code civil comme corollaire de l'obligation des parents d'assurer à leurs enfants une formation adéquate, mais également, à tout le moins de manière indirecte par la Constitution dans le cadre du droit au travail et au libre choix d'une profession (art. 23, 1°) et du droit à l'épanouissement culturel et social (art. 23, 5°), dont les études constituent sans conteste l'instrument nécessaire »[(1345)].

Enfin, l'accès à la culture consacré dans le droit à l'épanouissement culturel et dans les droits culturels de l'article 23 concerne également l'éducation permanente et l'éducation continue. Ceci se déduit à notre sens d'une comparaison entre les articles 23 et 24 de la Constitution, qui consacrent les droits culturels et le droit à l'enseignement, et l'ensemble des textes internationaux sur ce point. L'article 24 consacre en effet le droit à l'enseignement primaire, secondaire et supérieur mais ne concerne pas l'éducation tout au long de la vie (alors que cette dernière est pourtant explicitement intégrée dans les textes internationaux relatifs au droit à l'enseignement)[(1346)]. Dès lors, à notre sens, il faut considérer que, dans les droits culturels consacrés à l'article 23 (dont le droit à l'enseignement primaire, secondaire et supérieur a été expressément exclu en raison de sa consécration dans l'article 24 de la Constitution), le droit à l'éducation tout au long de la vie est reconnu aux côtés de l'éducation permanente.

433. Les premiers commentateurs du droit à l'épanouissement culturel ne s'y étaient donc pas trompés : le droit à l'épanouissement culturel consacre donc le droit d'accéder à la culture[(1347)]. Paul Orianne considère que le droit à l'épanouissement culturel a trait à l'accès d'un individu à la somme des savoirs, des expériences et aux

(1345) Civ. Tournai, 19 décembre 2000, *J.D.J.*, 2001, n° 206, p. 41.

(1346) M. Verdussen et N. Bonbled, « Les droits culturels et sociaux dans la Constitution belge », *op. cit.*, p. 64.

(1347) S.-P. De Coster, « La mise en œuvre des droits culturels par les pouvoirs locaux : l'exemple de l'audiovisuel », *op. cit.*, pp. 119-120.

autres biens non économiques accumulés par la société[1348]. Rusen Ergec estime également que les droits culturels de l'article 23 renvoient au droit à la participation à la vie culturelle de la communauté et au droit aux loisirs qui relèvent de l'épanouissement culturel[1349].

C. La fondamentalité de l'accès à la culture en situation de pauvreté

434. Longtemps, il a été considéré que l'accès à la culture ne faisait pas partie de la catégorie des « besoins de base » ou des « droits de base » qu'il faut d'abord chercher à satisfaire. Un jugement sur la valeur de la culture et l'importance de celle-ci pour les individus se loge évidemment derrière ce type de raisonnement, qui la cantonne à la « cerise sur le gâteau ».

On peut trouver une trace de ce jugement de valeur dans une des deux lectures possibles d'un avis du Conseil d'État du 7 juillet 2005 sur une proposition de loi relative à la promotion de la participation sociale et de l'épanouissement culturel et sportif des usagers des services des centres publics d'action sociale, dont le but – louable – était de consolider dans une loi la subvention annuelle accordée aux CPAS par arrêté royal[1350]. Dans cet avis, le Conseil d'État semble rejeter l'idée selon laquelle la culture serait constitutive d'un « droit de base »[1351] pour lequel la collectivité fédérale est compétente. Ainsi, la juridiction administrative semble exclure le droit à la culture du « minimum garanti à toutes les personnes résidant en Belgique ». L'avis entretient toutefois le doute, puisqu'une autre lecture est possible. En effet, on pourrait considérer que le Conseil d'État n'exclut la compétence de la collectivité fédérale que parce que la subvention n'est pas établie au profit de certains

(1348) P. Orianne, « Mythe ou réalité des droits économiques, sociaux et culturels », *op. cit.*, p. 1881.

(1349) R. Ergec, « Introduction générale », in *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, *op. cit.*, p. 14.

(1350) Proposition de loi de promotion de la participation sociale et de l'épanouissement culturel et sportif des usagers des services des centres publics d'action sociale, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2005, n° 51-1849/001.

(1351) C'est-à-dire des droits visant à assurer « le minimum garanti à toutes les personnes résidant en Belgique » et que ces droits doivent s'inscrire « dans le cadre du strict minimum requis pour pouvoir mener une vie conforme à la dignité humaine ».

individus en particulier et parce qu'il n'est pas garanti que la subvention ne concerne que des personnes « en situation de précarité, à l'égard desquelles une intervention du CPAS est rendue nécessaire pour leur permettre de mener une vie conforme à la dignité humaine »[1352].

435. Dans tous les cas, une vision étriquée et cloisonnée des « droits de base » et des compétences des CPAS doit être combattue. Le droit à la culture postule en effet que « [l]a culture ne doit pas être considérée comme un luxe »[1353]. Les sciences humaines ont en effet suffisamment démontré l'importance de la culture pour les personnes vivant des situations de précarité. En effet, si la pauvreté ou l'extrême pauvreté touche l'être humain dans ses aspects « possession », la pauvreté culturelle touche l'être humain dans sa dignité et sa signification pour autrui. Ainsi, la violation du droit à la culture des plus pauvres constitue « un facteur d'appauvrissement durable »[1354]. Nombreuses sont les recommandations du Rapport général sur la pauvreté touchant à la nécessité d'une adaptation aux possibilités des plus pauvres, des droits d'inscription et des droits de participation et à la nécessité de soutiens financiers et d'une inscription dans la durée pour les projets culturels qui visent spécifiquement à atteindre les personnes défavorisées[1355]. La culture est au cœur des droits de base qui permettent de vivre une vie conforme à la dignité humaine car elle ouvre des perspectives, enrichit les conceptions du bien, stimule la critique et la créativité, renvoie une image positive et peut amener

(1352) Avis C.E., section législation, n° 38.648/3 du 7 juillet 2005, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2005, n° 51-1849/001, p. 6. Soulignons que le formalisme excessif du Conseil d'État a pour conséquence d'hypothéquer grandement la réalisation du droit à la culture pour les personnes en situation de pauvreté. En effet, en excluant la compétence des CPAS pour cette subvention, l'avis du Conseil d'État plonge les politiques culturelles menées à destination des personnes vivant dans la pauvreté dans l'incertitude. En effet, ces politiques restent, à défaut d'une intervention des Communautés, exclusivement menées par la collectivité fédérale et les CPAS, sur la base d'arrêtés temporaires, remis en question chaque année.

(1353) A. Ottevaere, « Rapport général sur la pauvreté », *Dr. Q. M.*, 1995, n° 7, p. 13.

(1354) P. Meyer-Bisch, « Les violations des droits culturels, facteur d'appauvrissement durable : Pour une observation des pauvretés culturelles », in *La pauvreté, un défi pour les droits de l'homme*, E. Decaux et A. Yotopoulos-Marangopoulos (dir.), Paris, Pedone, 2009, pp. 181-201.

(1355) A. Ottevaere, « Rapport général sur la pauvreté », *op. cit.*, p. 13.

à briser des logiques de précarisation[1356]. Comme cela a été rappelé dans la première partie, Pierre Bourdieu[1357], Bernard Lahire[1358] Richard A. Peterson[1359], notamment, ont montré les mécanismes qui concourrent à la reproduction des inégalités sociales et à l'exclusion sociale par la culture. L'exclusion culturelle qui se double d'une fracture sociale, est une réalité pour une frange importante de la population. Pour reprendre les mots de Joseph Wresinski : « l'action culturelle est effectivement primordiale. Elle permet de poser la question de l'exclusion humaine d'une manière plus radicale que ne le fait l'accès au droit au logement, au travail, aux ressources ou à la santé. On pourrait penser que l'accès à ces autres droits devient inéluctable, lorsque le droit à la culture est reconnu »[1360].

Au plan juridique, le combat contre l'exclusion culturelle est une obligation internationale selon le Comité[1361]. C'est que la fondamentalité juridique du droit à la culture s'exprime de manière aiguë

(1356) Voy. notamment, sur cette importance de la culture et des droits culturels dans la lutte contre la pauvreté, les Actes du colloque « La contribution de la culture à la lutte contre la pauvreté » organisé du 17 octobre 2010 au 19 octobre 2010 par la Communauté française de Belgique dans le cadre de la présidence belge de l'Union européenne (http://www.culture.be/index.php?id=7031). Voy. également, au niveau européen, une série de documents et d'études rappelant l'importance de la culture dans la lutte contre la pauvreté : Commission européenne, *Le rôle de la culture dans la prévention et la réduction de la pauvreté et de l'exclusion sociale*, Conclusions d'études politiques – 2, Direction Générale Emploi et affaires sociales, Commission européenne (2004). Voy. enfin A. Laaksonen, *Making culture accessible – Access, participation and cultural provision in the context of cultural rights in Europe*, Strasbourg, Publications du Conseil de l'Europe, 2010 ; A. Laaksonen, *Measuring Cultural Exclusion through Participation in Cultural Life*, Document présenté lors du Troisième Forum mondial sur le développement humain : définir et mesurer l'exclusion sociale, 17-19 décembre 2005, Paris.

(1357) P. Bourdieu, *La distinction – Critique sociale du jugement*, *op. cit.* ; P. Bourdieu et A. Darbel, *L'Amour de l'art. Les musées et leur public*, *op. cit.*, et P. Bourdieu, *Les Héritiers. Les étudiants et la culture*, *op. cit.*

(1358) B. Lahire, *La culture des individus. Dissonances culturelles et distinction de soi*, *op. cit.*, et B. Lahire, « The individual and the mixing of genres : Cultural dissonance and self-distinction », *op. cit.*, pp. 166-188.

(1359) R. A. Peterson, « Problems in comparative research : The example of omnivorousness », *op. cit.*, pp. 257-282.

(1360) J. Wresinski, *Culture et grande pauvreté,* Paris, Éditions Quart Monde, 2004, p. 40.

(1361) A. Oeschger, « Pauvreté et accès à la culture », Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Discussion générale sur le droit de participer à la vie culturelle*, 9 Mai 2009, E/C.12/40/14, Genève, p. 2.

en situation de pauvreté, comme d'ailleurs la fondamentalité de tous les droits[1362].

Dans les politiques qui sont menées à destination des personnes victimes de l'exclusion sociale et culturelle, deux instruments juridiques doivent être pris en compte : l'article 30 de la Charte sociale européenne révisée, qui dispose que les États doivent prendre des mesures pour promouvoir l'accès effectif à la culture[1363] et la déclaration de Faro du 28 octobre 2005 qui, « pour lutter contre l'exclusion et pour bâtir des sociétés équitables », mentionne le droit à la culture[1364].

436. Les réflexions menées sur l'exclusion culturelle ouvrent des perspectives fondamentales pour l'ensemble du droit à la culture. Ainsi, le Père Wresinski souligne que

> « [l]a perspective que nous offrent les plus pauvres ne nous conduit pas à créer quelques activités culturelles en milieu de misère seulement. Ils nous ouvrent des horizons sur une véritable politique culturelle qui se fonderait sur ces quatre principes :
>
> – que le droit à la culture est à réaliser en même temps que celui aux sécurités matérielles les plus élémentaires que représentent le toit, la santé et le revenu ;
>
> – qu'il est à réaliser en même temps que le droit strict à l'école, à la formation professionnelle et à l'emploi ;
>
> – que le droit à la culture se fonde d'abord sur le droit à l'expression et à la consolidation, par tous, de leur propre savoir, de leur propre expérience et pensée ;

(1362) Voy. notamment, sur le défi que pose la pauvreté aux droits fondamentaux, J. Fierens, *Droit et pauvreté. Droits de l'homme, sécurité sociale, aide sociale*, *op. cit.* ; Conseil des droits de l'homme des nations unies, Doc. A/HRC/RES/8/11, RES. 8/11, *Human Rights and Extreme Poverty*, 18 juin 2008 ; RES 2006/9, *Application des normes et critères relatifs aux droits de l'homme dans le contexte de la lutte contre l'extrême pauvreté*, adoptée par la Sous-Commission des Nations unies de la promotion et de la protection des droits de l'homme le 24 août 2006 ; E. Decaux et A. Yotopoulos-Marangopoulos, *La pauvreté, un défi pour les droits de l'homme*, *op. cit.*

(1363) Art. 30, Charte sociale européenne révisée.

(1364) Déclaration de Faro sur la stratégie du Conseil de l'Europe pour le développement du dialogue interculturel, Conférence Ministérielle du Conseil de l'Europe, 50e anniversaire de la Convention culturelle européenne, 27-29 octobre 2005.

– et que c'est sur la base de la reconnaissance de l'histoire et de l'identité propres d'une population que peuvent être favorisées toutes formes d'accès à la culture du monde environnant ».

§4. *Le droit de prendre part à la vie culturelle*

437. Ces réflexions sur l'importance du droit à la culture en situation de pauvreté sont également fondamentales en ce qu'elles mettent en valeur la complémentarité entre l'accès à la culture et la participation active à la culture. Ces deux prérogatives n'ont de sens que lorsqu'elles sont mises en présence l'une de l'autre.

Le droit à la culture vise en effet non seulement l'accès à la culture mais également le développement des activités créatrices de tous les individus[1365]. Il évite ainsi l'écueil d'un droit à la culture trop orienté vers le seul accès passif aux biens culturels.

Ainsi, le Constituant et les rédacteurs des Pactes n'ont pas seulement entériné et valorisé les objectifs qui président aux politiques de démocratisation de la culture, très présentes dans les travaux préparatoires, mais également ceux qui ont guidé les politiques de démocratie culturelle, qui se structurent autour de la dimension active du droit à la culture (voy., sur les politiques de démocratisation et de démocratie culturelle, *supra*).

438. La participation constitue donc le pendant actif et indissociable de l'accès et se réfère aux politiques de démocratie culturelle. Elle constitue, avec le droit d'accéder à la culture et le droit de participer à la prise de décision en matière culturelle, le noyau du droit à la culture.

A. **En droit international**

439. Le droit de participer à la vie culturelle configure la participation libre et créative à la création, au développement, à la conservation, à l'entretien des œuvres et pratiques culturelles comme un droit fondamental. La participation vise « les opportunités concrètes garanties à chacun pour s'exprimer de manière

(1365) P. Moulinier, *La recommandation de Nairobi sur l'accès et la participation à la vie culturelle (1976) : dix ans après*, *op. cit.*, p. 18.

libre, pour communiquer, pour agir et s'engager dans des processus de créations avec pour but le plein développement de sa personnalité, de projets, et le progrès de la société »[1366]. Elle vise toute activité de développement dans le domaine culturel, éventuellement en amateur[1367].

440. La participation à la vie culturelle se décline sur plusieurs plans. Elle concerne d'abord le droit de contribuer au développement culturel, de participer aux activités culturelles, de pratiquer la culture et de créer. Elle implique aussi le droit de recevoir les moyens de participer et, par conséquent, le droit à un soutien aux arts amateurs, aux lieux de pratique de la culture aux initiatives citoyennes, aux mouvements socio-culturels, et aux modes d'aides à la création[1368].

441. Dans cet esprit, le Comité demande aux États à lui apporter des précisions sur le développement de la participation à la culture. Les informations doivent porter sur les fonds disponibles pour le développement culturel, les institutions et infrastructures qui permettent de le soutenir, le rôle des médias dans ce soutien. Le Comité entend également recevoir des informations sur les mécanismes de conservation, de diffusion et de développement de la culture et de la science, qui peuvent se réaliser par le biais d'un système éducatif, sur les médias et sur la communication[1369]. Enfin, la dimension participative a été renforcée dans la Déclaration sur le droit au développement[1370].

(1366) Recommendation on Participation in Cultural Life, UNESCO General Conference, Doc. 19C/Resolution.

(1367) UNESCO, Programme de l'UNESCO pour 1952, Résolution 4.52, *Étude du « Droit de participer à la vie culturelle », Document de base*, UNESCO/CUA/42, 28 avril 1952, p. 11.

(1368) *Ibid*., p. 12.

(1369) Revised Guidelines regarding the Form and the Content of Reports to be submitted by States Parties under articles 16 and 17 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, UN Doc. E/1992/23, §§ 248, 249.

Recommendation on Participation in Cultural Life, UNESCO General Conference, Doc. 19C/Resolution, Annex 1, § 14b.

(1370) Déclaration sur le droit au développement, GA Resolution, 4 december 1986, Human Rights : a compilation of International instruments, Vol. I, 2nd Part, pp. 548-553. M. L. RADIN, « The Right to Development as a Mechanism for Group autonomy and Protection of Tibetan Cultural Rights », *Washington Law Review Assoc*., 1998, Vol. 68, n° 3, pp. 695-714.

L'Observation générale n° 21 du Comité consacre de nombreux éléments de la participation à la vie culturelle. D'abord, dans le volet « participation », elle établit le droit de chacun « d'exercer ses propres pratiques culturelles », de « rechercher et de développer des connaissances et des expressions culturelles et de les partager avec d'autres », et également le droit d'« agir de manière créative et de prendre part à des activités créatrices »[(1371)]. Plus largement, l'Observation générale n° 21 insiste sur « le droit de chacun de participer à la création des expressions spirituelles, intellectuelles et émotionnelles de la communauté », en lien avec le droit de « prendre part au développement de la communauté »[(1372)].

B. **En droit constitutionnel**

442. La « participation de l'individu à la vie de sa communauté »[(1373)] se réfère aux politiques de démocratie culturelle menées, dans le contexte belge, dans les secteurs de l'éducation permanente, de la politique de la jeunesse et de l'animation socio-culturelle. L'idée, déjà évoquée, est de rendre l'individu acteur de sa propre vie, de reconnaître sa participation à la culture de la société.

443. Comme on l'a souligné, la démocratie culturelle et la démocratisation de la culture sont en voie d'être réconciliées si bien que la différence entre accès et participation ne doit pas être exagérée : ce sont parfois les mêmes activités qui sont visées.

§5. *La liberté de choix en matière culturelle*

444. La liberté de choix est une dimension fondamentale du droit de participer à la vie culturelle : l'individu doit pouvoir exercer librement sa faculté de choisir d'accéder à la culture ou non, de participer à la vie culturelle ou non et de choisir sa forme de participation à la vie culturelle.

(1371) Observation générale n° 21, *Droit de chacun de participer à la vie culturelle (art. 15, par. 1 a), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 43e session, 21 décembre 2009, E/C.12/GC/2, § 15, a).

(1372) *Ibid*., § 15, c).

(1373) P. Orianne, « Mythe ou réalité des droits économiques, sociaux et culturels », *op. cit.*, p. 1881.

A. **En droit international**

445. La liberté de choix en matière culturelle ou « liberté de prendre part à la vie culturelle par les activités de son choix »[(1374)] est expressément inscrite à l'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et a été reconnue pour l'article 15[(1375)]. Chaque individu doit être en mesure de développer ses « orientations culturelles préférées »[(1376)].

Cette liberté de choix en matière de participation à la vie culturelle se rattache à la liberté d'un individu « d'utiliser les ressources matérielles disponibles pour cet individu de la manière que ce dernier juge la plus indiquée pour répondre aux besoins essentiels »[(1377)].

Étroitement liée à la liberté d'opinion, de pensée et de conscience voire à la liberté de religion, cette liberté reçoit un haut niveau de protection en droit international. De nombreux textes fondamentaux s'y réfèrent, comme la Recommandation concernant la participation et la contribution des masses populaires à la vie culturelle, la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des formes culturelles, l'Acte constitutif de l'UNESCO, la Charte fondatrice de l'O.S.C.E. etc. L'Observation générale n° 21 consacre un certain nombre de développements à la liberté de choix. Ainsi, le premier droit consacré est le droit de chacun « d'agir librement, de choisir sa propre identité, de s'identifier ou non à une ou plusieurs communautés données et de modifier ce choix »[(1378)]. Elle établit également le droit de s'exprimer dans la langue de son choix[(1379)].

446. Cette liberté ne peut pas être envisagée sous un angle exclusivement formel. En effet, la liberté de choix ne peut s'exercer que

(1374) M. Bidault, *La protection internationale des droits culturels*, *op. cit.*, p. 281.

(1375) R. O'Keefe, « The 'Right to Take Part in Cultural Life' Under Article 15 of the ICESCR », *op. cit.*, p. 910.

(1376) M. Bidault, *La protection internationale des droits culturels*, *op. cit.*, p. 281.

(1377) A. Eide, *Le droit à une alimentation suffisante en tant que droit de l'homme*, E/CN.4/Sub.2/1987/23, § 67.

(1378) Observation générale n° 21, *Droit de chacun de participer à la vie culturelle (art. 15, par. 1 a), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 43e session, 21 décembre 2009, E/C.12/GC/2, § 15, a).

(1379) *Ibid*.

dans une structure culturelle ouverte, donnant des perspectives aux individus, leur permettant d'approfondir leurs choix et leurs pensées. Afin de pouvoir réellement exercer cette faculté de libre choix, l'individu doit en avoir reçu la « capabilité »[1380]. Pour ce faire, une information culturelle de qualité doit être disponible en quantité suffisante. De plus, le libre choix, pour être éclairé, doit se baser sur une éducation culturelle fournissant des références dans lesquelles le choix peut s'opérer. Au-delà des exigences liées à l'information et à l'éducation, le libre choix ne peut s'exercer que dans un environnement culturel diversifié.

447. La liberté de choix implique « la liberté d'un individu, d'une part de choisir et de forger l'ensemble des références culturelles par lequel il se définit et se construit, et d'autre part de se référer et d'appartenir ou non à une ou plusieurs communautés culturelles, et de modifier ce choix »[1381]. La liberté de choix dans le droit de participer à la vie culturelle est certainement un élément permettant de « forger l'ensemble des références culturelles » par lesquelles un individu se définit et se construit. Cette liberté entretient donc un lien – dans les limites précisées dans le précédent chapitre – avec « le droit de déterminer des identités culturelles »[1382], qui, s'il est acquis pour un ensemble de communautés comme les groupes religieux, minoritaires ou autochtones, reste peu développé pour les autres « communautés culturelles »[1383].

La liberté de choix en matière culturelle est notamment protégée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, la Cour considère que cette disposition implique que le choix d'une communauté culturelle ne peut pas être associé à des conséquences trop défavorables qui rendraient ce choix non

(1380) Voy. la première partie.

(1381) M. Bidault, *La protection internationale des droits culturels*, *op. cit.*, p. 221.

(1382) La « liberté de déterminer des identités culturelles » découle en effet, pour Mylène Bidault, d'un ensemble de libertés comprenant notamment la liberté de conscience et de religion et les droits des personnes appartenant à des minorités et des peuples autochtones (*ibid.*, pp. 22-234-243).

(1383) Pour Mylène Bidault, il faudrait donc dépasser le cadre strict des communautés religieuses, minoritaires et autochtones pour envisager les communautés ethniques, les communautés linguistiques, les communautés créatrices, etc. M. Bidault, *La protection internationale des droits culturels*, *op. cit.*, p. 281 ; A. Eide, « Cultural rights as individual human rights », *op. cit.*, p. 293.

libre[1384]. Par ailleurs, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels considère que « nul ne doit souffrir de discrimination pour avoir choisi d'appartenir ou de ne pas appartenir à une communauté ou un groupe culturel donné, ou d'exercer ou de ne pas exercer une activité culturelle particulière »[1385].

448. Lorsque des ponts doivent être jetés entre la liberté de choix dans la participation à la vie culturelle et la libre détermination des identités culturelles (notamment en vue de garantir la diversité et le pluralisme), l'on veillera à prendre en compte l'ensemble des communautés culturelles c'est-à-dire l'ensemble « cultures sociétales », ces cultures « qui offrent à ses membres des modes de vie, porteurs de sens, qui modulent l'ensemble des activités humaines, au niveau de la société, de l'éducation, de la religion, des loisirs et de la vie économique, dans les sphères publique et privée »[1386], tant qu'elles respectent les principes démocratiques. En particulier, les mouvements artistiques, les communautés de culture urbaine, les communautés ethniques, les communautés idéologiques et philosophiques, les mouvements socio-culturels ont une importance fondamentale dans l'exercice du libre choix dans le droit de participer à la vie culturelle[1387].

449. La liberté de choix des activités culturelles par lesquelles l'individu décide de participer à la vie culturelle est intimement liée à la liberté d'exprimer et d'affirmer ses choix[1388].

(1384) Cour eur. D.H., arrêt *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine* du 22 décembre 2009.

(1385) Observation générale n° 21, *Droit de chacun de participer à la vie culturelle (art. 15, par. 1 a), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 43e session, 21 décembre 2009, E/C.12/GC/2, § 22.

(1386) W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, *op. cit.*, 2001, p. 115.

(1387) Cette importance des « communautés culturelles » est corroborée par les instruments de protection du patrimoine et par la Convention sur la diversité culturelle, deux instruments qui entretiennent des liens substantiels avec la liberté de choix dans le droit de participer à la vie culturelle. Voy. notamment, la Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur la valeur du patrimoine culturel pour la société qui utilise la notion de communauté patrimoniale.

(1388) C'est pourquoi certains auteurs envisagent ces deux libertés de manière indistincte. M. Bidault, *La protection internationale des droits culturels*, *op. cit.*, p. 281 ; A. Eide, « Cultural rights as individual human rights », *op. cit.*, p. 293. Pour la clarté de l'exposé, et sans oublier que de nombreux recoupements peuvent s'opérer entre ces deux libertés, nous avons choisi de les distinguer.

B. **En droit constitutionnel**

450. L'importance fondamentale de la liberté de choix pour le droit à la culture a été soulignée par la Cour constitutionnelle elle-même[(1389)].

La Cour constitutionnelle considère en effet depuis les arrêts *Carrefour* que l'individu, en Belgique, a droit à l'épanouissement culturel « qu'il choisit librement »[(1390)].

451. La liberté de choix amène l'individu à définir lui-même le droit à l'épanouissement culturel, dans des directions que l'on ne soupçonnerait pas à la lecture de l'article 23 de la Constitution. Par exemple, dans un arrêt du 11 décembre 2001, le Conseil d'État a traité une demande de suspension d'une décision qui rendait impossible l'acquisition de munitions pour un amateur de tir. Cette décision constituait, pour le demandeur, une violation de son droit à l'épanouissement culturel qu'il avait choisi librement. Le Conseil d'État, sans refuser l'argument *a priori*, a cependant considéré que rien ne prouvait l'attachement du requérant à l'activité du tir[(1391)].

452. La liberté de choix de l'individu dans son droit à l'épanouissement culturel implique nécessairement une certaine souplesse dans l'interprétation des règles de répartitions des compétences en matière culturelle, tenant à la nature même de la culture, qui ne s'arrête pas aux frontières de la répartition territoriale des compétences en Belgique. Les règles relatives aux compétences territoriales doivent en effet s'articuler avec le droit à l'épanouissement culturel, en prenant également en compte les règles de compétence relatives aux minorités. La Cour constitutionnelle a ainsi confirmé dans plusieurs arrêts que les Communautés, dans l'exercice de leurs compétences en matière d'épanouissement culturel, peuvent être amenées à développer des politiques culturelles qui auront des incidences en dehors de la région pour laquelle elles sont compétentes tant qu'elles ne contrarient pas la politique menée dans

(1389) C.C., arrêt n° 88/2003, du 24 juin 2003.

(1390) C.C., arrêt n° 54/96, du 3 octobre 1996, B.7.2. et arrêts subséquents (C.C., arrêts n° 50/99, du 29 avril 1999 ; n° 56/2000, du 17 mai 2000 ; n° 145/2001, du 20 novembre 2001).

C.E., arrêt *Communauté flamande*, n° 179.511, du 12 février 2008.

(1391) C.E., arrêt *Bisschops*, n° 101.723, du 11 décembre 2001, p. 3.

l'autre Communauté et qu'elles visent réellement la promotion de la culture en n'empiétant pas sur la compétence en matière de protection des minorités[1392]. Le Conseil d'État, dans le même contexte litigieux, a confirmé l'opinion de la Cour[1393].

(1392) « B.7.1. Dans le cadre de leur compétence en matière culturelle, les communautés peuvent prendre toute initiative pour la promotion de la culture et pour concrétiser le droit de chacun à l'épanouissement culturel défini à l'article 23, alinéa 3, 5°, de la Constitution. Ce faisant, elles doivent avoir égard à la répartition exclusive de compétence territoriale que la Constitution établit, en Belgique, en matière culturelle (art. 127, § 2, de la Constitution.

B.7.2. Cette délimitation ne signifie pas, en raison de la nature même de la promotion de la culture, que la compétence communautaire en cette matière cesse d'exister au seul motif que les initiatives prises peuvent produire des effets en dehors de la région qui, dans le domaine des matières culturelles, a été confiée aux soins de la communauté concernée conformément à l'article 127 de la Constitution. Toutefois, ces effets extraterritoriaux potentiels des mesures de promotion de la culture ne peuvent contrarier la politique culturelle de l'autre communauté. La délimitation territoriale n'empêche pas davantage que chacun – indépendamment de la région linguistique où il se trouve – a le droit à l'épanouissement culturel qu'il choisit librement ».

C.C., arrêt n° 54/96, du 3 octobre 1996, B.7.1. et B.7.2. Ceci a été confirmé par la suite (C.C., arrêts n° 50/99, du 29 avril 1999 ; n° 56/2000, du 17 mai 2000 ; n° 145/2001, du 20 novembre 2001).

(1393) Dans le cadre d'un recours contre un arrêt du Collège de la Commission communautaire française (Cocof) du 21 février 2002 portant création d'un Conseil consultatif des francophones des communes de la périphérie bruxelloise, le Conseil d'État a considéré que les règles de compétences territoriales devaient s'accorder avec le droit à l'épanouissement culturel que chacun choisit librement. Il a estimé que les politiques de promotion de la culture ne pouvaient viser expressément une région sur laquelle la Cocof ne se prévaut d'aucune compétence territoriale, d'autant plus que les services organisés sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale sont accessibles à tous les citoyens, y compris ceux résidant dans la périphérie, ce qui permet de préserver cette liberté de choix (C.E., arrêt *Communauté flamande*, n° 101.706, du 10 décembre 2001, 3.2.2. et arrêt *Communauté flamande*, n° 179.511, du 12 février 2008). Notons enfin qu'à l'occasion d'un recours de la Communauté flamande contre l'attribution par la Communauté française d'une subvention à l'asbl Télé Bruxelles dans le cadre de la diffusion de ses émissions en périphérie, la Cocof a d'emblée soulevé, dans son exception d'irrecevabilité, le droit à l'épanouissement culturel et la liberté d'expression, estimant que ces deux droits et libertés étaient méconnus par le recours de la Communauté (C.E., arrêt *Communauté flamande*, n° 159.258, du 29 mai 2006).

§6. *Le droit de participer à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques culturelles*

453. Le droit de participer aux décisions en matière culturelle constitue le prolongement indissociable de l'accès et de la participation à la vie culturelle.

A. **En droit international**

454. L'Observation générale n° 21 consacre très clairement « le droit de prendre part au développement de la communauté à laquelle la personne appartient ainsi qu'à la définition, à l'élaboration et à la mise en œuvre de politiques et de décisions qui influent sur l'exercice des droits culturels d'une personne »[(1394)].

455. Ce principe de participation est tout à fait essentiel pour le droit à la culture pour deux grandes raisons. D'abord, il permet d'identifier des obligations procédurales précises tout à fait primordiales pour garantir le droit à la culture. La procéduralisation du droit à la culture est en effet un facteur-clé de son effectivité. De plus, il constitue un principe-clé qui découle de la nécessité de concilier liberté culturelle et droit à la culture, deux composantes essentielles du droit à la culture[(1395)].

B. **En droit constitutionnel**

456. En droit interne, le droit de participer à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques culturelles peut revêtir diverses formes[(1396)].

La loi du 16 juillet 1973 dite loi du Pacte culturel, exigée par la Constitution belge, consacre un objectif de participation qui se décline dans quatre grands principes : la participation à l'élaboration et à

(1394) Observation générale n° 21, *Droit de chacun de participer à la vie culturelle (art. 15, par. 1 a), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 43e session, 21 décembre 2009, E/C.12/GC/2, § 15, c).

(1395) H. Dumont, « Le droit à la culture, ou une liberté-autonomie et un droit-créance peuvent-ils se concilier dans une liberté-participation ? », *op. cit.*, pp. 246-247.

(1396) C. Wiener et F. Hamon, « La participation et les activités sociales et culturelles », in *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*, F. Delpérée (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1986, pp. 333 et s.

la mise en œuvre des politiques culturelles (qui se traduit par l'obligation des autorités publiques de créer des organes de concertation appropriés, par l'obligation de consulter effectivement les organes de concertation et par des critères de répartition des mandats) ; la participation à la gestion des services publics culturels (qui se traduit par l'obligation des pouvoirs publics de choisir entre « la gestion publique consociative », la « cogestion public-privé » et l'« autogestion », par l'obligation de garantir une représentation proportionnelle et par l'obligation des pouvoirs publics de laisser effectivement l'organe de gestion pluraliste gérer le service public culturel) ; la participation à l'utilisation et à la gestion des moyens d'expression relevant des pouvoirs publics (qui se concrétise notamment dans l'audiovisuel) et enfin par la participation à la composition du personnel des services publics culturels (mais cette disposition a été déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle)[1397]. Ces principes illustrent la diversité des formes que peut revêtir le droit de participer à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques culturelles.

Mais si certaines solutions retenues dans le Pacte culturel doivent être envisagées comme des principes de promotion du droit de participer à la prise de décision en matière culturelle, leur impact reste cependant encore trop limité. En effet, les titulaires des garanties établies dans la loi dite du Pacte culturel sont trop peu nombreux pour refléter la diversité des titulaires du droit à la culture[1398]. De plus, les solutions retenues en termes de participation n'apparaissent pas aptes à assurer une réelle diversité, en termes de contenus, d'esthétiques, d'origines et des formes artistiques[1399]. Dans cette perspective, de nombreuses propositions de révision de la loi sur le Pacte culturel ont été formulées[1400].

(1397) H. DUMONT, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. II de 1970 à 1993*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 264-362, n^{os} 763-858.

(1398) *Ibid.*, pp. 508 et s.

(1399) Dans ce cadre, des propositions d'amélioration du pacte culturel visent à intégrer les « tendances culturelles » en tant que bénéficiaires des dispositions du Pacte culturel, ce qui contribuerait à renforcer la diversité dans le secteur culturel. Voy. H. DUMONT, « Quatre idées pour réviser la loi sur le Pacte culturel », Deuxième consultation du Professeur H. DUMONT, Projet de décret relatif au fonctionnement des instances d'avis œuvrant dans le secteur culturel, *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 2002-2003, n° 364-1, pp. 18-20.

(1400) Voy. notamment H. DUMONT, « Le modèle de la loi du Pacte culturel a-t-il encore une pertinence aujourd'hui ? », in *Le droit belge face à la diversité culturelle. Quel modèle de gestion de la pluralité ?*, J. RINGELHEIM (dir.), Bruxelles,

La réforme des instances d'avis s'inscrit notamment dans cette perspective d'élargir les modalités de la participation aux décisions en matière culturelle. Ces instances détiennent, dans les procédures de subventionnement, le pouvoir de statuer sur les critères artistiques[1401].

457. Un renforcement des procédés de participation aux prises de décision en matière culturelle est primordial. En effet, les droits participatifs (« Teilhaberechte »[1402]) sont essentiels pour l'effectivité du droit de participer à la vie culturelle. Les exigences substantielles qui découlent du droit à la culture pourraient ainsi, lorsqu'elles sont contestées ou difficilement mises en œuvre, être protégées par des obligations procédurales qui les garantissent[1403]. De plus, ces obligations procédurales découlant du droit de participer à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques et décisions concernant le droit à la culture pourraient se fonder, et, en retour, revitaliser des principes de droit administratif trop souvent malmenés en matière culturelle. Nous pensons tout particulièrement aux principes de légalité et de motivation, qui apparaissent comme des prérequis indispensables à la réalisation de cette sixième prérogative déduite du droit à la culture.

§7. *L'égalité en matière culturelle (renvoi)*

458. Le droit à l'égalité et à la non-discrimination est un droit fondamental qui fait évidemment partie des composantes du droit à la culture, comme de n'importe quel autre droit. Il semble que ce principe constitue une base juridique importante pour les droits culturels de manière générale[1404]. L'égalité doit être considérée

---

Bruylant, 2011, pp. 167-204 ; Deuxième consultation du Professeur Dumont, « Quatre idées pour réformer le Pacte culturel », Projet de décret relatif au fonctionnement des instances d'avis dans le secteur culturel, *Doc.*, Parl. Comm. fr., 17 janvier 2003, n° 364/1, p. 18 ; publié également dans *Culture et citoyenneté*, Ministère de la Communauté française.

(1401) Décr. Comm. fr. du 10 avril 2003 relatif au fonctionnement des instances d'avis dans le secteur culturel, *Mon. b.*, 9 mai 2005.

(1402) Cour constitutionnelle allemande, BVerfGE 33, p. 303.

(1403) C. Groni, « The right to take part in cultural life », *op. cit.*, p. 23.

(1404) Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, 14e session, *Rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels, Mme Farida Shaheed, soumis en application de la résolution 10/23 du Conseil des droits de l'homme*, 22 mars 2010, A/HRC/14/36, *op. cit.*, p. 9.

comme « une sorte de précondition de jouissance idoine des autres droits fondamentaux », la notion d'égalité étant « un ethos immanent à toutes les libertés fondamentales »[(1405)].

Cette dimension essentielle du droit à la culture est cependant tellement générale et transversale qu'elle est appréhendée dans la section consacrée aux obligations découlant du droit à la culture, dont elle constitue un des principes directeurs. Nous renvoyons ici le lecteur aux développements ultérieurs précisément consacrés à cette question de l'égalité (voy. *infra*)[(1406)].

§8. *La conciliation entre les différentes prérogatives du droit à la culture*

459. Les différentes prérogatives induites par le droit à la culture peuvent entrer en contradiction. Ainsi, la mise en œuvre de politiques visant à réaliser le droit au maintien, à la protection et à la diffusion de la culture et des patrimoines ou le droit d'accéder et de participer à la culture doivent se concilier avec la liberté artistique. Les critères de subventionnement et, plus largement, les politiques culturelles, qui seront mis sur pied pour assurer la réalisation du droit à la culture peuvent avoir un impact important sur la liberté artistique en créant des déséquilibres importants entre les styles, les formes et les genres artistiques. Cet impact n'est pas anodin. Dans certains domaines d'expression, le soutien public est presque incontournable. Par exemple, en Communauté française, l'absence de subvention publique peut sonner le glas d'un genre musical, d'un groupe en particulier, d'une association, d'un collectif citoyen, d'un mouvement socio-culturel ou d'un artiste[(1407)]. Par ailleurs, les critères utilisés pour la reconnaissance et le subventionnement entraînent un risque d'institutionnalisation de la culture et d'exclusion des

(1405) R. Gellert et P. De Hert, « La non-discrimination comme réalité effective en Europe ? Réflexions sur la procéduralisation du droit à l'égalité européen », *R.B.D.C.*, 2012, n° 1, p. 24.

(1406) Voy. notamment *ibid*., p. 24 et les travaux de Julie Ringelheim, Emmanuelle Bribosia et Isabelle Rorive.

(1407) Les études réalisées par l'Observatoire des politiques culturelles démontrent bien le caractère indispensable pour les carrières artistiques des mécanismes de subventionnement, des soutiens apportés par les institutions de diffusions subventionnées ou d'autres formes de soutien. Voy. notamment « Un bilan de la culture en Belgique », *Faits et Gestes*, janvier 2011, n° 35.

mouvements socio-culturels, initiatives citoyennes et des formes d'art les plus avant-gardistes qui, de manière générale, assument une importante fonction de bouleversement des codes, de remise en question du sens donné aux expériences sociales et humaines, de mise en abîme et de contestation des définitions et des concepts de la culture, de l'art et de la société. Ainsi, par exemple, le graffiti, la vidéo, certaines performances artistiques restent rarement exposés dans les espaces institutionnalisés comme les musées(1408). De façon récurrente, les observateurs constatent l'imperméabilité des politiques d'éducation permanente ou de la jeunesse par rapport aux nouveaux mouvements socio-culturels, aux initiatives citoyennes émergentes. Il y a un risque de voir les initiatives et les œuvres subversives, par exemple, exclues de la protection de la liberté d'expression. Faute d'un régime particulier plus souple à leur appliquer, ces œuvres subversives ou ces mouvements sociaux, qui détournent les langages et symboles de l'oppression pour les revendiquer et les transformer en objets d'identité et de lutte, ne trouvent pas facilement leur place dans les mécanismes de subventionnement(1409). Il en est de même pour les formes artistiques utilisant la satire, la parodie et la caricature, qui peuvent parfois échapper aux critères « sérieux » établis pour les subventionnements(1410).

460. La légitimité du droit à la culture et, plus généralement, des politiques culturelles repose, au plan théorique, sur un argumentaire qui réconcilie liberté et égalité. Cet argumentaire se traduit dans un équilibre à établir entre les différentes fonctions des

(1408) A. Adler, « What's Left ? Hate Speech, Pornography, and the Problem for Artistic Expression », *Cal. L. Rev.*, décembre 1996, Vol. 84, n° 6, pp. 1550-1551.

(1409) A. Adler, « Post-Modern Art and the Death of Obscenity Law », *The Yale Law Journal*, Avril 1990, Vol. 99, n° 6, pp. 1359-1378.

(1410) Sur la nature particulière de la parodie et de la satire au regard de la liberté d'expression : M. Isgour, « La satire : réflexions sur le 'droit à l'humour' », *A&M*, 2000, n° 1, pp. 59-68 ; B. Nicaud, « La Cour européenne des droits de l'homme face à la caricature de presse », *Rev. trim. dr. h.*, 2009, n° 80, pp. 1109-1119 ; B. Michaux, « La bande dessinée et le droit des tiers – Mais quelles sont les limites de la liberté de création ? », in *Droit d'auteur et bande dessinée*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 194 et s ; A. Strowel, « La parodie selon le droit d'auteur et la théorie littéraire », *R.I.E.J.*, 1991, pp. 62 et s.

Sur les tentatives des journalistes de se raccrocher à la satire et à l'humour pour contourner certaines responsabilités : E. Montero, « La responsabilité civile de la presse », in *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, A. Strowel et F. Tulkens (dir.), Bruxelles, Larcier, 1998, pp. 121 à 124.

politiques culturelles et le principe de la liberté culturelle et, en ce qui concerne le droit à la culture, entre les différentes prérogatives de ce droit. Cet équilibre s'opère, en Belgique, grâce à la médiation du principe du pluralisme (A). Il doit également se traduire dans les critères du subventionnement de la culture retenus (B).

A. Le principe de pluralisme comme conciliation de la liberté et de l'égalité en matière culturelle

461. En Belgique, la conciliation de la liberté et de l'égalité avec l'intervention de l'État se réalise grâce au principe général du pluralisme. Ce principe ayant fait l'objet de la thèse d'Hugues Dumont[1411], l'idée ici n'est pas de revenir en détail sur les mécanismes qui ont amené à la consécration juridique de ce principe en droit public belge mais seulement de rappeler les lignes de force de ce principe.

462. Au début du 20e siècle c'est à travers un principe d'éclectisme dans les choix publics qu'est protégée la liberté culturelle[1412]. Dans le cadre des réglementations des bibliothèques publiques et de l'éducation permanente, un principe de neutralité de chaque organisation soutenue par les pouvoirs publics est théoriquement établi, mais dans la pratique, c'est la « liberté subsidiée » qui constitue la règle permettant de concilier les missions culturelles de l'État avec la liberté culturelle. Avec la « liberté subsidiée » s'inaugure une forme particulière de conciliation entre liberté culturelle et missions culturelles : « c'est au niveau de l'ensemble des initiatives privées subventionnées, et non en chacune d'elle isolément, qu'il faut situer la neutralité, et c'est sous la forme d'un équilibre global des tendances qu'elles concourent à représenter et qui sont offertes au choix du public, qu'il faut comprendre la notion »[1413]. Après la Seconde guerre mondiale, la liberté subsidiée apparaît comme la source de l'inefficacité et de l'illégitimité des politiques culturelles[1414]. Avec l'avènement de l'idée de démocratie culturelle, la

(1411) H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge*, *Vol. I de 1830 à 1970* et *Vol. II de 1970 à 1993*, *op. cit.*

(1412) H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. I de 1830 à 1970*, *op. cit.*, p. 173.

(1413) *Ibid.*, p. 215 et pp. 203-226.

(1414) *Ibid.*, pp. 245-248.

participation de toutes les tendances n'est plus seulement tolérée et contrôlée, elle est désormais désirée, alors que l'État voit ses fonctions réaffirmées dans le domaine culturel. Le principe de pluralisme s'en trouve vivifié, ainsi que le rôle des pouvoirs publics à l'égard des organisations soutenues(1415).

La prise en compte du principe du pluralisme s'est ensuite traduite, sur le plan politique(1416), par un principe de subsidiarité. En effet, au début du 20e siècle, c'est par la mise en œuvre de ce principe qu'ont été conciliées la liberté et l'intervention publique dans la culture. Ce principe représente une « position médiane entre une conception libérale pure et dure et une conception résolument interventionniste »(1417). Il se modalise comme suit : « pas de contrainte, pas de direction autoritaire, pas d'ambition dirigiste »(1418) mais la volonté d'assister ou de dépasser « un simple rôle complémentaire d'assistance »(1419). Ainsi, premièrement, l'État se positionne en tant que « bureau d'étude » et « banque d'idées »(1420) et source d'objectifs généraux pour le secteur, afin d'identifier les besoins et les aspirations de la population au moyen de recherches. Deuxièmement, il devient un point de rencontre, de diffusion, de coordination et de collaboration(1421), visant à promouvoir les initiatives menées. Il assume un rôle classique d'assistance et d'orientation(1422). Enfin, il joue un rôle moteur en tant qu'« entrepreneur culturel »(1423) à travers la création de services publics culturels forts, d'institutions publiques culturelles accessibles à tous et organisées par les pouvoirs publics. Ces nouvelles missions impliquent la recherche de nouveaux équilibres pour satisfaire la liberté culturelle, renouve-

(1415) *Ibid.*, p. 266.

(1416) H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. II de 1970 à 1993*, *op. cit.*, p. 247, note en bas de page 1. Ce principe de subsidiarité n'est toutefois pas traduit dans la loi dite du Pacte culturel, qui laisse simplement « aux autorités publiques le choix entre la gestion publique et l'initiative privée » (*ibid.*).

(1417) *Ibid.*, *Vol. I de 1830 à 1970*, p. 337, n° 337.

(1418) *Ibid.*, p. 339, n° 338.

(1419) A. Pasiris, cité dans H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. I de 1830 à 1970*, *op. cit.*, p. 337, n° 337.

(1420) *Ibid.*, pp. 339-340.

(1421) H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. I de 1830 à 1970*, *op. cit.*, p. 340, n° 340.

(1422) *Ibid.*, pp. 340-341, n° 341.

(1423) *Ibid.*, p. 341.

lés par le principe de non-discrimination et par le principe de participation.

463. L'idée générale du pluralisme idéologique et philosophique a ensuite été positivée et reconnue comme un principe général de droit. L'idée fondatrice du pluralisme est que « les autorités publiques peuvent intervenir positivement – au minimum par l'octroi réglementé de subventions – dans des domaines où les diverses tendances idéologiques et philosophiques qui se sont développées en Belgique ont été les premières à entreprendre des actions d'utilité publique et où elles continuent d'assumer des activités importantes, pour autant que ces interventions publiques respectent la diversité, et plus précisément l'existence, la liberté et l'égalité desdites tendances que l'on peut considérer comme représentatives et ce au nom d'un jugement de valeur reconnaissant le caractère positif de cette diversité »[(1424)].

Le principe du pluralisme ne se traduit pas seulement dans le principe de subsidiarité évoqué mais également dans deux modalités particulières : la modalité multi-institutionnelle et la modalité mono-institutionnelle[(1425)]. La *modalité multi-institutionnelle*, « est une manière d'assurer le respect du principe général de pluralisme consistant dans la reconnaissance et le subventionnement d'institutions de caractère privé dotées d'une identité idéologique ou philosophique plus ou moins prononcée, souvent mise en concurrence avec des institutions à caractère public, et offrant au citoyen la liberté du choix d'un recours à l'une ou à l'autre, soit pour accomplir les obligations que le droit leur impose, soit pour bénéficier des services qu'elles leur propose »[(1426)] ; la *modalité mono-institutionnelle* « est une manière d'assurer le respect du principe général du pluralisme consistant à associer les tendances idéologiques et philosophiques représentatives à la gestion ou aux prestations d'un service public, en évitant qu'une d'entre elles acquière une position prépondérante qui pourrait porter atteinte aux droits et libertés des autres »[(1427)].

(1424) *Ibid.*, p. 472, n° 463.

(1425) Qui sont, quant à elles, consacrées dans la loi dite du Pacte culturel.

(1426) H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. I de 1830 à 1970*, *op. cit.*, pp. 472-473, n° 464.

(1427) *Ibid.*, p. 473, n° 465.

Ces deux modalités du pluralisme se concrétisent dans un principe de non-discrimination reconnu au bénéfice de l'ensemble des tendances et dans un principe de participation. Le principe de non-discrimination, présent dans le droit des politiques culturelles belges avant sa positivation juridique et sa consécration dans la loi dite du Pacte culturel, gouverne à la fois l'octroi des subventions et l'utilisation des infrastructures culturelles(1428). Le principe de participation, qui puise également ses sources dans une idée para-légale positivée progressivement, est également consacré dans la loi dite du Pacte culturel(1429).

464. Le principe du pluralisme, ainsi identifié, assure en droit public belge une « fonction médiatrice » : la liberté, fondement du pluralisme, est également la limite des politiques culturelles. Dès lors, le pluralisme apparaît comme un principe permettant de concilier à la fois une liberté (liberté d'expression des artistes et des associations et « libre usage des infrastructures » par « les personnes et les organisations, quelle que soit leur tendance idéologique ou philosophique ») et une intervention publique de l'État, appelé à « intervenir activement dans le domaine culturel, en créant des institutions, en octroyant des subsides ou en fournissant des aides matérielles »(1430). On retiendra donc que le rôle du pluralisme culturel que l'on a évoqué *supra* est de concilier l'intervention de l'État dans la culture avec les principes de liberté culturelle et d'égalité entre tous (à travers les principes de non-discrimination, de participation et de subsidiarité)(1431) : ce principe permet donc d'arbitrer entre les différentes prérogatives induites du droit à la culture.

(1428) Voy., sur le processus de positivation du principe de non-discrimination, H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. I de 1830 à 1970*, *op. cit.*, pp. 342-346, n° 347. Voy., sur le principe de non-discrimination dans la loi sur le Pacte culturel, H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. II de 1970 à 1993*, *op. cit.*, pp. 251-263, n^{os} 747-762.

(1429) Voy., sur le principe de participation en voie de positivation, H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. I de 1830 à 1970*, *op. cit.*, pp. 346-356, n^{os} 348-355. Voy., sur le principe de participation dans la loi dite du Pacte culturel, H. Dumont, *ibid., Vol. II, de 1970 à 1993*, pp. 264-362, n^{os} 763-858.

(1430) *Ibid.*, *Vol. II, de 1970 à 1993*, p. 79, n° 602 ; *ibid.*, *Vol. I de 1830 à 1970*, pp. 336-337, n° 336.

(1431) *Ibid.*, *Vol. I de 1830 à 1970*, pp. 336-256 ; pp. 357-545.

465. Le principe de pluralisme doit donc être considéré, en droit belge, comme un principe équilibrant les différentes composantes du droit à la culture. Il est de plus inscrit au sein même d'une des composantes du droit à la culture : le droit de participer à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques culturelles. Ainsi, ce principe participe à ce que la conciliation entre la liberté culturelle et les composantes du droit à la culture relatives à l'égalité soit réalisée au sein même d'une autre composante de ce droit, de nature procédurale. En s'assurant de la plus large participation possible à la construction des politiques culturelles et à leur mise en œuvre, les pouvoirs publics garantissent, dans une certaine mesure, le respect de l'objectif de diversité culturelle et donc le respect de la liberté artistique. La réalisation du droit de participer à l'élaboration des politiques culturelles et à leur mise en œuvre est donc cruciale : les pouvoirs publics doivent tenter d'instituer le plus d'espaces de participation et de réflexion démocratique possibles, permettant de refléter la diversité des acteurs et des publics de la vie culturelle. Ils doivent reconnaître la légitimité d'un ensemble d'acteurs et de communautés culturelles à participer aux politiques culturelles et garantir un principe d'égalité entre ces acteurs et ces communautés. Afin d'assurer une réelle participation à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques culturelles, les pouvoirs publics doivent pouvoir exposer de la manière la plus claire possible les options qui peuvent être envisagées dans les politiques culturelles, les priorités établies ou à établir, dans un contexte de rareté. Ils doivent donner aux acteurs et aux publics la possibilité d'évaluer dans l'ensemble les choix à effectuer et la réalisation des décisions prises. Pour être effective, la participation à la prise de décision en matière culturelle doit être suivie d'une possibilité de recevoir des explications sur la conformité des politiques poursuivies avec les choix opérés (d'où l'importance du respect des principes de légalité et de motivation). Il faut rechercher, au cas par cas, les critères les plus adéquats pour respecter les exigences démocratiques de diversité culturelle, de liberté d'expression et d'égalité[1432].

(1432) *Advocates for Arts v. Thomson*, 532 F. 2d 792 (1st Circ. 1976).

B. La conciliation des différentes prérogatives induites du droit à la culture dans les critères de soutien à la culture

466. La conciliation entre liberté et égalité doit être prolongée dans les critères de subventionnement qui seront forcément imposés dans le cadre des mécanismes de reconnaissance et de subventionnement de la création et dans le cadre de la réalisation des autres composantes du droit à la culture. Ces limites sont inhérentes aux politiques culturelles, qui, dans un contexte de rareté des finances publiques, doivent s'appuyer sur des critères forcément discriminants pour sélectionner les expressions qui seront soutenues par les pouvoirs publics.

467. Certains considèrent que l'établissement de critères de subventionnement de la création artistique ou des secteurs socio-culturels doit être considéré comme une ingérence dans cette liberté et une violation de la neutralité de l'État. Sur cette question de la neutralité des politiques culturelles par rapport à la liberté artistique, la Cour suprême des États-Unis a considéré que les critères de subventionnement n'entraient pas en contradiction avec le premier amendement(1433) et ne constituaient pas une « viewpoint discrimination »(1434). La jurisprudence lui a généralement emboîté le pas, reconnaissant même dans certains cas un « droit » à certaines subventions(1435).

À notre sens, la création de critères de subventionnement s'inscrit dans la réalisation du droit à la culture et est légitime dès lors que l'on accepte de dépasser l'impossible neutralité (voy. *première partie)* et que l'on assume les missions culturelles positives que les

(1433) La Cour a en effet tout simplement considéré que ces critères ne constituaient pas d'office une régulation directe de l'expression, mais simplement une décision ayant indirectement des effets sur des expressions protégées par le premier amendement et pour laquelle une grande marge d'appréciation est reconnue (*National Endowment for the Arts v. Finley*, 524, U.S. 569, 1998). En 1990, dans le contexte des « culture wars », le Congrès avait modifié la loi sur le N.E.A. en y modifiant les critères afin que les subventions soient destinées aux œuvres retenues pour leur « artistic excellence and artistic merit *taking into consideration general standards of decency and respect for the diverse beliefs and values of the American public* » (nous soulignons).

(1434) *National Endowment for the Arts v. Finley*, 524, U.S. 569, 1998.

(1435) D. E. Caminiti, « *Brooklyn Institute of Arts & Science v. City of New York :* The Death of the Subsidy and the Birth of the Entitlement in Funding of the Arts », *Fordham intell. Prop. Media & Ent. L. J.*, 2000, pp. 875-904.

pouvoirs publics doivent poursuivre, en vertu du droit à la culture. Il n'en reste pas moins que ces critères doivent tenter d'assurer une conciliation entre les différentes prérogatives du droit à la culture.

468. Dans l'établissement des critères de soutien à la création ou aux initiatives citoyennes et mouvements socio-culturels, l'on veillera à concilier les différentes composantes du droit à la culture. Il faut garder à l'esprit l'impact des conditions posées à la reconnaissance et au subventionnement, qui induisent une forme d'autocensure de la part des acteurs culturels, pour « se couler dans le moule » des institutions culturelles, des catégories établies par ces institutions et des critères formulés par elles (voy. *supra*)[1436].

L'élaboration de critères pour reconnaître et soutenir les mouvements qui participent à la démarche d'éducation permanente ou d'animation de la jeunesse doivent être constamment débattus, évalués à l'aune des mouvements émergents, des nouveaux questionnements. Pour éviter les effets pervers de l'institutionnalisation de « branches mortes » (des mouvements qui ne « résonent » plus avec les mouvements sociaux et culturels contemporains). Quant à elle, l'élaboration de critères relatifs aux mondes de la médiation culturelle, des centres culturels ou des opérateurs culturels doit également être régulièrement discutée, débattue, évaluée, pour assurer une actualisation des missions et une pertinence de l'action culturelle.

L'élaboration de critères artistiques suppose que l'on définisse auparavant la légitimité d'une discussion sur les jugements esthétiques et que l'on se réfère à une définition de l'art. Afin d'établir des critères justes et légitimes, il convient de dépasser à la fois le classicisme (qui veut que le goût se construit par des concepts déterminés) et l'esthétique sentimentale (souvent axée uniquement sur une subjectivité incommensurable, qui rend l'établissement de critères impossible). L'on préfèrera la troisième voie proposée par Luc Ferry : celle de l'établissement d'un « *sensus communis* » qui fonde l'intersubjectivité quant à l'esthétique, le jugement sur le goût et la légitimité de critères esthétiques[1437]. Ce

(1436) Soulignons que des formes de « chilling effect » existent également à l'égard des mécanismes privés de soutien à la culture.

(1437) L. Ferry, *Le sens du beau. Aux origines de la culture contemporaine*, Paris, Éditions Cercle d'Art, 1998, pp. 107-109.

« sens commun » « n'est pas conceptuel mais indéterminé, soit : la liaison d'un sentiment particulier et d'une Idée universelle opérée par la réflexion en vue d'établir une communication directe entre les individus, un sens commun non conceptuellement fondé »[1438]. Ayant établi la possibilité d'une discussion sur les critères esthétiques, il faut ensuite s'accorder sur une définition abstraite et légitime de l'art pour établir des critères qui le distinguent « de la banalité et de la platitude »[1439]. Pour Luc Ferry, l'art n'est « ni la transcription plate d'une 'bonne idée', fût-elle universelle, ni l'expression narcissique d'une particularité purement personnelle. La 'mise en œuvre' n'a lieu que lorsqu'un être singulier, l'artiste, fait sens, à travers son œuvre originale, pour l'humanité entière »[1440]. Ainsi, à notre sens, il faut, pour établir des critères, tenir compte de la « vocation essentielle de l'art » : « mettre en scène – on pourrait dire encore présenter, exposer, incarner – dans un matériau sensible (couleur, son, pierre) une vérité tenue pour supérieure »[1441].

Cependant, ce serait un leurre de croire que, une fois établie la possibilité d'un débat sur les critères esthétiques et l'art défini, l'on pourrait établir des critères esthétiques absolus et universels. De tels critères sont impossibles à identifier en raison du pluralisme esthétique qui caractérise nos sociétés. Par ailleurs, l'on ne peut se satisfaire des critères de qualité artistique autrefois dominants, qui constituent l'héritage d'une époque où « les normes de la culture d'élite » s'imposaient au détriment d'un pluralisme esthétique qui restait non reconnu[1442]. Ce serait en effet incompatible avec l'exigence de diversité culturelle et avec l'exigence démocratique, qui

(1438) *Ibid*., p. 61. Voy., sur ce livre, S. Charles, « Compte-rendu. Le sens du beau. Aux origines de la culture contemporaine », *Dialogue: Canadian Philosophical Review / Revue canadienne de philosophie*, Spring/Printemps 2001, Vol. 40, Issue 2 pp. 416-418.

(1439) L. Ferry, *Le sens du beau. Aux origines de la culture contemporaine*, *op. cit.*, pp. 187-188.

(1440) *Ibid*., p. 199.

(1441) *Ibid*., n° 4289.

(1442) Voy. première partie, sur la démocratie culturelle. Il est en effet vraisemblable de considérer que le pluralisme esthétique a toujours existé, simplement, la légitimité artistique n'était réservée qu'à la culture de l'élite. Voy. également Y. Michaud, « À propos des critères esthétiques », in Association Artifices (dir.), *Art contemporain et pluralisme : nouvelles perspectives*, Paris, L'Harmattan, coll. Questions contemporaines, 2000, pp. 16-30.

a désormais également conquis l'esthétique[1443]. Ainsi, les critères esthétiques à établir seront forcément locaux et relatifs[1444], même s'ils se déduisent d'une conception de l'art abstraite et universelle.

Le choix de ces critères esthétiques et culturels locaux et relatifs doit être réalisé sur la base d'un travail constant d'analyse des tendances artistiques et des formes culturelles émergentes. Les critères doivent faire l'objet de constants approfondissements et d'adaptations incessantes afin d'assurer un degré d'impartialité et de qualité et de refléter le plus possible la diversité culturelle. En ce qui concerne particulièrement le soutien à la création, ces critères doivent mêler un faisceau d'éléments (comme sa qualité technique, la « vérité » qu'elle donne à voir, sa destination, son audace, son aptitude à refléter la diversité culturelle) car, pris isolément, aucun critère ne parvient à définir la qualité culturelle ou la diversité culturelle.

Parce que les critères esthétiques sont forcément locaux et relatifs, la détermination des instances qui sont chargées de les définir concrètement est cruciale. Ainsi, la définition des critères de qualité est liée de manière indissociable à la question de la garantie, dans les commissions de sélection ou d'avis, d'une composition pluraliste au plan esthétique.

469. Afin d'illustrer notre propos, sont envisagés *infra* deux cas concrets de conciliation entre différentes composantes du droit à la culture. Le premier cas concerne l'exigence de respect des principes démocratiques comme critère de subventionnement dans le domaine des arts de la scène (1). Le second a trait à la portée des agréments et des labellisations (2).

1. Les critères de subventionnement relatifs au respect des principes démocratiques

470. Dans le décret relatif au soutien des arts de la scène[1445], une condition de respect de la Convention européenne des droits de l'homme est imposée aux candidats, qui est par ailleurs simi-

(1443) Y. MICHAUD, « À propos des critères esthétiques », *op. cit.*, pp. 16-30.
(1444) Y. MICHAUD, *ibid.*, pp. 29-30.
(1445) Décr. Comm. fr. relatif à la reconnaissance et au subventionnement du secteur professionnel des arts de la scène, *Mon. b.*, 19 mai 2003.

laire, dans son principe, à l'article 15*ter* de la loi de 1989 sur le financement des partis politiques[1446]. Ainsi, l'article 3, § 2, exclut la reconnaissance et le subventionnement des personnes morales « qui ne respectent pas les principes de la démocratie tels qu'énoncés, notamment, par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, par la loi du 30 juillet 1981 rendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie et par la loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation des génocides commis par le régime national-socialiste pendant la seconde guerre mondiale ou toute autre forme de génocide » et des personnes physiques « appartenant à un organisme ou une

(1446) Voy. art. 15*ter* de la loi du 4 juillet 1989 relative à la limitation et au contrôle des dépenses électorales engagées pour les élections des chambres fédérales, ainsi qu'au financement et à la comptabilité ouverte des partis politiques, *Mon. b.*, 20 juillet 1989, inséré par la loi du 12 février 1999 et la loi du 17 février 2005 :

« § 1. Lorsqu'un parti politique par son propre fait ou par celui de ses composantes, de ses listes, de ses candidats, ou de ses mandataires élus, montre de manière manifeste et à travers plusieurs indices concordants son hostilité envers les droits et libertés garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, et par les protocoles additionnels à cette Convention en vigueur en Belgique, la dotation, qui en vertu du présent chapitre est allouée à l'institution visée à l'article 22 doit, si (l'assemblée générale de la section d'administration) du Conseil d'État le décide, être supprimée dans les quinze jours par la Commission de contrôle à concurrence du montant décidé par le Conseil d'État.

(La demande introduite par au moins un tiers des membres de la Commission de contrôle doit être adressée directement au Conseil d'État. Sous peine d'irrecevabilité, la demande ainsi transmise indique le nom des parties demanderesses, l'institution visée à l'article 22 contre laquelle la demande est dirigée, une description des faits et indices concordants ainsi que le ou les droits consacrés par la Convention visée à l'alinéa précédent et envers lesquels il est prétendu que le parti incriminé a montré son hostilité. La demande désigne en outre les personnes physiques et morales impliquées dans les faits précités. Le Roi peut fixer des modalités complémentaires concernant le contenu de la demande. Le Conseil d'État prononce, dans les six mois de sa saisine, un arrêt dûment motivé et peut décider de supprimer la dotation qui, en vertu du présent chapitre, est allouée à l'institution visée à l'article 22, soit à concurrence du double du montant des dépenses financées ou réalisées pour l'accomplissement de cet acte, soit pendant une période qui ne peut être inférieure à trois mois ni supérieure à un an. Le Conseil d'État peut ordonner la publication ou la diffusion de son arrêt ou d'un résumé de celui-ci par la voie de journaux ou de toute autre manière, aux frais de l'institution visée à l'article 22 qui est sanctionnée) [...] ».

association répondant aux mêmes caractéristiques »[1447]. Dans les travaux préparatoires, il est précisé que cette condition est établie pour « rappeler que le subventionnement ne peut porter atteinte à la liberté fondamentale qu'est la liberté d'expression, et aux principes démocratiques »[1448] et que l'appréciation des éventuelles atteintes aux droits de l'homme et aux « principes démocratiques » se fera « au regard de faits avérés, ayant fait l'objet d'une condamnation, et non de simples considérations »[1449].

La formulation finale du décret est calquée sur le projet de décret, à ceci près qu'elle intègre désormais dans le texte l'exigence d'une décision de justice coulée en force de chose jugée[1450].

471. Cette clause a été très critiquée dans l'avis de la section de législation du Conseil d'État. Celle-ci a considéré que cet article du décret impliquait une ingérence dans la liberté d'expression et dans la liberté d'association et que la disposition à la source de ces ingérences « par sa formulation générale, ne semble répondre ni aux exigences de clarté et de prévisibilité de toute mesure restrictive des droits et libertés, ni au principe de proportionnalité qui doit caractériser une telle mesure »[1451].

(1447) Art. 3, § 2, projet de décret relatif à la reconnaissance et au subventionnement du secteur professionnel des arts de la scène, *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 2002-2003, 7 janvier 2003, n° 359-1, p. 35.

(1448) Commentaire des articles, projet de décret cadre relatif à la reconnaissance et au subventionnement du secteur professionnel des arts de la scène, *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 2002-2003, 7 janvier 2003, n° 359-1, p. 7.

(1449) *Ibid.*

(1450) Art. 3, § 1er, Décret relatif à la reconnaissance et au subventionnement du secteur professionnel des arts de la scène : « la reconnaissance et le subventionnement ne pourront pas intervenir au bénéfice, d'une part, des personnes morales ou, d'autre part, des personnes physiques qui appartiennent à un organisme ou une association dont il est établi par une décision de justice coulée en force de chose jugée qu'ils ne respectent pas les principes de la démocratie tels qu'énoncés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, par la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie et par la loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation des génocides commis par le régime national-socialiste pendant la seconde guerre mondiale ou toute autre forme de génocide ».

(1451) Conseil d'État, section législation, avis n° 33.745/4 sur un projet de décret cadre relatif à la reconnaissance et au subventionnement du secteur professionnel des arts de la scène, 30 octobre 2002, *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 2002-2003, n° 359-1, pp. 49-50.

Le Conseil d'État a précisé que « s'il peut être admis que le fait de ne pas respecter 'les principes de la démocratie', notamment par le biais de l'appartenance à un organisme ou à une association, peut, à certains égards et sous la réserve du contrôle juridictionnel, être pris en compte par l'autorité qui reconnaît ou qui subventionne, encore convient-il que les faits précis retenus à charge de la personne, de l'organisme ou de l'association revêtent un caractère minimal de gravité et que ces faits posent objectivement problème au regard des activités reconnues ou subventionnées »[1452]. Or, rien dans la clause insérée dans le projet de décret – et dans le décret – ne permet de s'assurer qu'un tel seuil minimal de gravité soit toujours exigé[1453].

Selon le Conseil d'État, la clause ne permet pas non plus de garantir la précision requise dans l'identification des « principes démocratiques » qui peuvent exclure des artistes du subventionnement public. Le Conseil d'État a ainsi critiqué le silence du texte sur les critères à mettre en œuvre pour déterminer si une personne respecte ou non ces principes. Une condamnation judiciaire était exigée dans les travaux préparatoires. Mais, se demande le Conseil d'État, faut-il que cette condamnation ait été prononcée en application de la loi du 30 juillet 1981 ou de la loi du 23 mars 1995 ? Que se passerait-il si le juge n'a pas estimé nécessaire de prononcer, en sus de ladite condamnation, l'interdiction des droits civils et politiques ? Par ailleurs, rien dans le décret ne permet de garantir que l'on impute bien le comportement attentatoire aux principes démocratiques à la bonne personne ou à la bonne association, ni d'exclure que la simple affiliation à une association à laquelle le comportement est imputable réponde aux critères nécessaires justifiant une ingérence dans la liberté d'expression[1454]. En l'absence de

(1452) *Ibid*., p. 50.

(1453) Comp. avec l'article 15*ter*, qui établit que : « [l]orsqu'un parti politique par son propre fait ou par celui de ses composantes, de ses listes, de ses candidats, ou de ses mandataires élus, *montre de manière manifeste et à travers plusieurs indices concordants son hostilité* envers les droits et libertés garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, et par les protocoles additionnels à cette Convention en vigueur en Belgique », la dotation peut être supprimée (nous soulignons).

(1454) Conseil d'État, section législation, avis 33.745/4 sur un projet de décret cadre relatif à la reconnaissance et au subventionnement du secteur

critères plus précis, ces conditions laissent une trop grande marge d'appréciation aux autorités politiques.

Force est cependant de constater que ces dangers potentiels n'ont pas réellement été entendus par le législateur de la Communauté française puisque celui-ci a repris, *mutatis mutandis*, la même clause dans le décret relatif au soutien au cinéma et à la création audiovisuelle en ajoutant une clause relativement floue relative aux « violations des droits de l'homme » ou au caractère violent, pornographique ou raciste des films qui ne peuvent recevoir de subventionnement(1455).

472. À notre sens, la légitimité de ces deux clauses, l'une relative aux arts de la scène, l'autre au cinéma et à la création audiovisuelle, ne peut être soumise à controverse. Dans des conditions extrêmes, comme cela a été écrit ci-dessus, les formes culturelles qui visent à détruire la démocratie doivent pouvoir être exclues du débat public. *A fortiori* donc, il faut considérer qu'elles peuvent être exclues du subventionnement public.

Cependant, il convient de manier avec une grande prudence ce genre de clause qui peut s'avérer très dangereuse à l'égard de certaines formes artistiques ou mouvements socio-culturels. En effet, par exemple, la politisation accrue de l'art ces dernières

professionnel des arts de la scène, 30 octobre 2002, *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 2002-2003, n° 359-1, pp. 49-50.

(1455) Voy. art. 3, § 2, Décret du 10 novembre 2011 relatif au soutien au cinéma et à la création audiovisuelle, *Mon. b.*, 9 décembre 2011 :

« Ne donnent pas lieu à l'octroi d'une aide au sens du présent décret :

1° [...] ;

2° les œuvres audiovisuelles à caractère pornographique, raciste, celles qui font l'apologie de la violence et celles qui incitent à des violations des droits de l'homme ;

3° et 4° [...].

§ 2. Sans préjudice des dispositions particulières qui y sont relatives, le subventionnement ne pourra pas intervenir au bénéfice des personnes morales ou physiques qui appartiennent à un organisme ou une association dont il est établi par une décision de justice coulée en force de chose jugée qu'ils ne respectent pas les principes de la démocratie tels qu'énoncés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, par la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie et par la loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation des génocides commis par le régime national-socialiste pendant la seconde guerre mondiale ou toute autre forme de génocide ».

années s'est exprimée dans l'art postmoderne à travers l'usage de formes subversives, satiriques, parodiques, provocantes et cultivant l'ambiguïté. Ces formes d'art bousculent les conceptions dominantes, que ce soit à l'égard de l'art ou de questions de société. Exiger sans autre précision qu'elles respectent les principes démocratiques peut s'avérer dangereux : les œuvres d'art ou performances subversives qui détournent des discours d'oppression pour les remettre en perspective et les critiquer, peuvent, *a priori* – cela c'est déjà produit – être jugées comme étant contraires à la démocratie et aux droits de l'homme. On pense par exemple à l'œuvre d'un photographe reproduisant un graffiti « Stop AIDS Kill a Queer » ou à la recherche esthétique présidant aux photographies de Robert Mapplethorpe représentant des relations homosexuelles en mettant parfois en scène la sujétion d'hommes Noirs à l'égard d'hommes Blancs. Ces œuvres subversives ont été considérées comme homophobes ou racistes alors que le but poursuivi par ces artistes était, à travers un discours subversif, la dénonciation de formes d'oppression. Cette dérive est d'autant plus dommageable que ce sont ces formes artistiques qui assument sans doute de la façon la plus pertinente qui soit la fonction de distanciation, de critique et de remise en question du sens établi accordé aux expériences sociales et humaines et que, pour un certain nombre de minorités culturelles, le langage de la subversion est souvent le seul à pouvoir être mobilisé(1456).

C'est pourquoi il est absolument nécessaire de n'exclure une forme artistique du subventionnement que lorsqu'une décision judiciaire a été rendue. Et, à notre sens, cette précision ne suffit pas. Il faut encore que cette décision de justice fonde la condamnation du candidat sur des principes essentiels pour la démocratie. On ne peut ainsi admettre qu'un artiste se voie refuser un subventionnement public simplement parce qu'il a été condamné dans le passé pour avoir empiété sur le droit d'auteur (qui est, dans certains ordres juridiques, un droit fondamental) d'un autre

(1456) A. Adler, « What's Left ? Hate Speech, Pornography and the Problem for Artistic Expression », *op. cit.*, pp. 1541-1566 ; A. Adler, « Post-Modern Art and the Death of Obscenity Law », *op. cit.*, pp. 1359-1378 ; A. Adler, « Inverting the First Amendment », *University of Pennsylvania Law Review*, Avril 2001, Vol. 149, n° 4, pp. 921-1002.

artiste, parce qu'il a été condamné pour diffamation et violation des droits de la personnalité. Seules des condamnations strictement liées à des propos liberticides devraient, à notre sens, être exclues du subventionnement. Par ailleurs, il faudrait encore prouver, lorsqu'il s'agit d'une association qui a été condamnée, que les propos peuvent être imputés à la personne physique qui demande une subvention.

Ainsi, bien que légitimes, il convient de manier avec prudence les clauses soumettant la reconnaissance et le subventionnement des activités artistiques et culturelles au respect des principes démocratiques.

2. Les agréments et les labellisations

473. Dans la plupart des décrets relatifs au soutien à la culture, qu'il soit direct (dans l'octroi d'encouragements aux créateurs et aux créations) ou indirect (dans l'octroi de subventions aux lieux de diffusions ou structures), des conditions de reconnaissance ou d'agrément sont formulées qui ouvrent le droit à la subvention. En aucun cas, l'agrément ne peut s'analyser comme posant des conditions pour exercer le droit de prester l'activité ou comme des mesures de police administrative. Dans ces cas, l'agrément serait incompatible avec la liberté d'expression, avec la liberté individuelle, qui comprend la liberté d'organiser des services sociaux et culturels, mais aussi avec l'article 23, qui proclame une série de droits sociaux et culturels et enfin avec le principe du pluralisme idéologique et philosophique, garanti par les articles 11 et 131 de la Constitution de maniéré générale[1457].

Ainsi, par exemple, la labellisation des activités culturelles établies dans le décret de 2006 « Culture-École »[1458] ne peut viser que la promotion et la mise en œuvre de collaborations entre la culture

(1457) H. Dumont, « Les matières communautaires à Bruxelles, le point de vue francophone », in *Bruxelles et son statut*, E. Witte, A. Alen, H. Dumont et R. Ergec (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 580 ; voy. aussi H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge*, *Vol. I de 1830 à 1970, op. cit.*, n^os^ 460-465 ; *Vol. II de 1970 à 1993*, *op. cit.*, n^os^ 542 et s. et n^os^ 669-675.

(1458) Art. 6, Décr. Comm. fr. du 24 mars 2006 relatif à la mise en œuvre, la promotion et le renforcement des Collaborations entre la Culture et l'Enseignement, *Mon. b.*, 22 mai 2006.

et l'école et ne peut pas devenir une condition d'exercice des activités artistiques de manière générale[1459].

Section II. – Les titulaires du droit à la culture

474. Après avoir identifié les prérogatives concrètes qui découlent du droit à la culture, cette section vise à identifier les titulaires de ces prérogatives. Tout en constituant les individus en tant que titulaires de ce droit à dimension collective forte (§ 1), il importe de souligner l'importance de la liberté d'association pour ces titulaires individuels (§ 2).

§1. *Un droit essentiellement individuel à dimension collective*

475. Une controverse subsiste en droit international sur la question des titulaires du droit à la culture. Ainsi, Rodolfo Stavenhaegen[1460], en parlant de manière générale des droits culturels, considère que ce sont des droits collectifs. Élizabeth Evatt considère que ce sont des droits individuels qui s'exercent souvent en collectivité[1461], quand Folarin Shyllon les qualifie de « droits communaux »[1462]. Par ailleurs, certains auteurs avancent que, dans

(1459) Art. 5, Décr. Comm. fr. du 24 mars 2006 relatif à la mise en œuvre, la promotion et le renforcement des Collaborations entre la Culture et l'Enseignement, *Mon. b.*, 22 mai 2006.

Une responsabilisation sociale et scolaire des artistes est également prévue par le décret. En effet, l'article 5 prévoit que le Gouvernement, lors de la conclusion d'un contrat-programme ou d'une convention avec un opérateur culturel, veillera à responsabiliser cet opérateur quant à « sa mission d'approche du public scolaire ».

De même, lors de la conclusion d'un contrat de coopération culturelle avec plusieurs opérateurs culturels et une autre autorité publique, le Gouvernement veille à ce que le projet de partenariat comporte des activités orientées vers les écoles et les publics scolaires. Des rencontres avec les artistes sont également prévues (Art. 10, Décr. Comm. fr. du 24 mars 2006 relatif à la mise en œuvre, la promotion et le renforcement des Collaborations entre la Culture et l'Enseignement, *Mon. b.*, 22 mai 2006).

(1460) R. Stavenhagen, « Cultural Rights : A Social Science Perspective », *op. cit.*, pp. 1-21.

(1461) E. Evatt, « Enforcing indigenous cultural rights : Australia as a case-study », in *Cultural Rights and Wrongs. A Collection of Essays in Commemoration of the 50th Anniversary of the Universal Declaration on Human Rights*, *op. cit.*, pp. 57-81.

(1462) F. Shyllon, « The right to a cultural past : African view point », in *Cultural Rights and Wrongs. A Collection of Essays in Commemoration of the 50th Anniversary of the Universal Declaration on Human Rights*, *op. cit.*, pp. 103-120.

beaucoup de sociétés, le droit de participer à la vie culturelle se conçoit avant tout en termes collectifs[1463]. Enfin, certains avancent l'idée que la reconnaissance de titulaires collectifs est nécessaire car certaines violations de la dimension collective du droit à la culture ne pourraient être protégées par un droit individuel[1464].

D'autres auteurs, au contraire, excluent que le droit à la culture puisse constituer un droit collectif. Certains considèrent qu'il y aurait là une redondance par rapport à d'autres principes de droit international, qui consacrent déjà ce type de droits. D'autres y voient le risque de « geler » une culture dans l'espace et le temps, voire de légitimer des pratiques contraires aux droits de l'homme[1465] ou de menacer les droits individuels[1466].

476. Sans se prononcer sur ces derniers arguments, récurrents face à toute forme de revendication collective de droits fondamentaux, il convient d'abord de distinguer deux questions relatives à la dimension collective : l'une a trait à la capacité du droit à la culture d'être exercé de manière collective tandis que l'autre est relative à « l'existence de droits collectifs en tant que tels, envisagés comme les droits reconnues à un groupe »[1467]. La première question est celle de la « dimension collective » de certains droits individuels, l'autre est celle de la « nature de droits collectifs » de certains droits.

477. En ce qui concerne la deuxième question, celle relative à la nature du droit en cause, l'on ne peut souscrire à l'idée que le droit à la culture est, par essence, un droit « de nature collective » même si on admet qu'il existe des exceptions notables à la nature individuelle de ce droit.

(1463) P. Thornberry, « Cultural rights and universality of human rights », *op. cit.*, p. 9.

(1464) E. Nimni, « Collective Dimensions of the Right to take Part in Cultural Life », Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Discussion générale sur le droit de participer à la vie culturelle, E/C.12/40/17, 9 mai 2008, pp. 4-5.

(1465) *Ibid.*, p. 3.

(1466) L. Prott, « Understanding One Another on Cultural Rights », *op. cit.*, p. 166. *Contra* : E. Nimni, « Collective Dimensions of the Right to take Part in Cultural Life », *op. cit.*, p. 5.

(1467) Voy. Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, 14e session, *Rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels, Mme Farida Shaheed, soumis en application de la résolution 10/23 du Conseil des droits de l'homme*, 22 mars 2010, A/HRC/14/36, *op. cit.*, p. 6.

En droit international, c'est le texte même des Pactes qui exclut cette idée. Il serait d'ailleurs incohérent de considérer que le droit de participer à la vie culturelle, formulé en termes individuels, soit un droit collectif alors que même l'article 27 du Pidcp, relatif aux droits des minorités, n'est pas reconnu comme un droit collectif[1468]. Comme la plupart des droits et libertés, le droit à la culture a d'abord pour titulaires des individus, notamment en raison de la grande difficulté, que rappelle Michel Levinet, du droit international à garantir les droits des groupes[1469]. Toutefois, même si les titulaires principaux du droit à la culture sont les individus, ce droit revêt une dimension collective forte parce que l'objet du droit, la culture, est un bien collectif et commun[1470].

En droit constitutionnel, l'utilisation, à l'article 23 de la Constitution, du terme « chacun » confirme le caractère essentiellement individuel des droits consacrés, qui ont pour titulaires « l'ensemble des particuliers » : « on ne dénombre parmi [les droits consacrés à l'article 23] aucun 'droit collectif' au sens strict de l'expression »[1471]. Ainsi, le droit à l'épanouissement culturel n'est pas en principe un droit collectif, même s'il peut s'exercer de manière collective. Il apparaît en effet que le droit à l'épanouissement culturel ne peut constituer en tant que tel un droit des minorités. La Cour constitutionnelle a clairement décidé qu'il y avait une différence entre les matières de la protection des minorités et du droit à l'épanouissement culturel. Elle a considéré que les décrets visant à subventionner des associations culturelles francophones en périphérie bruxelloise ne relevaient pas de la protection du droit à l'épanouissement culturel mais de la protection des minorités, estimant par là qu'il y allait de deux matières différentes[1472]. Il n'est donc pas question, dans l'article 23, alinéa 3, 5°, d'un droit à l'identité culturelle collective.

(1468) C. Groni, « The right to take part in cultural life », *op. cit.*, p. 8.

(1469) M. Levinet, *Théorie générale des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 107.

(1470) E. Decaux, « Les droits culturels : droits individuels universels, indivisibles et justiciables », Communications écrites concernant la Convention européenne des droits de l'homme et les droits culturels, 8e colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1995, n° 38 A, pp. 27-39.

(1471) Voy. notamment M. Verdussen et N. Bonbled, « Les droits culturels et sociaux dans la Constitution belge », *op. cit.*, p. 60.

(1472) C.C., arrêt n° 54/96, du 3 octobre 1996, B.7.2.

Le droit à la culture est donc, en principe, un droit individuel. Cependant, nous n'excluons pas que des groupes de personnes soient, dans certains cas, titulaires de ce droit. En droit international, la principale exception concerne le droit collectif des peuples à disposer d'eux-mêmes et à assurer leur développement culturel qui est un droit collectif[1473]. En droit belge, pour ce qui concerne le droit de participer à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques culturelles, le Pacte culturel établit des droits collectifs pour les tendances idéologiques et les groupements d'usagers. L'existence de titulaires collectifs pour l'attribut du droit à la culture qui concerne la participation à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques culturelles tient à la nature procédurale de cet attribut du droit à la culture. En effet, cette nature procédurale implique nécessairement la détermination de groupements d'individus qui ont le droit, en raison de leur appartenance à un groupement particulier, de participer à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques culturelles. Au niveau international, l'Observation générale n° 21 laisse entendre que, dans certains cas, le droit de participer à la vie culturelle peut être considéré comme un droit collectif en disposant que l'exercice du droit de participer à la vie culturelle revient à « chacun – seul, en association avec d'autres ou au sein d'une communauté […] »[1474]. Cependant, dans le cadre de la présente thèse, la capacité du droit à la culture à être exercé et revendiqué en groupe ne peut être approfondie. Soulignons simplement ici qu'un parallèle intéressant pourrait être dressé avec le droit à l'environnement sain pour envisager des actions collectives dans le domaine culturel.

(1473) Voy. l'article 1er commun des deux Pactes relatifs aux droits de l'homme, signés en 1966 par les Nations Unies. Cette disposition établit que « 1. Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel. 2. Pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, sans préjudice des obligations qui découlent de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'intérêt mutuel, et du droit international. En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance ».

(1474) Voy. Observation générale n° 21, *op. cit.*, § 15, et l'appréciation qui en est faite par l'Experte indépendante sur les droits culturels : Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, 14e session, *Rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels, Mme Farida Shaheed, soumis en application de la résolution 10/23 du Conseil des droits de l'homme*, 22 mars 2010, A/HRC/14/36, *op. cit.*, p. 7.

478. En ce qui concerne la deuxième question, celle de la « dimension collective » des droits de nature individuelle, le caractère collectif du droit à la culture apparaît tout à fait clairement[1475]. En droit belge, la dimension collective du droit à la culture est renforcée par l'adjonction des mots « et social », introduits précisément, semble-t-il, pour souligner l'importance de l'aspect sociétal du droit à l'épanouissement culturel. En droit international, cette dimension collective est notamment attestée par les nombreuses dispositions concernant la participation à la vie culturelle de certains groupes, comme les minorités[1476].

La dimension collective du droit à la culture est fondamentale. Elle s'exprime de plusieurs manières.

D'abord, ce droit a pour objet des biens communs. Comme on l'a dit dans la première partie, la culture est éminemment un bien commun, un lieu de production du sens pour la collectivité, un ensemble de structures qui ont pour objet le travail sur le sens des expériences tant humaines que sociales en instituant des liens, en mettant en perspective, bref, en créant du collectif en le remettant en question, en s'en détachant aussi. Cette dimension collective ressort de la nature sociale des biens qui sont l'objet du droit de participer à la vie culturelle et dont la valeur découle du sens symbolique et partagé qu'ils emportent[1477].

Par ailleurs, le mode d'exercice du droit à la culture sera très souvent collectif. Pour exercer son droit à la culture, l'individu s'inscrira peut-être dans un groupe ou une communauté et il se ralliera parfois à certaines appartenances culturelles, certains courants culturels, certaines identités culturelles. La notion même de vie culturelle implique des interactions avec d'autres individus ou avec des groupes, qui partagent des pratiques et des actions communes. L'exercice du droit à la culture est donc « nécessairement collectif » parce que la vie culturelle est un espace créé par des actions collectives[1478].

(1475) E. Nimni, « Collective Dimensions of the Right to take Part in Cultural Life », *op. cit.*

(1476) Art. 27 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 16 décembre 1966.

(1477) International Commission of Jurists, « Right to take part in cultural life, art. 15 (1) (a) of the Covenant », Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 9 may 2008, E/C.12/40/7, p. 5.

(1478) *Ibid*.

Enfin, l'exercice du droit à la culture créera du lien social. La dimension collective, présente dans de nombreux droits de l'homme, est ainsi particulièrement soulignée dans les résultats et dans les productions culturelles ou artistiques du droit à la culture[1479].

479. Le caractère essentiellement individuel du droit à la culture implique-t-il que ce droit doive être considéré comme un droit individualiste ? Pour le sociologue Claude Javeau, par exemple, le droit à la culture, ainsi appréhendé, renvoie en effet à une conception individualiste moderne qui procède d'une atomisation de la société et du reflux de grands projets collectifs[1480]. Jean-Marie Becet et Karel Vasak formulent également la même remarque, en soulignant que la conception individualiste du droit à l'épanouissement culturel va à l'encontre de l'essence collective de la culture[1481].

Ces auteurs ont certainement raison de mettre en garde contre les dérives d'un individualisme culturel. Mais leurs objections peuvent être adéquatement rencontrées à condition de comprendre que la nature principalement individuelle du droit à la culture ne se comprend qu'au regard de sa dimension collective, de son objet et d'un exercice par définition collectif ainsi que de ses liens étroit avec les autres droit[1482].

§2. *Le rôle privilégié de la liberté d'association*

480. La puissante dimension collective qui anime le droit à la culture imprègne notamment les modalités d'exercice de ce droit. En raison de la dimension collective de son objet, le droit à la culture est très souvent exercé à plusieurs, en groupe, en communauté. Par

(1479) P. Meyer-Bisch, « Le droit de participer à la vie culturelle – Contenu et importance pour la réalisation de tous les droits de l'homme », *op. cit.*, p. 6.

(1480) C. Javeau, « Le droit à l'épanouissement culturel : quelques observations sociologiques », in *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, *op. cit.*, p. 237.

(1481) J. Becet et K. Vasak, « De quelques problèmes des droits de l'homme de la fin du 20e siècle », in *Présence du droit public et des droits de l'Homme. Mélanges offerts à J. Velu*, Tome II, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 1179-1191.

(1482) Voy. notamment P. Meyer-Bisch, « Le sujet des droits de l'homme est individuel, mais l'objet est commun. Analyse à partir des droits culturels », in *Le droit saisi par le collectif*, T. Berns (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 7-15.

conséquent, la liberté d'association revêt pour le droit à la culture une importance considérable, car elle protège un des vecteurs privilégiés de l'exercice de ce droit. En effet, l'action des associations est fondamentale, tant au niveau de la conservation et de la promotion du patrimoine que de l'accès et de la participation à la culture, ou encore de la production et de la diffusion de la culture.

481. L'importance de ce mode d'exercice du droit à la culture est confirmée en droit constitutionnel belge. En effet, le Pacte culturel a porté au fronton le principe de la « liberté subsidiée » en vue d'assurer la neutralité de l'État et le principe du pluralisme. Ce principe de la « liberté subsidiée » et celui de la subsidiarité ont renforcé le rôle des associations dans l'exercice du droit à la culture(1483).

482. Le droit à la culture implique donc que les différentes communautés culturelles et groupes culturels « initiateurs » et « producteurs » de culture reçoivent une grande liberté d'action(1484). Cependant, cette liberté n'est pas sans limites. Dans des cas extrêmes de violation claire des droits humains ou d'incitation manifeste à la haine, il doit être possible de poser des limites à l'action d'associations culturelles dans les limites rappelées au point précédent(1485).

483. Il faut considérer que le respect, la protection et la promotion de la liberté d'association en matière culturelle est un principe transversal qui anime l'ensemble des prérogatives découlant du droit à la culture. C'est pourquoi ce principe n'est pas repris en tant que prérogative indépendante mais doit être considéré dans chacune de ses prérogatives. Dans l'identification des obligations qui découlent pour l'État du droit à la culture, un accent particulier sera également mis sur les obligations qui concernent le respect des associations en matière culturelle.

(1483) H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge*, *Vol. I de 1830 à 1970*, *op. cit.*

(1484) Cette liberté d'action des communautés culturelles apparaît également comme étant fondamentale en philosophie politique, notamment dans les écrits de Will Kymlicka (voy. première partie).

(1485) Voy. sur la même question les développements consacrés à la conciliation des différentes prérogatives du droit à la culture ou ceux consacrés à la conciliation entre obligation pour l'État de ne pas discriminer et d'assurer l'égalité en matière culturelle et celle de promouvoir la rencontre, le rassemblement et d'instaurer un espace démocratique de participation, *supra*.

Conclusions du Chapitre II

484. Ce chapitre avait pour but de prolonger la construction du régime juridique du droit à la culture en précisant, à partir d'un objet déterminé dans le chapitre précédent, les prérogatives qui découlent du droit à la culture et leurs titulaires.

485. Dans un premier temps, les attributs particuliers qu'emporte le droit à la culture ont été identifiés. En partant du panorama des sources du droit à la culture dressé dans le premier titre de cette partie et de la définition de son objet proposée dans le chapitre précédent, six prérogatives découlant du droit à la culture ont été distinguées.

Le premier attribut qui découle du droit à la culture est la liberté de création. La liberté de s'exprimer de manière créative, de diffuser ses créations et de les promouvoir est en effet inhérente au droit à la culture. Elle est à la source de la vie culturelle et de l'existence des patrimoines sur lesquels s'exercent les autres attributs du droit à la culture.

Le droit au maintien, au développement et à la promotion des patrimoines et des cultures constitue le deuxième attribut du droit à la culture. Cette prérogative prolonge la liberté créative en postulant une intervention de l'État dans la promotion et la conservation des patrimoines et des cultures. Elle permet de relier l'ensemble des sources du droit à la culture. Reconnue explicitement dans l'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels, elle se trouve par ailleurs confirmée dans une certaine convergence des instruments du droit des politiques culturelles vers la consécration d'un ancrage dans le droit à la culture. En droit belge, cette prérogative a également été confirmée par un arrêt du Conseil d'État.

La troisième grande prérogative qui découle du droit à la culture est l'accès à la culture. Cette prérogative est, historiquement, la première motivation des promoteurs du droit à la culture, en droit international ou en droit constitutionnel. Elle vise à la fois l'accessibilité matérielle et intellectuelle à une culture de qualité et diversifiée. Cette prérogative du droit à la culture doit se comprendre en référence aux politiques de démocratisation de la culture, qui visent à ouvrir l'accès au « capital culturel » et à l'ensemble des

structures culturelles signifiantes, permettant à chacun de disposer des moyens nécessaires pour développer ses capabilités et exercer ses libertés culturelles. Loin de constituer un « luxe », la fondamentalité du droit d'accéder à la culture est particulièrement mise en évidence dans les situations de pauvreté : là, plus qu'ailleurs, l'exclusion des individus de la culture atteint la dignité humaine.

Mais l'importance de l'accès à la culture ne peut se comprendre sans être mise en lien avec la quatrième grande prérogative qui découle du droit à la culture : la participation à la culture. Sont ici visés non seulement l'« accès passif » à une série de biens et de pratiques culturelles mais plus largement la possibilité de participer « activement » aux pratiques qui ont pour thème le travail sur le sens des expériences humaines et sociales et qui s'expriment concrètement dans des pratiques culturelles et des réalisations collectives. Rappelons que ces pratiques autorisent l'individu à se développer et à atteindre un certain épanouissement de sa personnalité en lui permettant de prendre part à la recherche et à l'élaboration collective du sens donné aux choses et aux hommes. Cette participation à ces pratiques abstraites passe par la participation active à des démarches artistiques, à des initiatives citoyennes socio-culturelles, à l'initiation aux œuvres et aux traditions. Le droit de participer à la culture implique le droit d'être reconnu en tant que partenaire dans la construction collective du sens des choses qui se traduit concrètement dans un travail créatif, axé sur l'expressivité et l'analyse critique. Le droit de participer à la vie culturelle se concrétise notamment dans les domaines de l'éducation permanente et de la politique de la jeunesse. Cette prérogative est le terrain d'une rencontre entre deux autres prérogatives : l'accès, puisqu'elle postule une ouverture des moyens d'expression à l'ensemble des individus, mais également la liberté, puisque c'est dans des créations originales et/ou critiques que se concrétise le droit de participer à la culture.

La liberté de choix constitue la cinquième grande prérogative découlant du droit à la culture. Elle rappelle que c'est l'individu qui est placé au centre du droit à la culture et que les communautés culturelles constitutives, concernées par la première prérogative découlant du droit à la culture, ne sont pas protégées pour elles-mêmes mais parce qu'elles permettent à l'individu de se définir et d'exercer ses libertés souvent, d'ailleurs, en se détachant desdites

communautés. La liberté de choix renforce l'exigence de diversité culturelle car elle postule l'existence d'un environnement culturel riche et diversifié.

La sixième grande prérogative est le réceptacle d'un grand nombre de réflexions entamées dans les chapitres précédents. Il s'agit du droit de participer à la prise de décision en matière culturelle. Ce droit prolonge en quelque sorte la participation à la culture en rendant les individus partenaires d'un projet plus global, celui de la définition des politiques culturelles elles-mêmes. Cette prérogative permet de concilier les deux grands principes paradoxaux que postule le droit à la culture : la liberté culturelle, d'une part, et l'intervention de l'État dans la culture pour soutenir la diversité culturelle et permettre le développement des « capabilités » culturelles de chacun, d'autre part. En effet, en intégrant dans les mécanismes de décision en matière culturelle des processus participatifs et en reconnaissant des droits « procéduraux » aux acteurs des politiques culturelles, l'État organise la conciliation entre ces deux impératifs postulés par le droit à la culture.

486. Ces différentes prérogatives composent ensemble le droit de participer à la vie culturelle. L'équilibre entre les aspects « liberté » et les aspects « droits créance », qui ressort de la définition des composantes de ce droit, participe à la légitimité de celui-ci et à celle des politiques qui sont menées pour le mettre en œuvre. La conciliation entre les différentes composantes du droit à la culture se réalise à plusieurs niveaux. Elle se réalise d'abord dans la détermination de l'accès et de la participation à une culture définie en référence à un concept de diversité ouvert, ce qui implique une action positive de l'État pour soutenir cette diversité. Elle est également concrétisée dans la liberté de choix, qui implique l'obligation pour l'État de ne pas entraver indûment la diversité culturelle existante et dans le droit à l'égalité en matière culturelle, qui impose à l'État de ne pas établir de discrimination entre les différentes composantes de la diversité culturelle. Cette conciliation est surtout réalisée dans le droit de participer à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques culturelles. La mise en œuvre concrète de cette conciliation passe, en Belgique, par le respect du principe général du pluralisme idéologique et philosophique qui est concrétisé, notamment, dans la loi dite du Pacte culturel.

487. Dans un second temps, les titulaires du droit à la culture ont été identifiés.

Le droit à la culture est en principe un droit individuel, même s'il est doté d'une forte dimension collective propre à son objet et qu'il peut, dans le cas du droit de participer à la mise en œuvre et à l'élaboration des politiques culturelles, constituer un droit collectif. Cette forte dimension collective se traduit par l'importance de la liberté d'association. Les groupes, communautés ou associations occupent en effet une place privilégiée dans les modes de réalisation du droit à la culture. L'État doit respecter la liberté d'établir des associations et des institutions culturelles.

CHAPITRE III.
Les obligations et les débiteurs

488. Prérogatives et obligations sont les deux facettes de la même réalité. Elles définissent les droits en tant qu'objets juridiques précis. Tout comme l'identification des prérogatives précises est un critère permettant d'attester de l'existence d'un droit de l'homme, l'identification d'obligations précises pour les États à l'égard du droit à la culture est une condition *sine qua non* de l'effectivité et de la justiciabilité de ce droit[1486]. Le présent chapitre vise à identifier précisément ces obligations et les débiteurs de celles-ci. Il est divisé en deux sections. La première se consacre à l'étude des obligations qui découlent du droit à la culture. La seconde identifie les débiteurs de ces obligations.

Section I. – Les obligations induites du droit à la culture

489. La portée de l'engagement des États est modulée selon la nature des obligations découlant du droit à la culture : les obligations qu'implique le droit à la culture sont négatives ou positives, immédiates ou progressives, de comportement ou de résultat[1487]. Il est donc nécessaire d'évoquer ces classifications fondamentales pour déterminer la portée des obligations de respecter, de protéger et de réaliser incombant à l'État pour le droit à la culture.

490. Dans le premier paragraphe, on s'attache à définir de manière générale la dimension objective du droit à la culture.

(1486) Voire, pour certains, de son existence en tant que droit fondamental ou en tant que droit subjectif.

(1487) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 21e session, 1999, E/C.12/1999/11, Annexe IX, pp. 135-136.

Sur les obligations immédiates ou progressives, voy. General Comment n° 3, § 1er, General Comment N° 4, § 8, General Comment n° 11, § 10 ; General Comment n° 12, § 6 ; General Comment n° 13, § 31, 43, General Comment n° 14, § 30 ; Observation générale n° 21, § 55.

Sur les obligations de comportement et de résultat, voy. General Comment n° 3, § 1er et M. Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *op. cit.*, pp. 184-196.

Ensuite, dans un deuxième paragraphe, l'on replace les obligations juridiques découlant du droit à la culture dans l'évolution générale qu'a connu le régime juridique des obligations découlant des droits fondamentaux, afin de discerner la portée des différences entre obligations positives, négatives, immédiates, de respecter et de réaliser. Enfin, dans le troisième paragraphe, on cherche à préciser toutes les obligations découlant du droit à la culture en déclinant le régime général des obligations spécifiques aux droits fondamentaux pour le droit à la culture et en précisant les obligations de respecter, de protéger et de réaliser qu'emporte ce droit.

§ 1. *La dimension objective du droit à la culture*

491. Dans l'introduction générale de cette thèse, l'on a rappelé que l'un des effets des droits fondamentaux résidait dans l'obligation générale d'agir que ces droits impliquaient.

La reconnaissance constitutionnelle et internationale de droits économiques, sociaux et culturels est en effet à la source de l'obligation pour les législateurs compétents d'agir le plus largement possible[(1488)].

Lorsque le droit fondamental est issu d'une norme internationale obligatoire qui fait partie du droit belge, le législateur a l'obligation de traduire celle-ci dans notre système juridique[(1489)]. Cette obligation d'assurer le respect de la norme internationale est établie même si la norme internationale ne confère pas de droit subjectif et n'a pas d'« effet direct au sens restreint ». Ces deux questions sont en effet distinctes : la première « concerne le sens qu'il faut attribuer » à la norme, tandis que la seconde a trait au « statut de la norme » et « aux effets juridiques qui doivent lui être reconnus »[(1490)]. Par ailleurs, le législateur peut éventuellement, par transposition,

(1488) V. Mrattchkov, « Constitutionnalisation des droits sociaux fondamentaux et les tâches du législateur en vue de garantir leur exercice : l'expérience bulgare », in *Liber amicorum Maxime Stroobant*, Gand, Mys & Breesch, 2001, p. 169 ; N. Bernard, « L'effectivité du droit constitutionnel au logement », *op. cit.*, p. 159.

(1489) J. Wouters et D. Van Eeckhoutte, « Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde : een overzicht van bronnen en instrumenten », *op. cit.*, pp. 4-14.

(1490) O. De Schutter, « Obs. sous C.E., 6 septembre 1989 », in *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, *op. cit.*, pp. 324-325.

référence ou traduction, rendre obligatoires des normes internationales non obligatoires[1491].

Dans le même sens, la constitutionnalisation des droits fondamentaux a élevé leur rang juridique ainsi que la fiabilité de leur réalisation. La Constitution, « source d'obligations positives pour le législateur »[1492], impose à ce dernier le devoir de garantir l'effectivité des droits fondamentaux constitutionnels[1493]. Marc Verdussen qualifie ce devoir d'effet « d'irradiation » des droits économiques, sociaux et culturels[1494]. Cet auteur souligne qu'il existe une tendance à considérer que les droits fondamentaux emportent une obligation juridique pour les différents législateurs à agir, leur conférant une « dimension objective »[1495]: « [c]'est l'idée que chaque droit fondamental est par lui-même l'expression d'une valeur qui, parce qu'elle est reconnue par la Constitution, ne peut rester platonique et, par conséquent, ne peut laisser les pouvoirs publics indifférents »[1496].

492. L'article 23 de la Constitution belge est particulièrement clair en ce qui concerne cette dimension objective : les législateurs ont une obligation de garantir les droits économiques, sociaux et culturels[1497]. D'ailleurs, les travaux préparatoires de cette

(1491) Voy. J. Wouters et D. Van Eeckhoutte, « Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde : een overzicht van bronnen en instrumenten », *op. cit.*, pp. 30-45.

(1492) D. Ribes, « Existe-t-il un droit à la norme ? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », *op. cit.*, p. 241.

(1493) C'est dans ce sens que l'on s'accorde, avec Günter Maes et Aurélien Vandeburie, à reconnaître à l'ensemble des dispositions constitutionnelles un « effet direct » – dans le sens d'obligation d'agir – dans l'ordre juridique belge. G. Maes, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, pp. 439 et s. ; A. Vandeburie, *L'article 23 de la Constitution. Coquille vide ou boîte au trésor ?*, *op. cit.*, p. 78, n° 70.

(1494) M. Verdussen, « Le droit à un environnement sain dans les Constitutions des États européens », *op. cit.*, pp. 327 et s.

(1495) *Ibid*., pp. 349-350. *Contra* : N. Bernard, « Le droit constitutionnel au logement comme arrière-plan indissociable du droit du bail », *op. cit.*, p. 11 : « Le législateur ne peut demeurer passif: il a l'obligation *morale* sinon de consacrer formellement dans les faits le droit au logement, au moins d'en tenir compte dans les dispositions qu'il prendrait par la suite » (nous soulignons).

(1496) M. Verdussen, S. Depré et T. Bombois, « Les devoirs fondamentaux en droit constitutionnel comparé », *op. cit.*, pp. 271-274 ; N. Bernard, « L'effectivité du droit constitutionnel au logement », *op. cit.*, p. 159.

(1497) M. Verdussen, « Les droits fondamentaux des citoyens dans la Belgique fédérale », *op. cit.*, p. 187. Cette obligation d'intervention est moins claire

disposition rappellent à plusieurs reprises l'obligation de réaliser progressivement les droits créances[1498].

Il reste à trancher la question de la nature de cette obligation d'agir qu'emportent les droits fondamentaux. Marc Verdussen considère que les droits fondamentaux emportent une *obligation juridique* pour les différents législateurs à agir, leur conférant une « dimension objective »[1499]. Dans cet esprit, les différents législateurs se voient imposer une obligation de moyen ou de résultat. La Cour constitutionnelle de Belgique ne s'est pas encore prononcée sur la question en matière de droit à l'épanouissement culturel, mais les travaux préparatoires abondent en indications de l'existence d'une dimension objective du droit à la culture. Ainsi, le Constituant estime que « [l]a réalisation de cet objectif commande principalement aux pouvoirs publics d'abaisser nombre de seuils encore trop élevés et de veiller à instaurer un climat de tolérance culturelle dans toutes les couches de la population ». En ce qui concerne les plus défavorisés, le Constituant estime que « les activités culturelles doivent rester financièrement à la portée des moins favorisés d'entre nous »[1500]. L'État, érigé en débiteur culturel, doit mener une politique afin de permettre la participation de tous à la culture[1501].

---

pour les droits civils et politiques, mais il faut sans doute considérer que cette dimension objective (intervention en vue de garantir les droits) est inhérente aux droits de l'homme en général.

(1498) Rapport Stroobant, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1993-1994, n° 100/2 et 4°, pp. 85-87. Voy. aussi Révision du titre II de la Constitution par l'insertion d'un article 24*bis* relatif aux droits économiques et sociaux, développements, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1991-1992, n° 100-2/3°, pp. 13 et s.

(1499) M. Verdussen, « Le droit à un environnement sain dans les Constitutions des États européens », *op. cit.*, pp. 349-350. Comp. avec : N. Bernard, « Le droit constitutionnel au logement comme arrière-plan indissociable du droit du bail », *op. cit.*, p. 11: « Le législateur ne peut demeurer passif: il a l'obligation *morale* sinon de consacrer formellement dans les faits le droit au logement, au moins d'en tenir compte dans les dispositions qu'il prendrait par la suite » (nous soulignons).

(1500) Développements, Texte proposé par M. Stroobant et consorts, Révision du titre II de la Constitution en vue d'y insérer un article 24*bis* relatif aux droits économiques et sociaux, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, n° 100-2/1°, 15 janvier 1992, p. 10 ; Développements, Texte proposé par MM. Stroobant, Taminiaux et consorts, Révision du titre II de la Constitution en vue d'y insérer un article 24*bis* relatif aux droits économiques et sociaux, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, n° 100-2/3°, 9 juin 1993, p. 20.

(1501) S.-P. De Coster, « La mise en œuvre des droits culturels par les pouvoirs locaux : l'exemple de l'audiovisuel », *op. cit.*, p. 120.

493. Si l'on admet que les législateurs ont une telle obligation, il reste à déterminer quelle pourrait être la sanction de l'inaction des pouvoirs publics dans ce domaine. Répondre à cette question revient à se pencher sur la problématique de la responsabilité du législateur pour une abstention et à se demander si une telle abstention peut éventuellement être sanctionnée par une action en responsabilité pour carence(1502). Cette possibilité d'introduire une action en responsabilité pour carence législative a été reconnue, à certaines conditions, dans un arrêt du 28 septembre 2006 de la Cour de cassation(1503). Ainsi, une action en responsabilité pour carence dans la protection et la réalisation du droit à la culture n'est pas exclue lorsqu'est en jeu une norme imposant au pouvoir législatif des obligations claires et précises, même s'il faut se garder de généraliser le propos de la Cour de cassation rendu dans une affaire très particulière(1504). Il n'empêche, retenons que l'obligation juridique de consacrer le droit à la culture pourrait éventuellement être sanctionnée par une action en responsabilité pour carence(1505).

494. Dans la mise en œuvre de cette dimension objective, chaque législateur devra veiller au respect des principes d'égalité et de non-discrimination. En effet, les particuliers ont droit à ce que le législateur leur reconnaisse des droits économiques, sociaux et culturels

(1502) M. Leroy, « Une arme nouvelle contre l'inertie du pouvoir : le recours contre la carence réglementaire », *A.P.T.*, 1986, pp. 80-90 ; D. Ribes, « Existe-t-il un droit à la norme ? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », *op. cit.*, pp. 237-274 ; J. Van Compernolle et M. Verdussen, « La responsabilité du législateur dans l'arriéré judiciaire », *J.T.*, 2007, n° 6270, pp. 433-439 ; M. Mahieu et S. van Drooghenbroeck, « La responsabilité de l'État législateur », *J.T.*, 1998, pp. 825 et s. ; R. Ergec, « La responsabilité du fait de la carence législative », in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 287.

(1503) Cass. (1re ch.), 28 septembre 2006, *J.T.*, 2006, p. 595 : « [s]aisi d'une demande tendant à la réparation d'un dommage causé par une atteinte fautive à un droit consacré par une norme supérieure imposant une obligation à l'État, un tribunal de l'ordre judiciaire a le pouvoir de contrôler si le pouvoir législatif a légiféré de manière suffisante et adéquate pour permettre à l'État de respecter cette obligation, lors même que la norme qui la prescrit laisse au législateur un pouvoir d'appréciation quant aux moyens à mettre en œuvre pour en assurer le respect ».

(1504) Pour des réflexions théoriques sur l'existence d'un « droit à la norme » qui découlerait du texte constitutionnel, voy. D. Ribes, « Existe-t-il un droit à la norme ? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », *op. cit.*, pp. 237-274.

(1505) Voy. *supra*, note 1401.

de manière égale. Lorsque l'omission de la garantie du droit à l'épanouissement culturel ne concerne qu'une catégorie de personnes, une censure est possible[1506].

495. Le droit à la culture revêt, comme les autres droits fondamentaux, une dimension objective évidente. Cette obligation s'accompagne d'une multitude d'obligations précises que l'on va détailler *infra*. Il reste maintenant à découvrir l'ensemble des obligations concrètes que ce droit impose aux pouvoirs publics.

§2. *Du dépassement de la classification en générations de droits à l'élaboration d'un régime commun à tous les droits*

496. Dans ce paragraphe, on étudie comment le droit international, après avoir dépassé la division des droits de l'homme en générations de droits, a élaboré un régime juridique unique pour l'ensemble des droits fondamentaux (A). La reconnaissance d'obligations positives et négatives pour l'ensemble des droits fondamentaux (B) a participé à refonder le régime juridique des obligations découlant des droits fondamentaux pour l'État autour d'une classification tripartite attachant aux droits fondamentaux des obligations de respecter, protéger et réaliser (C).

A. **Le dépassement de la distinction entre générations de droit**

497. Les droits économiques, sociaux et culturels ont pendant longtemps été clairement distingués des droits civils et politiques. Cette distinction, considérée comme « intrinsèque »[1507], est incarnée dans des instruments juridiques spécifiques à chaque génération de droits[1508].

(1506) R. Ergec, « Introduction générale », in *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, *op. cit.*, pp. 1-18.

(1507) M. Bossuyt, « La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels », *Human Rights Law Journal*, 1975, Vol. 8, n° 4, 1975, pp. 812-813.

(1508) Voy., sur la distinction entre les droits, l'article de Karel Vasak « Les différentes typologies des droits de l'homme », in *Classer les droits de l'homme*, E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2004.

Voy. deux articles qui ont marqué la doctrine relative à la distinction entre les droits de l'homme selon leur objet : M. Bossuyt, « La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels », *op. cit.*, pp. 783-820 ; E. W. Vierdag, « The legal nature of the

Le droit international a connu d'intenses développements pour appréhender sur de nouvelles bases l'ensemble des droits fondamentaux et dans le but de dépasser la différence de nature alléguée entre générations de droits(1509). Cette distinction a ainsi été relativisée, puis dépassée.

D'abord, un ensemble d'instruments mêlant les deux catégories de droits ont été rédigés et ratifiés(1510). Ensuite, l'incohérence des critères utilisés pour distinguer les générations de droits a conduit à nuancer, puis à rendre caduque, la distinction originelle entre droits économiques, sociaux et culturels et droits civils et politiques. En effet, l'on reconnaît désormais la déliquescence des distinctions utilisées autrefois par une partie de la doctrine(1511) pour fonder la division des droits entre la première et la deuxième génération, même si une minorité d'auteurs continue d'en revendiquer la validité(1512). Ainsi, de nombreuses études ont prouvé le

rights granted by the International Covenant on economic, social and culturel rights », *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 9, 1978, pp. 69-105.

(1509) Voy. M. Bidault, *La protection internationale des droits culturels*, *op. cit.*, p. 114 ; A. A. An Na'Im, « To Affirm the Full Human Rights Standing of Economic, Social and Cultural Rights », in *Economic, Social and Cultural Rights in Practice*, Y. Ghai et J. Cottrell (dir.), London, Interrights, 2004, pp. 7-16 ; M. A. Baderin et R. McCorquodale, « The international Covenant on Economic, Social and Cultural Rights : Forty years of Development », in *Economic, Social and Cultural Rights in Action*, M. A. Baderin et R. McCorquodale (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 3-24.

(1510) Comme par exemple les instruments de protection des minorités. Voy. M. Bidault, *La protection internationale des droits culturels*, *op. cit.*, p. 108.

(1511) Voy., par exemple, M. Bossuyt, « La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels », *op. cit.* ; E. W. Vierdag, « The legal nature of the rights granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *op. cit.*

(1512) Voy., par exemple, la position de la délégation des États-Unis sur le Protocole facultatif au Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels visant à réformer le système de plainte devant le Comité lors de l'adoption par la Commission d'une résolution à ce sujet (Commission des droits de l'homme, Résolution 2001/30, 20 avril 2001, E/CN.4/RES/2001/3), Un Press Release, 5 juin 2001, cité dans M. Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *op. cit.*, p. 122.

Voy., pour un exemple de texte doctrinal dans ce sens, M. J. Dennis et D. P. Stewart, « Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should There Be an International Complaints Mechanism to adjudicate the right to food water, housing and health », *The American Journal of International Law*, juillet 2004, Vol. 98, n° 3, pp. 462-515. La conclusion est sans appel : « The rights and obligations contained in the ICESCR were never intended to be susceptible to judicial or quasi-judicial determination. The negotiators

caractère non-opérationnel[1513] de la distinction entre droits économiques, sociaux et culturels, réputés emporter des obligations vagues, positives, progressives et impliquant un coût pour les pouvoirs publics, et droits civils et politiques, qui imposeraient des obligations précises, négatives, immédiates et n'entraîneraient pas de coût particulier[1514]. Tous les droits, qu'ils soient civils, politiques,

---

and drafters of the Universal Declaration and the two Covenants well understood the differences between economic, social, and cultural rights, on the one hand, and civil and political rights, on the other. Those differences have not disappeared » (p. 515).

(1513) Voy., sur le caractère non-opérationnel de la distinction entre droits économiques, sociaux et culturels et droits civils et politiques sur la base de la distinction entre obligations négatives et positives, G. J. H. VAN HOOF, « The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights : a Rebuttal of Some Traditional Views », in *The Right to Food*, P. ALSTON et K. TOMAŠEVSKI (dir.), The Hague, SIM-Martinus Nijhoff, 1984, pp. 97-110, cité dans M. SEPÚLVEDA, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *op. cit.* ; B. STAMMERS, « A Critique of Social Approaches to Human Rights », *H. R. Q.*, 1995, Vol. 17, n° 3, pp. 488-508. S'il est impossible d'assimiler obligations négatives et obligations positives respectivement aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels, force est cependant de constater que la distinction entre obligations négatives et positives garde, elle, sa pertinence, qu'elle s'applique à un droit de la première ou de la deuxième génération. En effet, pour un certain nombre de raisons, il reste pertinent de distinguer les deux types d'obligations. Voy. I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, pp. 247-255, n^os^ 212-218.

(1514) Ces distinctions entre obligations ont été analysées par divers auteurs, entre autres. G. J. H. VAN HOOF, « The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights : a Rebuttal of Some Traditional Views », *op. cit.* ; C. SCOTT, « The interdependence and permeability of human rights norms : towards a partial fusion of the International Covenants on Human Rights », *Osgoode Hall Law Journal*, 1989, Vol. 27, pp. 791 et s. ; M. NOWAK, « The effectiveness of the International Covenant on Civil and Political Rights : stocktaking after the first eleven sessions of the Human Rights Committee », *H.R.L.J.*, Vol. I, n° 1-4, 1980, pp. 136 et s. ; K. O'REGAN, « Introducing socio-economic rights », *E.S.R. Review*, Vol. I, n° 4, 1999, pp. 71-72 ; M. SEPÚLVEDA, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *op. cit.*, p. 115 ; O. DE SCHUTTER, « L'interdépendance des droits et l'interaction des systèmes de protection: les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux », *Dr. Q. M.*, 2000, liv. 28-29, pp. 3-28 ; F. SUDRE, « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 1995, pp. 363-384 ; I. HACHEZ, « Le principe de *standstill :* le pari des droits économiques, sociaux et culturels ? », *A.P.T.*, 2000, n° 1, pp. 30-57 ; F. TULKENS, « Les droits sociaux dans la jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in *Les droits sociaux ou La démolition de quelques poncifs*, C. GREWE (dir.), Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2003, pp. 117-143.

économiques, sociaux et culturels, emportent une variété d'obligations positives et négatives[1515], à la fois immédiates et progressives, précises et vagues[1516].

498. S'il n'existe pas de différence de nature entre les obligations dérivées des droits de la première et de la deuxième génération[1517], force est de constater, par contre, que les mécanismes de contrôle ont présenté jusqu'il y a peu des différences fondamentales au niveau de leur effectivité[1518]. L'adoption le 10 décembre 2008 du Protocole additionnel ouvrant le Comité des droits économiques, sociaux et culturels aux recours individuels (non encore en vigueur)[1519] a rétabli l'égalité dans le traitement juridictionnel des violations des droits humains au sein des Nations Unies[1520]. Cependant, force est de constater que l'intensité du contrôle du respect

(1515) Un consensus semble établi sur cette question. Voy. Déclaration de Vienne et Programme d'action ; Conférence Mondiale sur les droits humains, 1993, A/Conf.157/23, § 5 ; E. V. O. Dankwa et C. Flinterman, « Commentary by the Rapporteurs on the Nature and Scope of States Parties' Obligations », *H. R. Q.*, 1987, Vol. 9, n° 2, pp. 136-146 ; V. Dankwa, « Commentary to the Maastricht Guidelines on Violations on Economic, Social and Cultural Rights », *H. R. Q.*, 1998, n° 20, pp. 705-730.

(1516) Ainsi, un double mouvement a contribué au rapprochement entre les deux catégories de droits : une mise en valeur des « éléments de flexibilité » des droits civils et politiques, et un encadrement des obligations plus souples découlant des droits économiques, sociaux et culturels. (M. Bidault, *La protection internationale des droits culturels*, *op. cit.*, p. 115).

(1517) M. Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *op. cit.*, pp. 155-157.

(1518) Voy., sur la nécessité de mettre en place des mécanismes de protection des droits économiques sociaux et culturels afin qu'ils recouvrent toute leur justiciabilité, M. Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights : A Perspective on Its Development*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 102. Voy., sur les défis que posent les droits économiques, sociaux et culturels, A. Eide et A. Rosas, « Economic, Social and Cultural Rights : A Universal Challenge », in *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, *op. cit.*, pp. 15-19.

(1519) Même si trente-cinq États ont déjà signé ce Protocole, il n'y a, à ce jour, que trois États parties au Protocole. Or, l'article 18 du Protocole facultatif dispose que ce Protocole « entrera en vigueur trois mois après la date de dépôt auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies du dixième instrument de ratification ou d'adhésion ».

(1520) Voy. le Protocole facultatif au Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels qui ouvre la possibilité pour des réclamations individuelles devant le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, New York, 10 décembre 2008).

des droits économiques, sociaux et culturels reste toujours moindre que celle des droits civils et politiques, malgré les efforts de la doctrine(1521).

B. La reconnaissance d'obligations positives et négatives pour tous les droits

499. Dès lors que l'on abandonne la distinction entre générations de droits, l'on peut reconnaître que les obligations positives et négatives ne sont pas l'apanage respectivement des droits économiques, sociaux et culturels et des droits civils et politiques et que, par conséquent, tous les droits de l'homme emportent des obligations positives et négatives, de faire, de donner et de ne pas faire(1522). Tous les droits fondamentaux impliquent des effets immédiats et également des obligations positives qui traduisent l'idée de

Voy., sur ce sujet, les études le précédant : K. Arambulo, *Strengthening the Supervision of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights : Theoretical and Procedural Aspects*, Antwerp, Intersentia, 1999 ; P. Alston, *Establishing a right to petition under the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Vol. IV, livre 2, Florence, Collected Courses of the Academy of European Law : The Protection of Human Rights in Europe, European University Institute, p. 115 ; W. Vandenhole, « Completing the UN Complaint Mechanisms for Human Rights Violations Step by Step : Towards a Complaints Procedure Complementing the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 21, n° 3, 2003, pp. 423-462.

Voy. les études sur le projet et sur le protocole : O. De Schutter, « Le protocole facultatif au pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », *R.B.D.I.*, 2006, liv. 1, pp. 7-56 ; G. Malinverni, « Le projet de protocole additionnel au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », in *Les droits sociaux ou La démolition de quelques poncifs*, *op. cit.*, pp. 95-115 ; B. Wilson, « Quelques réflexions sur l'adoption du protocole facultatif se rapportant au pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies », *Rev. trim. dr. h.*, 2009, liv. 78, pp. 295-317.

(1521) Voy. notamment A. R. Chapman, « The Status of Efforts to Monitor Economic, Social, and Cultural Rights », in *Economic Rights. Conceptual, Measurement, and Policy Issues*, S. Hertel et L. Minkler (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 143-163 ; A. R. Chapman, « A 'Violations Approach' for Monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *H. R. Q.*, 1996, pp. 23-66 ; J-P. Costa, « Vers une protection juridictionnelle des droits économiques et sociaux en Europe ? », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 141-154.

(1522) Voy., pour un des premiers écrits en ce sens, P. Alston et G. Quinn, « The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International

progrès, de réalisation progressive, inhérente à tous les droits de l'homme[1523].

500. Au niveau formel, la source précise du rattachement des obligations positives diffère selon que les droits sont formellement consacrés dans des instruments relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels ou aux instruments relatifs aux droits civils et politiques.

Pour les éléments du droit à la culture qui sont formellement rattachés aux droits économiques, sociaux et culturels, l'identification des obligations positives est facilitée, au niveau international, par la formulation explicite de l'article 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et par l'action du Comité des droits économiques, sociaux et culturels. En droit constitutionnel, l'identification de ces obligations est plus compliquée. Le fondement des obligations positives réside, selon la doctrine, dans l'article 23, alinéa 2, qui, en établissant que « les législateurs compétents garantissent » les droits fondamentaux en tenant compte des obligations correspondantes, consacre à la fois les obligations de protéger et de réaliser[1524]. Sur le plan constitutionnel, on retrouve aussi l'idée de progressivité des obligations positives découlant des droits économiques, sociaux et culturels dans la conception objective des droits fondamentaux qui veut que la consécration constitutionnelle du droit de participer à la vie culturelle implique par elle-même l'obligation pour le législateur compétent de tout mettre en œuvre en faveur de la protection effective de ce droit[1525].

Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *H. R. Q.*, 1987, n° 9, pp. 156-229.

(1523) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux. Une irréversibilité relative*, *op. cit.*, pp. 225-236, nos 190-203 ; pp. 237-246, nos 402-411.

(1524) *Ibid.*, p. 222, n° 187.

L'article 23 de la Constitution est clair sur ce point : le législateur a une obligation de garantie des droits économiques, sociaux et culturels : voy. M. Verdussen, « Les droits fondamentaux des citoyens dans la Belgique fédérale », *Revista catalana de dret públic*, 2005, n° 31, p. 187. Cette obligation d'intervention est moins claire pour les droits civils et politiques mais il faut sans doute considérer que cette dimension objective (intervention en vue de garantir les droits) est inhérente aux droits de l'homme en général. La formulation des articles les plus récents du titre II de la Constitution confirme d'ailleurs l'inhérence de cette dimension objective à l'ensemble des droits fondamentaux.

(1525) Voy. la partie consacrée à la dimension objective du droit à la culture.

Pour l'identification des obligations positives découlant des éléments du droit à la culture rattachés aux droits civils et politiques, plusieurs fondements peuvent être identifiés. D'abord, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques envisage à plusieurs reprises des obligations positives(1526). Ensuite, le Comité a établi l'existence de nombreuses obligations positives, notamment en matière de liberté d'expression. Dès 1987, les auteurs qui cherchaient à établir une typologie des effets des droits économiques, sociaux et culturels, ont reconnu l'existence d'obligations positives pour les droits civils et politiques(1527). De manière générale, la reconnaissance des obligations positives rattachées aux éléments du droit à la culture liés aux droits civils et politiques est désormais largement consacrée dans la jurisprudence(1528).

501. Traditionnellement, les obligations négatives et positives sont distinguées au point de vue de leurs effets. Les obligations négatives sont réputées avoir un effet immédiat tandis que les obligations positives, au plan international, sont supposées suivre le régime de l'article 2 du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels et n'avoir qu'un effet progressif. Toutefois, certaines obligations positives sont d'application immédiate et ne suivent pas le régime élaboré à l'article 2 du Pidesc. Les États ont ainsi l'obligation immédiate de consacrer le « core content » ou noyau dur des droits fondamentaux(1529). Par ailleurs, deux obligations structurelles et procédurales s'imposeraient immédiatement à eux : d'abord, l'obligation de mettre

(1526) Voy. notamment art. 2 et art. 40.1. du Pacte, relatifs respectivement à l'obligation des États à l'égard des droits proclamés et aux rapports que les États doivent formuler sur les progrès réalisés par rapport aux droits.

(1527) P. Alston et G. Quinn, « The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *op. cit.*, p. 172.

(1528) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux. Une irréversibilité relative*, *op. cit.*, n^{os} 188-203, pp. 222-237.

(1529) Observation générale, 1990, §§ 10 et 11 ; Principes de Limbourg, n° 25, 1987 ; Commission des droits de l'homme, RES 1993/14 sur les droits économiques, sociaux et culturels. Voy., sur le noyau dur du droit à l'éducation, F. Coomans, « Justiciability of the Right to Education », *Erasmus Law Review,* 2009, Vol. 2, n° 4, pp. 427-443 ; F. Coomans, « In Search of the Core Content of the Right to Education », in *Core Obligations : Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, *op. cit.*, pp. 217-246.

en œuvre, au maximum des ressources disponibles, la réalisation progressive des droits, non seulement par des mesures législatives, mais aussi administratives, financières, sociales, d'éducation et judiciaires(1530) ; ensuite, l'obligation d'élaborer des recours légaux effectifs en cas de violation et des mécanismes de participation de tous permettant de mettre immédiatement en œuvre des mesures pour prévenir les discriminations(1531). Certaines conclusions et observations générales peuvent venir préciser cette portée notamment sur les obligations immédiates de protéger la culture des minorités(1532).

502. La distinction entre les obligations, selon qu'elles sont positives ou négatives, est aujourd'hui critiquée. Cette critique recoupe celle de la distinction entre obligations immédiates et progressives. Ainsi, certains auteurs nuancent ces distinctions en relativisant la différence entre obligations immédiates et progressives et en envisageant l'ensemble des droits de manière plus dynamique, comme un processus récursif et variable, dépendant de l'existence de multiples facteurs, quels que soient les droits en cause. Pour Olivier De Schutter par exemple, la distinction est factice puisque les mêmes obligations peuvent être qualifiées de négatives et de positives selon l'ordre juridique donné et que la distinction entre ces deux types d'obligations est forcément relative et dépend d'un contexte juridique particulier(1533).

503. Dans le cadre de cette thèse, nous utiliserons la distinction entre obligations négatives et positives pour expliquer certains phénomènes tout en considérant que cette distinction doit être nuancée et que, pour certaines obligations, il reste impossible *in abstracto* de les qualifier de négatives ou positives(1534). C'est pourquoi nous nous

(1530) Observation générale n° 3, §§ 2, 5, 9.

(1531) M. Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *op. cit.*

(1532) Voy. notamment Concluding Observations Zimbabwe, E/C.12/1997/10, § 79. Le caractère immédiat de l'obligation semble s'expliquer notamment par le lien qu'elle entretient avec l'article 27 du Pacte international sur les droits civils et politiques, qui est d'application immédiate. Voy., sur cette explication, M. Sepúlveda, *ibid.*, p. 181 et note 99.

(1533) O. De Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 142 et s. ; pp. 366 et s.

(1534) *Ibid.*, p. 142.

concentrerons sur la distinction entre obligations de respecter, de protéger et de réaliser[1535].

C. **Les obligations de respecter, protéger et réaliser**

504. L'appréhension de l'ensemble des droits fondamentaux et des obligations des États sur la base des obligations de respecter, de protéger et de réaliser a été développée concurremment aux réflexions sur la nécessité de dépasser la distinction entre droits économiques, sociaux et culturels et droits civils et politiques. En « dépolitisant le débat par un retour à la lettre des textes et à l'exigence d'effectivité des droits », cette nouvelle grille de lecture permet d'élargir le spectre des droits de l'homme et, par-là, de relier des aspects des approches libérales, communautariennes, socialistes ou perfectionnistes décrites dans la première partie et consacrées dans la plupart des instruments de protection des droits de l'homme[1536].

Cette typologie des obligations des États découlant des droits fondamentaux n'a pas seulement été développée dans le cadre onusien[1537], elle a également été appréhendée par certaines instances régionales, comme la Cour européenne des droits de l'homme[1538]. Cette approche est désormais partiellement intégrée dans les cadres

(1535) Pour les mêmes raisons, dans la troisième partie, l'on n'étudiera pas l'effectivité du droit à la culture en distinguant systématiquement entre obligations positives et négatives mais on se concentrera *in concreto* sur un ensemble d'effets qu'emportent les obligations découlant du droit à la culture.

(1536) M. Bidault, *La protection internationale des droits culturels*, *op. cit.*, p. 117. Selon Mylène Bidault, cette relation entre approches libérales, socialistes, perfectionnistes et communautariennes a été concrétisée dans une approche plus favorable au concept de liberté réelle, dans un encadrement de la liberté des États dans le choix des moyens, dans une obligation de porter une attention soutenue aux groupes marginalisés ou vulnérables. Plus fondamentalement, une redéfinition du principe de neutralité s'est opérée à travers la formulation de l'obligation pour l'État d'intervenir. Certains éléments relatifs à l'identité culturelle sont désormais pris en compte par le droit des droits de l'homme qui s'est ainsi départi d'une neutralité stricte par rapport aux éléments identitaires.

(1537) Voy. General Comment n^{os} 12, 13, 14.

(1538) H. Dumont et I. Hachez, « Les obligations positives déduites du droit international des droits de l'homme : dans quelles limites ? », in *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost, M. van de Kerchove et S. van Drooghenbroeck (dir.), Bruxelles, Bruylant-Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, pp. 45 et s.

régionaux. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme a établi, à côté des obligations de respecter, des obligations d'action qui sont distinguées selon qu'elles sont procédurales ou substantielles(1539).

505. Développée pour la première fois dans les années quatre-vingts, l'approche tripartite a considérablement évolué au niveau onusien depuis l'obligation tripartite de Shue de respecter (*duties to avoid*), de protéger (*duties to protect from deprivation*) et d'aider ceux qui sont victimes d'une atteinte à leurs droits (*duties to aid the deprived*)(1540). En 1987, ces trois obligations sont reformulées par Asbjørn Eide de manière plus précise (*obligations to respect, protect and fulfil*)(1541), et à partir de 2000, cet auteur leur en adjoint une quatrième, l'obligation de faciliter (*facilitate*).

Ces évolutions doctrinales ont été consolidées quand le Comité, dans son Observation générale n° 12, a distingué trois grands niveaux d'obligations de respecter, de protéger et de réaliser (cette dernière obligation est déclinée en une obligation de faciliter et une obligation de promouvoir(1542)). Afin de clarifier la portée de

(1539) Voy. notamment, sur la distinction entre obligations de respecter et obligations d'action, Cour eur. D.H., arrêt *Assanidzé c. Géorgie* du 8 avril 2004.

Voy. notamment, sur la distinction entre obligations d'action procédurale et substantielles, Cour eur. D.H. (G.C.), arrêt O*neryıldız c. Turquie* du 30 novembre 2004, §§ 97 et s.

Voy., sur l'obligation de protéger, Cour eur. D.H., arrêt *Farbuths c. Lettonie* du 2 décembre 2004 ; Cour eur. D.H., arrêt *Costello-Roberts c. Royaume-Uni* du 23 février 1993.

(1540) H. Shue, *Basic Rights : subsistence, affluence and U.S. Foreign Policy*, 2nd éd., Princeton, Princeton University Press, 1996, p. 52, cité dans M. Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *op. cit.*, pp. 157-160.

(1541) Voy. Commission des droits de l'homme, Sub commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 39e session, *Report on the right to adequate food as a human right*, submitted by Mr. Asbjörn Eide, Special Rapporteur, E/CN.4/Sub.2/1987/23, 7 juillet 1987 ; A. Eide, « Realisation of social and economic rights – The minimum threshold approach », *Human Rights Law Journal*, 1989, Vol. 10, pp. 35-50.

(1542) Ces deux dernières obligations correspondent aux troisième et quatrième obligations détaillées par A. Eide. Voy. M. Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *op. cit.*, p. 162. L'obligation de « promote » a été développée plus tardivement (G. J. H. van Hoof, « The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights : a Rebuttal of Some Traditional Views », *op. cit.*, pp. 106-108, cité dans M. Sepúlveda, *ibid*., p. 163). Voy. aussi, sur la théorie des obligations,

ces obligations, Philip Alston et Henry James Steiner ont proposé une nouvelle classification des obligations. La première obligation renvoie à l'obligation de « respect the rights of others », la deuxième à celle de « create institutional machinery essential to the realisation of rights », la troisième à celle de « protect right/prevent violation », la quatrième à celle de « provide goods and services to satisfy rights » et enfin la cinquième à celle de « promote rights »[(1543)].

Dans le cadre de cette thèse, l'idée est de préciser le plus possible l'arsenal des obligations qui existent pour l'État en vertu du droit à la culture, en droit international des droits de l'homme et en droit constitutionnel belge. Privilégiant une approche pédagogique de la présentation des obligations déduites du droit à la culture, l'on partira de la présentation tripartite du Comité, tout en mettant en valeur les obligations précises et indépendantes dégagées par Steiner et Alston (l'obligation de créer un cadre institutionnel adéquat au développement du droit, l'obligation de fournir des biens et des services et l'obligation de promouvoir le droit).

§3. *La typologie des obligations découlant du droit à la culture*

506. L'identification des obligations de l'État suivant la distinction entre obligations de respecter, protéger et réaliser permet de préciser les obligations qu'impliquent les prérogatives reconnues par les droits découlant du droit à la culture.

---

les autres contributions de l'ouvrage *The Right to Food,* spécialement celles de K. Tomaševski, « Human Rights Indicators : The Right to Food as a Test Case », in *The Right to Food*, *op. cit.*, pp. 135-167 et de P. Alston, « International Law and the Human Right to Food », in *The Right to Food*, *op. cit.*, pp. 9-68.

(1543) H. J. Steiner et P. Alston, *International human rights in context : law, politics, morals : text and materials*, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 180-185. En raison de ces évolutions, certains considèrent que le maintien du caractère « tripartite » des obligations se fait au prix d'un rattachement un peu artificiel à l'obligation de « *fulfil* » des obligations développées par Alston et Steiner. Magdalena Sepúlveda recommande ainsi un abandon de la répartition en trois catégories d'obligations afin de mieux assumer les éléments de l'obligation de *fulfil* et les éléments institutionnels (M. Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *op. cit.*, pp. 208-209).

L'identification des obligations vaut à la fois sur le plan national et international. Par contre, en ce qui concerne l'appréhension de la portée de ces obligations, qui détermine les mécanismes de garantie qui les protègent, la validité de la recherche se limite au contexte belge. Même si, globalement, on retient que les obligations de respecter sont des obligations négatives et les obligations de protéger et de réaliser des obligations positives, nous ne qualifierons pas *a priori* toutes les obligations de respecter en obligations négatives et toutes les obligations de protéger et de réaliser en obligations positives, ayant conscience des limites de la distinction entre obligations positives et négatives (voy. *supra*). Cette qualification sera uniquement opérée dans le contexte belge. Ces précautions sont particulièrement importantes pour les obligations d'adapter ou d'adopter un cadre normatif déterminé, à partir desquelles s'est développé l'argument de la réversibilité des obligations positives et négatives(1544). Quant aux zones d'ombres, on suivra la proposition d'Isabelle Hachez de situer sur le terrain le plus favorable l'obligation qui semble échapper à une distinction claire entre obligations négatives et positives(1545).

507. L'identification des obligations découlant du droit à la culture n'est pas aisée. Plusieurs obstacles peuvent être dénombrés.

D'abord, la volonté des rédacteurs des pactes de conserver une marge de manœuvre pour les États en matière de droits économiques, sociaux et culturels a créé un certain flou autour des obligations de l'État découlant du Pidesc. De même, le caractère flexible des obligations retenues à charge de l'État en matière de droits économiques, sociaux et culturels s'explique par la difficulté, parfois bien réelle, de formuler en termes juridiques des obligations pour l'État(1546). Ces difficultés se combinent avec le caractère vague du contenu des droits culturels et « l'ensemble des facteurs nécessaires à leur mise en œuvre »(1547).

(1544) O. De Schutter, *Fonction de juger, op. cit.*, p. 142 ; I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative, op. cit.*, pp. 251-252, n° 216.

(1545) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative, op. cit.*, pp. 252-253, n° 216-217.

(1546) M. Bidault, *La protection internationale des droits culturels*, *op. cit.*, p. 102.

(1547) *Ibid.*, p. 102.

Ensuite, alors qu'il existe un consensus relativement large sur les obligations négatives dérivées du droit à la culture, les obligations positives continuent de diviser[1548]. Ces complications s'expliquent en partie par la spécificité des politiques culturelles. Comment déterminer la validité d'obligations établies en droit international alors que les politiques culturelles sont tellement ancrées dans des contextes nationaux, régionaux ou communautaires si variés ? Comment trouver un dénominateur commun, un socle d'obligations, alors que certains pays vont très loin dans l'élaboration de leurs politiques culturelles et que d'autres n'en sont qu'aux balbutiements ?

508. Pour répondre à ces questions de la manière la plus neutre possible, la méthode suivie a été de croiser les prérogatives qu'emporte le droit à la culture (que l'on a identifiées dans le deuxième chapitre de cette section) avec le régime général des obligations découlant pour l'État des droits fondamentaux. Nous envisagerons donc d'abord l'obligation de respecter (A) puis l'obligation de protéger (B) et enfin l'obligation de réaliser (C)[1549].

A. **L'obligation de respecter le droit à la culture**

509. L'obligation de respecter regroupe un ensemble d'obligations « classiques » qui revêtent pour la plupart un effet direct et immédiat et sont souvent qualifiées d'obligations « négatives », parce qu'elles imposent un ensemble d'interdictions. L'obligation de respecter se définit ainsi comme l'interdiction faite à l'État d'agir d'une manière « that violates the integrity of the individual or infringes on his or her freedom, including the freedom to use the material resources available to that individual in the way he or she finds best to satisfy the basic needs »[1550].

(1548) Y. Donders, « The Legal Framework of the Right to Take Part in Cultural Life », *op. cit.*, p. 237.

(1549) Si de nombreuses références sont liées à la pratique des Comités des Nations Unies et à l'application des instruments onusiens de défense des droits de l'homme, c'est parce que c'est dans le cadre des Nations Unies qu'ont particulièrement été développées les obligations découlant des droits fondamentaux et du droit à la culture.

(1550) A. Eide, *Final Report of the Special Rapporteur on the Right to Food*, E/CN.4/Sub.2/1987/23, § 67.

510. Cette obligation impose à l'État de s'abstenir de toute ingérence directe ou indirecte[1551] et de toute forme de discrimination dans la mise en œuvre du droit à la culture[1552]. Elle interdit également à l'État d'adopter des lois ou mettre en œuvre des politiques qui seraient manifestement incompatibles avec la réalisation du droit à la culture. Elle exclut l'abrogation par l'État de mesures visant à réaliser les droits fondamentaux[1553]. Considérée hors des frontières de l'État, l'obligation de respecter implique l'interdiction de l'État de s'ingérer dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels dans d'autres pays[1554]. Cette obligation de respecter doit être prise en compte lorsque l'État conclut des accords internationaux[1555].

511. On retiendra de manière générale que les obligations de respecter qu'emporte le droit à la culture sont des obligations négatives. Lorsque ces obligations présentent les caractéristiques d'obligations positives, on le signalera dans le cours de l'analyse.

512. L'obligation de respecter n'est pas absolue. Ainsi, l'État peut, dans certains cas, limiter l'exercice du droit à la culture si l'ingérence est proportionnée à un but légitime[1556]. L'article 4 du Pidesc dispose en effet que l'État « ne peut soumettre ces droits qu'aux seules limitations établies par la loi, dans la mesure compatible avec la nature de ces droits et exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique »[1557].

Force est de constater que, par rapport aux garanties posées en faveur des droits civils et politiques, les garanties posées dans le cas

(1551) H. Dumont et I. Hachez, « Les obligations positives déduites du droit international des droits de l'homme : dans quelles limites ? », *op. cit.*, p. 52.

(1552) M. Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *op. cit.*, p. 197.

(1553) Observation générale n° 12, § 15 ; Observation générale n° 13, § 46, Observation générale n° 14, §§ 34-37 ; M. Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *op. cit.*, p. 197.

(1554) *Ibid*. p. 200.

(1555) Observation générale n° 14, § 49.

(1556) S.-P. De Coster, « La mise en œuvre des droits culturels par les pouvoirs locaux : l'exemple de l'audiovisuel », *op. cit.*, p. 120 ; P. Orianne, « Mythe ou réalité des droits économiques, sociaux et culturels », *op. cit.* ; R. Ergec, « Introduction générale », in *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, *op. cit.*, p. 14.

(1557) Art. 4 du Pidesc.

de limitations des droits économiques, sociaux et culturels restent vagues et très diffuses, comme en atteste la formulation de l'article 4 du Pacte. De plus, la « précision moindre dans la désignation des motifs légitimes »[1558] affaiblit encore les garanties posées à l'encontre de limitations au droit de participer à la vie culturelle qui seraient abusives. En outre, alors que le Pidesc prévoit un régime de protection renforcée pour les libertés syndicales, il ne prévoit rien de tel pour les libertés culturelles, qui suivent par conséquent le régime général de l'article 4 du Pidesc[1559]. Ainsi, en l'absence de certitudes quant aux garanties spécifiques entourant les limitations aux droits culturels, il reste difficile d'identifier l'étendue des leurs limitations admissibles.

Toutefois, parce que les libertés culturelles sont également consacrées dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et dans de nombreux autres instruments de protection de ces droits, elles bénéficient d'une protection renforcée grâce à ces instruments. En effet, dans le cas de la liberté artistique par exemple, qui est consacrée à la fois dans les instruments relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels et dans ceux relatifs aux droits civils et politiques, les limitations doivent respecter les conditions posées dans le Pidcp et dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entres autres, et doivent subir le contrôle strict opéré par le Comité et par la Cour.

513. L'analyse des obligations de respecter le droit à la culture se développe au départ de la classification réalisée par Magdalena Sepúlveda. Celle-ci distingue six grandes obligations de respecter. Au-delà des deux premières obligations générales de ne pas toucher aux moyens de subsistance des individus, sur lesquelles nous ne reviendrons pas[1560], nous déclinerons les quatre obligations de

(1558) M. Bidault, *La protection internationale des droits culturels*, *op. cit.*, p. 103.

(1559) *Ibid*.

(1560) Nous ne préciserons pas, dans le cadre de cette thèse, la première obligation établie par Magdalena Sepúlveda qui concerne l'interdiction d'empêcher les individus d'être autonomes sur la base de leur propre travail. Il découle des exemples fournis par Magdalena Sepúlveda (la militarisation de certaines zones ou des « general closures » dans le cas d'Israël) que cette obligation est une obligation générale qui vaut pour tous les droits. À notre estime, parce qu'elle n'implique pas d'obligation spécifique dans le cadre du droit à la culture, un rappel général de cette obligation suffit puisqu'elle emporte la

respecter restantes par rapport aux prérogatives déduites du droit à la culture. Dans une première étape, est étudiée l'interdiction d'entraver ou de porter atteinte, directement ou indirectement, au droit à la culture (1). Dans une deuxième étape, l'interdiction de discriminer dans la réalisation du droit à la culture est précisée (2). La troisième étape envisage l'interdiction d'entraver les mécanismes permettant de réaliser le droit à la culture (3). Enfin, dans une quatrième étape, est analysée l'obligation de ne pas adopter des législations ou des politiques qui vont affecter le droit à la culture (4). Dans ce cadre défini, il s'agit de décliner toutes les prérogatives découlant du droit dans chaque obligation.

1. L'interdiction d'entraver ou de porter atteinte, directement ou indirectement, au droit à la culture

514. L'interdiction d'entraver emporte l'obligation pour les États de ne pas porter atteinte, directement ou indirectement, au droit à la culture. Les États doivent s'abstenir de priver les individus de la jouissance de leurs droits mais aussi, et surtout, de gêner, d'entraver ou de bloquer l'exercice de ce droit par les individus. Ils ne peuvent soumettre l'exercice des droits à des restrictions trop importantes, qu'elles soient d'origine légales, administratives ou de pur fait[1561]. L'État ne peut s'ingérer directement dans l'exercice des droits, il ne peut poser de condition à l'exercice de ces droits, il ne peut pas non plus entraver l'accès aux ressources et moyens nécessaires pour exercer les attributs du droit à la culture. Globalement, il ne peut pas prendre des mesures qui, d'une manière plus indirecte, interfèrent avec la réalisation des droits. Cette obligation se décline pour chaque attribut du droit à la culture.

515. En ce qui concerne la *liberté d'expression en matière culturelle,* cette obligation, qui est dans ce cas à la fois négative et

même obligation pour tous les droits. Il en est de même pour la deuxième grande obligation de respecter que cet auteur établit à charge des États : l'interdiction de priver les individus de leurs moyens de subsistance. Nous ne reviendrons donc plus sur ces deux obligations générales qui valent pour le droit à la culture comme pour les autres droits (M. Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *op. cit.*, pp. 212-222).

(1561) *Ibid.*, p. 213.

positive[1562], impose à l'État de consacrer la liberté artistique[1563] et d'abolir « toute forme de censure éventuelle à l'égard des activités culturelles dans les domaines de l'art et d'autres formes d'expression »[1564]. Il est établi que l'État ne peut poser des entraves à l'accès des individus aux ressources et moyens nécessaires pour exercer leur liberté artistique[1565] ni soumettre l'exercice de ces libertés à des conditions[1566] légales, matérielles, procédurales, physiques, psychologiques, intellectuelles, géographiques, socio-économiques ou linguistiques[1567]. Sont également interdites toutes formes de réglementation des métiers de la liberté artistique et de sa diffusion. Le Comité et la Cour européenne des droits de l'homme sanctionnent les limites posées dans la liberté de création[1568]. La Cour, dans une jurisprudence qui sera analysée dans la troisième partie, interdit toute mesure d'entrave non-proportionnée dans la création, la diffusion et la communication au public des œuvres. Elle considère de manière générale que « [c]eux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensable à une société démocratique. D'où l'obligation, pour l'État, de ne pas empiéter indûment sur leur liberté d'expression »[1569]. Enfin,

(1562) Cette obligation est de nature négative mais également positive. En effet, si l'État a une obligation claire « de ne pas faire » c'est-à-dire de ne pas intervenir dans la liberté artistique, il a également une obligation de respecter de manière spécifique la liberté artistique en reconnaissant ses aspects particuliers dans les régimes de protection instaurés. Cette obligation de reconnaissance est à la fois négative et positive.

(1563) J. Ringelheim, « Some Comments on the Right to take part to cultural life », *op. cit.*, pp. 2-3.

(1564) Observation générale n° 21, *Droit de participer à la vie culturelle, Art. 15, § 1, a, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 43e session, 2-20 novembre 2009, E/C.12/GC/21, § 49, b).

(1565) *Ibid*.

(1566) M. Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *op. cit.*, p. 213.

(1567) Observation générale n° 21, *Droit de participer à la vie culturelle, Art. 15, § 1, a, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 43e session, 2-20 novembre 2009, E/C.12/GC/21, § 49, b).

(1568) Revised Guidelines, E/1990/23, § 128 ; E/1992/23, § 151, 310 ; E/1993/22, § 72, 147 ; E/1994/23, § 128 ; E/1994/23, § 284.

(1569) Voy. e.a. Cour eur. D.H., arrêt *Müller c. Suisse* du 24 mai 1988, § 33 ; Cour eur. D.H. (G.C.), arrêt *Karatas c. Turquie* du 8 juillet 1999, § 49.

elle a considéré que « outre la substance des idées et informations exprimées, l'article 10 protège aussi leur mode d'expression »[1570]. Quant au Comité, sa jurisprudence exclut également de manière nette toute forme d'ingérence disproportionnée dans la liberté d'expression[1571].

En ce qui concerne le droit *au maintien, le développement et la diffusion des patrimoines ainsi que des ressources culturelles*, l'obligation générale de ne pas entraver le développement et le maintien des cultures et des patrimoines fait l'objet d'un consensus élargi[1572], comme l'exprime le *corpus* des règles établies par l'UNESCO et relatives à la préservation du patrimoine culturel et de la diversité culturelle. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a par ailleurs rappelé que cette interdiction emportait l'obligation de respecter « le patrimoine culturel sous toutes ses formes, en temps de guerre comme en temps de paix, y compris en cas de catastrophe naturelle »[1573], ainsi que « le patrimoine culturel de tous les groupes et communautés »[1574] et « les productions culturelles de peuples autochtones »[1575].

L'interdiction d'entraver le droit *d'accéder à la culture* a fait l'objet d'une attention soutenue[1576]. Le Comité a eu l'occasion de préciser que l'État ne peut pas autoriser la police d'empêcher les individus d'accéder à certaines pratiques culturelles[1577], établir

(1570) Cour eur. D.H. (G.C.), arrêt *Karatas c. Turquie* du 8 juillet 1999, § 49.

(1571) Le Comité a ainsi critiqué de manière virulente le système officiel de censure imposé en Égypte, estimant qu'il constituait une entrave empêchant l'exercice de la liberté indispensable à l'activité créatrice consacrée par l'article 15 du Pacte (Concluding Observations, Egypt, E/C.12/1/Add.44, §§ 25 et 41). La Tunisie a également fait l'objet de critiques de la part du Comité en raison de la présence policière établie sur les campus universitaires qui, selon le Comité, constitue une entrave à l'exercice de la liberté d'expression artistique et de la liberté de créer (Concluding Observations, Tunisia, E/C.12/1999/11, § 170).

(1572) Voy. les travaux de la journée de 1992 sur le droit de participer à la vie culturelle et notamment M. Winner-Zamrano, E/C.12/1992/SR.17, 11 décembre 1992, p. 5.

(1573) Observation générale n° 21, *op. cit.*, § 50, a).

(1574) *Ibid.*, § 50, b).

(1575) *Ibid.*, § 50, c).

(1576) Voy. sur la journée d'étude de 1992 sur le droit de participer à la vie culturelle, Y. Donders, « The Legal Framework of the Right to Take Part in Cultural Life », *op. cit.*, p. 254.

(1577) Concluding Observations Dominican Republic, E/1997/22, § 26.

une censure empêchant l'accès à certains produits et activités culturels[1578], empêcher l'accès des minorités à leur propre patrimoine culturel et linguistique ainsi qu'aux patrimoines culturels et linguistiques des autres cultures[1579] ou établir des prix élevés sur les publications et les autres formes de culture au point d'en empêcher l'accès[1580].

En ce qui concerne le droit de *participer* à la culture, l'État ne peut ni empêcher les activités culturelles ni en gêner le déroulement ou les entraver de quelque manière que ce soit. L'État ne peut soumettre la participation à la culture à des conditions, légales ou pas[1581] ni établir d'entraves disproportionnées dans l'accès des minorités à leur culture[1582]. Plus particulièrement, le droit à la culture implique la liberté de création d'établissements culturels[1583], la liberté de mener des activités culturelles et de les ouvrir à l'ensemble des individus. L'État ne peut s'ingérer de manière disproportionnée dans l'animation, la protection et la promotion des patrimoines culturels et dans le développement des productions culturelles, des pratiques culturelles[1584] et des cultures « de tous ».

L'État ne peut entraver, freiner, gêner ou bloquer l'exercice du *libre choix* en matière culturelle. Dans cet esprit, il ne peut discriminer, exclure ou assimiler de force[1585]. Dans le cadre du droit à l'éducation, le Comité a eu l'occasion de préciser que cette obligation

(1578) Concluding Observations Tunisia, E/C.12/1999/11, §§ 171 et 181 ; Concluding Observations Egypt, E/C.12/Add. 44, § 25 et § 41.

(1579) Observation générale n° 21, *Droit de participer à la vie culturelle, Art. 15, § 1, a, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 43e session, 2-20 novembre 2009, E/C.12/GC/21, § 49, d. Voy. également « les États doivent respecter le libre accès des minorités à leur culture, leur patrimoine et autres formes d'expression qui leur sont propres ainsi que le libre exercice de leur identité et de leurs pratiques culturelles » § 49, d.

(1580) Concluding Observations Guinea, E/1997/22, § 209 ; M. Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *op. cit.*, p. 215.

(1581) M. Sepúlveda, *ibid.*, p. 213.

(1582) Observation générale n° 21, *op. cit.*, § 49, d.

(1583) S. A. Hansen, « The Right to Take Part in Cultural Life : Toward Defining Minimum Core Obligations Related to Article 15 (1)(A) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *op. cit.*, p. 300.

(1584) Observation générale n° 21, *op. cit.*, § 50, A), B), C).

(1585) *Ibid.*, § 49, a.

interdisait à l'État de fermer les écoles privées[1586] ou d'interdire certaines pratiques culturelles[1587]. L'État ne peut soumettre l'exercice de ce libre choix de conditions disproportionnées[1588]. Dans son Observation générale n° 21, le Comité a beaucoup insisté sur cette obligation : l'État ne peut soumettre les individus à aucune forme de discrimination, d'assimilation ou d'exclusion liée aux choix culturels et à la construction de l'identité culturelle qui se construit en amont[1589].

En ce qui concerne *le droit de participer à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques culturelles*, lorsqu'il aménage concrètement ce droit, l'État ne peut soumettre la participation à la prise de décision en matière culturelle à des conditions disproportionnées ou trop strictes[1590]. Il ne peut pas non plus s'ingérer dans les mécanismes de gestion des institutions, même si elles sont financées par lui[1591]. Par ailleurs, de manière plus générale, l'État ne peut empêcher des individus ou des groupes de réfléchir ou de proposer des réformes en ce qui concerne les politiques culturelles ni de s'assembler pour analyser, critiquer les politiques culturelles ou créer des alternatives à ces politiques.

(1586) Observation générale n° 14, § 41.

(1587) En l'espèce, il s'agissait de pratiques culturelles d'origine africaine. Concluding Observations Dominican Republic, E/1997/22, § 226.

(1588) M. Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *op. cit.*, p. 213.

(1589) Observation générale n° 21, *Droit de participer à la vie culturelle, Art. 15, § 1, a, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 43e session, 2-20 novembre 2009, E/C.12/GC/21, § 49, a).

(1590) M. Sepúlveda, *ibid.*, p. 213. Le Comité a ainsi « précisé », dans son Observation générale n° 21, que l'État devait respecter le droit de participer « librement, activement, en connaissance de cause et sans discrimination, à tout processus important de prise de décision susceptible d'avoir des effets sur son mode de vie et ses droits en vertu du paragraphe 1, a) de l'article 15 », Observation générale n° 21, *op. cit.*, p. 14.

(1591) E/1990/23, § 231.

2. L'interdiction d'établir des discriminations à l'égard du droit à la culture

516. Le principe de non-discrimination et d'égalité s'applique au droit à la culture comme aux autres droits[1592]. Ce principe implique que les pouvoirs publics doivent respecter l'ensemble des cultures et des patrimoines – sauf dans des conditions extrêmes –, promouvoir de manière équitable ces cultures et permettre un accès et une participation équilibrée à l'ensemble des cultures présentes.

Le principe de non-discrimination accompagne le principe de diversité culturelle. Il impose à l'État de ne pas discriminer à la fois entre les expressions culturelles qui sont l'objet du droit à la culture et entre les titulaires du droit à la culture. Dans cette matière comme dans d'autres, aucune discrimination ne peut être établie sur la base de la prétendue race, de la couleur, du sexe, de la langue, de l'opinion politique ou d'une autre opinion, de l'origine nationale ou sociale, de la fortune, de la naissance ou de toute autre situation[1593]. L'État ne peut mettre en place des mécanismes discriminatoires, c'est-à-dire des mécanismes qui créent des distinctions de traitement qui ne sont ni objectives ni raisonnables. S'il décide d'agir pour favoriser le droit à la culture, il doit respecter la diversité culturelle et ne pas privilégier certains titulaires du droit à la culture au détriment d'autres. Cette obligation emporte également l'obligation de respecter tout particulièrement le droit à la culture de certains groupes spécifiques.

517. Ce principe de non-discrimination n'exclut pas que l'État promeuve, à travers le soutien à certaines expressions culturelles, le rassemblement des citoyens autour de valeurs communes. Ainsi, les pouvoirs publics sont fondés à soutenir des expressions culturelles qui expriment et mettent en valeur la nécessité ou la pertinence

(1592) Observation générale n° 20, *La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (art. 2, par. 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, 42e session, 2 juillet 2009, E/C.12/GC/20, § 3.

(1593) Art. 2, § 2 ; Art. 3, § 2 du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels. Voy. notamment Observation générale n° 20, *La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (art. 2, par. 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, 42e session, 2 juillet 2009, E/C.12/GC/20, § 3.

d'un tel rassemblement voire participent à la création de ce rassemblement. À l'heure de la déliquescence des États-Nations, le rassemblement des citoyens ne peut plus s'effectuer autour d'une identité nationale : c'est plutôt autour des valeurs démocratiques et des principes de la citoyenneté que ce rassemblement doit s'opérer (voy. *première partie*).

Cette nouvelle version de la fonction de rassemblement n'entre pas en contradiction avec l'exigence de respect de la diversité culturelle, qui justifie les politiques culturelles au plan théorique, et avec le principe de non-discrimination qui en découle : le rassemblement visé par les politiques culturelles doit s'opérer grâce et autour de la diversité culturelle. Ainsi, la réactualisation de la fonction de rassemblement est intimement liée à la diversité culturelle : les politiques culturelles, en protégeant et en promouvant la diversité culturelle, soulignent la nécessité d'un partage et d'un dialogue et expriment l'exigence de respect et de reconnaissance mutuelle en mettant en lumière les grandes interrogations contemporaines. La « fin des cultures nationales » impose de construire des politiques culturelles de rassemblement permettant de « penser les différences qui 'nous' regardent, de construire une compétence des frontières culturelles, celles qui nous mettent en relation avant de nous diviser ; il faudra constituer, plus qu'un espace commun, un savoir-faire à l'égard de l'hybridation des divers habitus de sens »[(1594)]. Dans ce cadre, « [l]a réponse, s'il en faut, de la culture démocratique à la diversité culturelle ne sera ni de célébrer un multiculturalisme sans valeur ni d'insister sur une intégration étroite, mais de faciliter l'écoute des voix diverses et opposantes afin de renforcer l'intercompréhension et, espérons-le, la justice »[(1595)].

(1594) I. Curti et L. dal Pozzolo, « Multiculturalité et politiques culturelles », in *La fin des cultures nationales ? Les politiques culturelles à l'épreuve de la diversité*, L. Bonet et E. Négrier (dir.), Paris, La Découverte/Pacte, coll. Recherches/Territoires du politique, 2008, p. 139. Voy. également L. Bonet et E. Négrier, « The End(s) of National Cultures ? Cultural Policy in the Face of Diversity », *International Journal of Policy*, 2011, n° 17/5, pp. 574-589.

(1595) F. Matarasso, « Politiques culturelles et diversité au Royaume-Uni », in *La fin des cultures nationales ? Les politiques culturelles à l'épreuve de la diversité*, *op. cit.*, pp. 110-111. L'auteur note cependant que « la leçon la plus profonde doit être de comprendre que la diversité culturelle n'est ni un défi à la société dominante, ni un problème à résoudre : c'est une réalité constante dont le mérite principal réside en un processus d'interrogation, de création, de négociation, de devenir [...] ». À ce titre, l'exemple des politiques culturelles menées

Ainsi, la diversité n'est pas nécessairement contraire à l'exigence de rassemblement car elle n'oblige pas à mettre en lumière ce qui divise mais aussi ce qui rassemble. L'exigence de diversité existe pour permettre à chacun la participation à des espaces communs où chaque personne est reconnue comme partenaire de valeur et digne, l'objectif est donc la coopération et l'échange. La promotion de certaines valeurs de tolérance, de respect de l'autre, d'égalité, sont des valeurs qui sont au fondement de la diversité culturelle et le développement d'espaces communs, l'enrichissement de l'espace public culturel et la construction des compétences des frontières culturelles et d'outils pour permettre de penser les différences sont absolument nécessaires pour le respect de l'exigence de diversité culturelle. En théorie donc, diversité culturelle et rassemblement ne s'opposent pas. Le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies ne dit pas autre chose en considérant que « le respect de la diversité culturelle et des droits culturels de tous renforce le pluralisme culturel et, de ce fait, contribue au développement des échanges ou des connaissances et à la compréhension des patrimoines et des contextes culturels, fait progresser partout l'application et l'exercice des droits de l'homme [...] »[(1596)].

L'obligation de non discriminer peut souffrir des restrictions. Ainsi, des distinctions de traitement objectives et raisonnables peuvent être établies dans la réalisation du droit à la culture. Dans ce sens, des restrictions peuvent être établies à l'égard de formes et expressions culturelles destructrices des valeurs fondamentales sur lesquelles reposent la société et le débat démocratique. En effet, « nul ne peut invoquer la diversité culturelle pour porter atteinte aux droits de l'homme garantis par le droit international ni pour en limiter la portée »[(1597)].

518. L'obligation de ne pas discriminer est, selon les contextes, à la fois négative et positive.

---

au Royaume-Uni est remarquable : la volonté d'inscrire la diversité au cœur des politiques du *Art Council*, notamment dans une application particulière du principe du « at arm's length » mais sans brader les valeurs communes, a été couronnée de succès.

(1596) Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, 20e session, *Promotion de la jouissance effective des droits culturels pour tous et respect de la diversité culturelle*, 2 juillet 2012, A/HRC/20/L.18, p. 2.

(1597) *Ibid*.

L'obligation de respecter peut, à certains égards, être considérée comme une obligation positive en raison des actions qu'elle peut commander à l'égard des cultures et patrimoines spécifiques. Elle emporte éventuellement une obligation positive immédiate de modifier ou d'abolir les lois discriminatoires.

Pour la *liberté artistique*, l'interdiction de toute forme de discrimination implique concrètement que l'État doit respecter l'expression culturelle de tous les groupes et de toutes les communautés culturelles[1598] (tant qu'elles respectent les principes démocratiques). Lorsqu'il décide de soutenir certaines formes de création, l'État doit s'assurer de ne pas instituer des discriminations entre des expressions ou des pratiques culturelles qui concourent de manière équivalente aux objectifs que se sont donnés les politiques culturelles.

En ce qui concerne le droit au *maintien, au développement et la diffusion des patrimoines et des cultures*, le principe de non-discrimination exclut que l'État établisse des discriminations entre les différents patrimoines et cultures. Quand il décide de soutenir les patrimoines ou les cultures, il lui est interdit d'établir des discriminations, directes ou indirectes, par rapport à certains patrimoines ou à certaines cultures. Cette obligation vaut particulièrement à l'égard des groupes spécifiques : cultures émergentes (urbaines, numériques, altermondialistes, etc.), cultures des groupes autochtones[1599], cultures qualifiées de « populaires »[1600], cultures revendicatrices liées à la démocratie culturelle, formes particulières de patrimoine (comme le patrimoine oral ou le patrimoine immatériel), cultures et patrimoines reposant sur des langues endogènes (dialectes…) ou étrangères (cultures des migrants…).

En ce qui concerne *l'accès à la culture*, l'État doit fournir un accès égal aux ressources[1601] et ne peut priver, de manière directe

(1598) S. A. Hansen, « The Right to Take Part in Cultural Life : Toward Defining Minimum Core Obligations Related to Article 15 (1)(A) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *op. cit.*, p. 300 ; J. Ringelheim, « Some Comments on the Right to take part to cultural life », *op. cit.*, pp. 2-3.

(1599) Observation générale n° 21, *op. cit.*, § 50, c).

(1600) *Ibid.*, § 50, b).

(1601) Dans son Observation générale n° 21, le Comité a ainsi rappelé que « nul ne doit être privé de l'accès aux pratiques, biens et services culturels » (Observation générale n° 21, *op. cit.*).

ou indirecte, les minorités culturelles de l'accès à leur culture[1602]. Il doit empêcher que des pouvoirs publics restreignent l'accès à certaines expressions culturelles de manière discriminatoire[1603].

Pour la *participation* à la culture[1604], l'interdiction de discriminer implique en particulier que l'État ne peut pas privilégier l'accès à certaines formes de participation culturelle au détriment d'autres formes. Cette obligation emporte également l'obligation de respecter tout particulièrement la participation aux activités culturelles des groupes spécifiques. Ainsi, l'État ne peut limiter la participation des minorités et des peuples autochtones à leurs cultures[1605] ou porter atteinte à leurs cultures et patrimoines[1606]. Il doit par conséquent reconnaître ces cultures et leurs spécificités, et leur ménager une place dans l'espace public.

L'interdiction de discriminer dans la *liberté de choix* a fait l'objet d'une attention particulière par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels. Ce dernier a souligné que « nul ne doit souffrir de discrimination pour avoir choisi d'appartenir ou de ne pas appartenir à une communauté ou un groupe culturel donné, ou d'exercer ou de ne pas exercer une activité culturelle particulière »[1607]. Cette liberté va de pair avec le respect de la diversité culturelle. L'État doit respecter l'expression culturelle de tous les groupes, de toutes les communautés culturelles[1608] (sauf cas extrêmes comme l'incitation à la haine, à la violence ou l'hostilité aux apparente aux droits fondamentaux) afin de permettre l'exercice du libre choix. Il ne peut établir de discrimination sur la base des choix culturels ou de l'identité culturelle[1609].

Pour la *participation à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques culturelles,* le respect de la diversité culturelle et du principe de non-discrimination impose l'instauration de mécanismes de consultation, de décision et d'évaluation.

(1602) Observation générale n° 21, *op. cit.*, § 49, d.

(1603) Concluding Observations Dominican Republic, E/1997/22, § 26.

(1604) Observation générale n° 20, *La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (art. 2, par. 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, 42e session, 2 juillet 2009, E/C.12/GC/20, § 3.

(1605) Observation générale n° 21, *op. cit.*, § 49, d.

(1606) Observation générale n° 21, *op. cit.*, § 50, a), b), c).

(1607) *Ibid.*, § 22.

(1608) Cf. *supra*, note 1499.

(1609) Observation générale n° 21, *op. cit.*, § 49, a).

3. L'interdiction d'entraver l'action des personnes privées ou morales participant à la réalisation du droit à la culture

519. L'obligation, négative, de ne pas entraver le travail des organisations, associations, communautés privées ou entreprises qui réalisent le droit à la culture, de manière directe ou indirecte, est fondamentale pour le droit à la culture, vu l'importance que revêt pour ce droit la liberté d'association.

520. Plus particulièrement, l'État ne peut en aucune manière entraver les associations, organisations, communautés ou groupes d'individus qui favorisent la *liberté créative*, en la finançant, en la produisant ou en la diffusant. Lorsque des mécanismes de subventionnement des arts sont mis en place, le Comité exige une justification des critères utilisés(1610). En effet, ces critères qui fondent l'intervention de l'État dans la culture doivent être justifiés, afin de ne pas entraîner de déséquilibres dans le monde culturel. Dans le cas contraire, ces critères, s'ils amènent des déséquilibres importants, pourraient être considérés comme portant atteinte à l'interdiction d'entraver l'action des personnes privées dans la réalisation du droit à la culture.

En ce qui concerne *le maintien, le développement et la diffusion de la culture*, l'État ne peut entraver l'activité des associations de défense du patrimoine, de promotion de la diversité culturelle ou les activités commerciales visant à mettre en valeur les patrimoines. Il ne peut entraver l'action des groupements visant à créer, diffuser ou produire la culture contemporaine.

Pour *l'accès à la culture et la participation à la vie culturelle*, l'État doit respecter le travail des associations et entreprises qui, de manière directe ou indirecte, favorisent l'accès à la culture et à l'information en matière culturelle ou stimulent la participation à la vie culturelle, de manière directe ou indirecte. De la même manière, l'État ne peut entraver le *libre choix* en matière culturelle lorsqu'il est stimulé et créé par des initiatives privées(1611).

(1610) E/1991/23, § 80.

(1611) Ainsi, le Mexique a été condamné pour l'excessive militarisation des communautés des Chiapas, des organisations qui avaient pris en charge l'assistance économique, sociale et culturelle aux individus de la région. Concluding Observations Mexico, E/2000/22, § 387.

Le droit à la culture implique l'interdiction d'interférer dans les mécanismes privés stimulant la *participation à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques culturelles.* Ainsi, l'État ne peut amenuiser ou entraver le rôle des lobbys, des associations de défense des intérêts des usagers ou des utilisateurs. Par ailleurs, les institutions culturelles soutenues par l'État, comme les centres culturels ou associations artistiques, doivent pouvoir rester maîtresses de leurs destins et indépendantes[1612].

4. L'interdiction de mettre en œuvre des politiques qui affectent le droit à la culture

521. La quatrième obligation concerne l'interdiction de mettre en œuvre des politiques publiques qui affectent la jouissance des droits économiques, sociaux et culturels, et particulièrement ceux des groupes les plus vulnérables[1613]. Les pouvoirs publics ne peuvent instaurer des politiques qui vont affecter la participation à la culture. Cette obligation n'a jusqu'ici été développée que dans le cadre des programmes d'ajustement structurel des pays en voie de développement. Dans cette optique, l'État ne pourrait, par des restrictions budgétaires trop importantes, affecter le droit à la culture.

Ainsi, l'État doit s'abstenir de toute législation ou de toute action qui affecterait l'accès et la participation à la culture ou la participation à la prise de décision en matière culturelle. Il ne peut mettre en place des politiques qui vont entraver le maintien, le développement et la diffusion des cultures et des patrimoines. Concernant la liberté artistique, il doit respecter cette liberté et s'abstenir de contrecarrer le plein exercice de celle-ci[1614].

Cette obligation est particulièrement détaillée, pour l'ensemble des prérogatives découlant du droit à la culture, dans la partie consacrée à l'obligation de *standstill* (voy. *première partie*).

(1612) E/1990/23, § 231.

(1613) M. Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *op. cit.*, pp. 212-222.

(1614) *Ibid.*

B. **Les obligations de protéger le droit à la culture**

522. Le droit à la culture impose à l'État de prendre des mesures afin d'empêcher toute interférence de tiers dans l'exercice du droit à la culture. L'obligation de protéger implique en effet que l'État prenne les mesures nécessaires pour « prevent other individuals or groups from violating the integrity, freedom of action or other human rights of the individual – including the prevention of infringement of the enjoyment of his material resources »[(1615)]. À cette fin, l'État doit mettre en œuvre des mécanismes préventifs et répressifs permettant d'exclure toute atteinte externe dans l'exercice du droit.

523. Cette obligation de protéger implique des obligations qui sont en grande partie positives. Toutefois certaines obligations sont, dans le contexte belge, négatives : on signalera explicitement dans le cours de l'exposé lorsque de telles obligations de protéger sont analysées.

524. Cette obligation de protéger revêt trois grandes dimensions. D'abord, l'obligation de protéger implique que l'État doit empêcher « des tiers d'entraver de quelle que manière que ce soit l'exercice du droit en cause »[(1616)] (1). La deuxième grande dimension de l'obligation de protéger concerne le principe de non-discrimination. L'État doit mettre en œuvre des procédures et des mécanismes permettant de garantir le respect du principe de non-discrimination dans les rapports entre particuliers (2). Enfin, l'obligation de protéger concerne les privatisations de service public et implique que, dans les cas de délégations de service public, l'État doit assurer le respect du droit à la culture et éviter que l'autorité qui assume le service public n'entrave ce droit (3). L'État doit réguler et garantir les services publics qui sont confiés à des opérateurs privés[(1617)]. On comprend l'importance de cette obligation pour le droit à la culture, alors que l'application du principe de subsidiarité, dérivé de la liberté culturelle, conduit à confier un nombre important de services culturels à des autorités

(1615) A. Eide, *Final Report of the Special Rapporteur on the Right to Food*, E/CN.4/Sub.2/1987/23, § 68.

(1616) H. Dumont et I. Hachez, « Les obligations positives déduites du droit international des droits de l'homme : dans quelles limites ? », *op. cit.*, p. 52.

(1617) M. Sepúlveda, *ibid.*, pp. 222-238.

extérieures à l'État. L'importance de cette obligation est également renforcée par la tendance des États à conclure un nombre grandissant d'accords de privatisation et de libéralisation, qui impliquent une place de plus en plus importante pour les entreprises privées[1618].

1. L'obligation d'empêcher des tiers, les entreprises et les autres États d'entraver le droit à la culture

525. L'État a l'obligation d'empêcher des tiers, les entreprises et les autres États d'entraver le droit à la culture en interdisant ces entraves, en réparant les atteintes éventuelles et en protégeant le droit à la culture dans les négociations internationales. Cette obligation se décline en un versant matériel et un versant procédural : l'État doit prévenir la violation des droits et est, le cas échéant, tenu d'appliquer les procédures qui sanctionnent les normes prévenant la violation des droits[1619]. Ainsi, l'obligation de protéger impose à l'État de prendre toutes les mesures nécessaires afin de garantir que les individus sous sa juridiction soient protégés contre des violations de leurs droits par des tierces parties, en ce compris les entreprises. Les États doivent réguler adéquatement l'action des entités ainsi visées, afin de prévenir les éventuelles violations de droits fondamentaux. Cette obligation présente également un versant procédural : l'État doit établir des procédures et des recours effectifs permettant de faire sanctionner la violation des droits des particuliers, en ce compris les entreprises, par des parties tierces.

L'obligation de protéger le droit à la culture d'une atteinte de la part de tiers entre en confrontation, dans certains cas, avec des obligations de respecter, de protéger ou de réaliser découlant d'autres droits fondamentaux. Il s'agira alors d'appliquer les règles relatives aux conflits de droits[1620].

526. En ce qui concerne particulièrement la *liberté artistique* l'État doit mettre en place une protection de l'auteur et la

(1618) Observation générale n° 5, § 11.

(1619) H. Dumont et I. Hachez, « Les obligations positives déduites du droit international des droits de l'homme : dans quelles limites ? », *op. cit.*, p. 52.

(1620) Voy. notamment, sur ces règles, E. Brems (dir.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerp/Oxford/Portland, Intersentia, 2008.

protection physique des œuvres[1621] ainsi que des recours en cas de violation des droits des créateurs et des diffuseurs[1622]. Cette obligation de protection, selon nous, implique que les pouvoirs publics reconnaissent la spécificité de la création artistique afin de la protéger efficacement et adéquatement des entraves de tierces personnes. Elle implique aussi qu'un équilibre soit trouvé entre les droits des auteurs et les droits des créateurs à utiliser les matériaux culturels déjà créés. Plus globalement, la mise en œuvre de l'obligation de protéger la création impose aux pouvoirs publics de prendre en compte les formes de censure privée et économique qui viennent entraver la diffusion de la création. Or, si la censure liée au pouvoir de l'argent a toujours existé, force est de constater qu'elle s'est renforcée sous l'influence de deux facteurs. D'abord, une dépendance de plus en plus grande de la création artistique par rapport au facteur financier s'exerce pour les nouvelles formes de création. Celles-ci, par leur usage de nouvelles technologies ou par leur nature, nécessitent d'importants investissements. Il en est ainsi du cinéma, des créations audiovisuelles, des créations d'animation numérique, des opéras modernes, etc.[1623]. Dans la même perspective, l'État a le devoir de protéger, d'une manière ou d'une autre, les spécificités de la création face au marché de l'art. Celui-ci se développe de manière très importante et peut par certains aspects bouleverser toute la logique de la création et, dans une certaine mesure, la travestir[1624]. L'État doit développer des modes de soutien aux œuvres d'art qui, sans ces soutiens, subiraient des mécanismes de censure économique importants[1625].

En ce qui concerne le droit *au maintien, au développement et à la diffusion des patrimoines et des cultures,* l'État doit d'abord

(1621) Voy., sur ce point, S. A. Hansen, « The Right to Take Part in Cultural Life : Toward Defining Minimum Core Obligations Related to Article 15 (1) (A) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *op. cit.* Voy. également Observation générale n° 21, § 50, a), b), c).

(1622) E/1989/22, § 238 ; 2/1992/23, § 284 ; E/1994/23, § 248.

(1623) Voy. A. Zollinger, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 232.

(1624) *Ibid*., p. 233.

(1625) Voy. notamment H. De Limburg Stirum, « L'argent et l'artiste contemporain », in *L'artiste et les diverses formes de pouvoir dans la société d'aujourd'hui*, Bruxelles, Académie royale de Belgique, 1993, pp. 67-70 ; J.-M. Duvosquel, « L'artiste et le mécénat du monde économique », in *L'artiste et les diverses formes de pouvoir dans la société d'aujourd'hui*, Bruxelles, Académie royale de Belgique, 1993, pp. 59-65.

assurer la préservation des patrimoines, productions culturelles, activités culturelles, les sites, monuments, œuvres d'art et œuvres littéraires[1626] contre le vol, le trafic illicite et les atteintes matérielles. Des régimes renforcés de responsabilité civile, voire pénale, doivent être établis dans ce cadre. À nouveau, il y a ici un recoupement avec le *corpus* des règles de l'UNESCO et du Conseil de l'Europe visant à sauvegarder le patrimoine et la diversité culturelle et à la préserver des atteintes éventuelles. Ensuite, par rapport aux mécanismes du marché qui entraveraient le développement et la diffusion de la diversité culturelle, l'État doit assurer la protection des expressions culturelles qui ne recevraient pas une attention soutenue de la part des mécanismes économiques[1627] ou de la part de la majorité de la population (notamment les cultures des minorités).

Pour le droit *d'accéder à la culture et à l'information culturelle* et *le droit de participer à la culture*, cette obligation de protéger implique que l'État prenne des mesures pour empêcher des tiers d'entraver le bénéfice du droit d'accéder à la culture et à l'information culturelle et le droit de participer à la culture. Dans ce cadre, l'État doit notamment assurer la sécurité des lieux où se pratiquent les activités culturelles, garantir la sécurité dans les manifestations culturelles et dans les contre-manifestations, prendre des mesures par rapport aux entreprises pour que le fonctionnement de celles-ci ne constitue pas une entrave à l'accès et à la participation à la culture, mener des actions pour empêcher des tiers, dont les parents ou les employeurs, d'entraver le bénéfice du droit à la culture[1628]. Ils doivent également protéger l'accès à la culture contre les excès des droits d'auteur (voy. troisième partie). En ce qui concerne le droit de *participer à la culture*, les mesures que l'État doit prendre concernent à la fois les démarches effectuées par les individus pour participer à la culture mais aussi la protection des activités culturelles en elles-mêmes[1629].

(1626) Observation générale n° 21, *op. cit.*, p. 14, § 50, a), b), c).
(1627) Observation générale n° 5, § 11.
(1628) Observation générale n° 13, § 41.
(1629) Observation générale n° 21, *op. cit.*, § 50, a), b), c).

Pour le *droit de participer à l'élaboration et à la mise en œuvre de politiques culturelles*, l'État doit mettre en place des procédures qui empêchent certains groupements d'empiéter sur l'exercice du libre choix ou du droit d'autres groupements à participer à l'élaboration et à la mise en œuvre de politiques culturelles.

2. L'obligation de protéger les individus de toute forme de discrimination dans l'exercice du droit à la culture

527. L'obligation de protéger les individus de toute forme de discrimination implique l'obligation de prévenir, d'empêcher et de sanctionner toute forme de violation de l'impératif de non-discrimination. Cette obligation induit également la traduction du principe de non-discrimination dans un cadre législatif qui, soucieux des groupes les plus vulnérables, comprend des mesures prévenant et sanctionnant les propos racistes et discriminatoires notamment dans les activités privées(1630). Cette obligation implique également l'adoption de mesures qui protègent de manière spécifique les groupes vulnérables par rapport au droit à la culture. Ainsi, l'État doit développer des mesures adéquates aux groupes spécifiques et à leurs besoins particuliers(1631), tels que les migrants(1632), les personnes handicapées(1633), les personnes précarisées(1634), les femmes(1635), les enfants(1636), les minorités nationales ou ethniques,

(1630) Observation générale n° 5, § 11.

(1631) Observation générale n° 21, *op. cit.*, § 50, b), c).

(1632) *Ibid.*, §§ 36-37 : « Les États parties devraient accorder une attention particulière à la protection [...] de leur droit d'organiser des manifestations culturelles, artistiques et interculturelles. Ils ne devraient pas les empêcher de maintenir leurs liens culturels avec leur pays d'origine ».

(1633) Voy. Règles pour l'égalisation des chances des handicapés, § 17, Annexe de la résolution 48/96 des Nations Unies.

(1634) Déclaration sur la pauvreté du Comité, E/C.12/2001/10, 10 mai 2001, § 5 ; Observation générale n° 21, *Droit de chacun de participer à la vie culturelle (art. 15, par. 1 a), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 43e session, 21 décembre 2009, E/C.12/GC/2, §§ 38-39 : « la culture, en tant que produit social, doit être mise à la portée de tous, dans des conditions d'égalité, de non-discrimination et de participation. [...]. Les États doivent adopter sans retard des mesures concrètes pour garantir une protection adéquate et le plein exercice du droit des personnes vivant dans la pauvreté et de leur communauté de participer à la vie culturelle ».

(1635) Voy. notamment Observation générale n° 16, § 31.

(1636) Les États, dans la mise en œuvre de leurs obligations en matière d'éducation, doivent veiller à la réalisation du droit à la culture : voy.

linguistiques ou religieuses(1637), les peuples autochtones(1638), les personnes âgées(1639), les détenus(1640), les personnes analphabètes, les individus créateurs de formes de cultures émergentes ou porteurs de cultures étrangères, les minorités culturelles, les représentants des nouvelles tendances culturelles et artistiques ou encore certaines catégories d'utilisateurs. Dans la même perspective, l'État doit également prêter une attention soutenue aux groupes qui, dans le cadre de la libéralisation des échanges et du marché, ne recevront pas une attention suffisante(1641). Plus généralement, dans un contexte de marchandisation et de mondialisation de la culture, l'État doit assurer le respect du principe de non-discrimination par les acteurs privés, notamment internationaux. Dans les limites adéquates, il doit donc réguler l'activité privée pour que soit assuré le respect du principe d'égalité et de non-discrimination entre les individus(1642).

528. En ce qui concerne *la liberté artistique*, l'État doit assurer le respect du principe de non-discrimination dans la répartition des moyens de création et de diffusion, notamment à l'égard des groupes autochtones(1643).

Pour le *maintien, le développement et la diffusion des cultures et des patrimoines*, l'État doit garantir la protection de tous les patrimoines et toutes les productions culturelles sans discrimination. Il doit assurer la mise en œuvre de mesures visant à préserver, à développer et à restaurer les patrimoines, productions et activités culturelles(1644) des groupes spécifiques(1645). Ainsi, par exemple, en ce qui concerne les minorités des Roms et des Gens du voyage, les pouvoirs publics doivent veiller à ne pas adopter de politiques qui

---

Observation générale n° 21, *Droit de chacun de participer à la vie culturelle (art. 15, par. 1 a), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 43e session, 21 décembre 2009, E/C.12/GC/2, § 26.

(1637) Observation générale n° 21, *op. cit.*, §§ 32-33.

(1638) *Ibid.*, §§ 36-37.

(1639) Voy. Observation générale n° 6, 1995, §§ 38-40 sur la question de l'accessibilité des institutions culturelles pour les personnes âgées.

(1640) Voy., sur la question de l'accès à la culture en prison, S. Berbuto et J. Simon, « Droit et prison : avec foi et loi », *Rev. dr. pén.*, 2003, pp. 284-285.

(1641) Observation générale n° 5, § 11.

(1642) *Ibid.*

(1643) Observation générale n° 21, § 50, b), c).

(1644) *Ibid.*, § 50, b), c).

(1645) *Ibid.*, § 50, a), b), c).

pénalisent particulièrement ces groupes ou menacent leurs patrimoines immatériels et leurs cultures.

Concernant *l'accès à la culture* et la *participation à la culture*, l'État doit prendre des mesures pour favoriser l'accès et la participation de tous à la culture et garantir son application dans les relations entre individus ou groupes d'individus. L'État doit compenser les exclusions dans l'accès à la culture et dans la participation à la culture et, le cas échéant, les sanctionner. La reconnaissance « des cultures de tous » doit pouvoir être imposée aux tiers, qui ne peuvent par ailleurs pas entraver l'exercice de la *liberté de choix*.

Enfin, en ce qui concerne la *participation à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques culturelles*, l'État a des devoirs essentiellement procéduraux : veiller à ce que les procédures participatives mises en œuvre permettent d'exclure toute forme de discrimination émanant de personnes privées.

3. L'obligation de protéger le droit à la culture dans les délégations de service public

529. Lorsque certains services publics de la culture ont été privatisés, l'État doit s'assurer que les entreprises privées respectent le droit à la culture(1646). Il ne peut se délivrer de ses obligations en déléguant la fourniture des services publics à des groupements privés(1647). Ainsi, les États doivent s'assurer que la privatisation des secteurs publics, comme la santé, ne menace pas la présence et l'accessibilité des services(1648).

Ainsi, pour le droit à la culture, l'État doit être certain que les entreprises privées ou associations qui assument des missions de service public respectent le droit au maintien, au développement

(1646) Observation générale n° 5, § 11.

(1647) Communication n° 273/88, *Lindgren et a. c. Suède*.

(1648) Observation générale n° 14, § 35. Voy. également, pour l'éducation, F. Coomans et A. H. De Wolf, « Privatisation of education and the right to education », in *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*, *op. cit.*, pp. 229-258 ; K. De Feyter et F. Gómez Isa, « Privatisation and Human Rights : An Overview », in *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*, *op. cit.*, pp. 1-8.

et à la diffusion de la culture[1649], le droit d'accéder à la culture et à l'information culturelle, d'y participer, et de participer à la prise de décision concernant ce droit. Par ailleurs, lorsque des services publics liés à la liberté artistique ont été privatisés, l'État doit s'assurer que les entreprises privées qui exercent les fonctions de service public respectent cette liberté[1650].

C. **L'obligation de réaliser le droit à la culture**

530. L'obligation de réaliser (*fulfil*) implique pour l'État « to ensure for each person within its jurisdiction has opportunities to obtain satisfaction of those needs, recognized by human rights instruments, which cannot be secured by personal efforts »[1651]. Cette obligation a ensuite été déclinée en une obligation d'« assister », de garantir et de promouvoir[1652] par la doctrine et en une obligation de « fournir, promouvoir et faciliter » par le Comité[1653]. L'obligation de réaliser ou de mettre en œuvre comporte, comme l'obligation de protection, des éléments matériels et procéduraux. L'État est tenu de prendre des mesures, mais il est également tenu de mettre en place des procédures qui garantissent l'application des règles matérielles de réalisation[1654].

Très vite, les commentateurs du droit de participer à la vie culturelle ont considéré que celui-ci n'impliquait pas seulement un devoir d'abstention et de protection de la part de l'État. En effet, les obligations induites du droit à la culture ne se limitent pas au simple retrait des obstacles à la participation à la culture, mais impliquent des mesures positives pour préserver, promouvoir et développer les cultures. L'État doit donc fournir des prestations positives pour

(1649) Observation générale n° 5, § 11.

(1650) M. Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *op. cit.*

(1651) A. Eide, *Final Report of the Special Rapporteur on the Right to Food*, E/CN.4/Sub.2/1987/23, § 69.

(1652) A. Eide, « Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights » in *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, *op. cit.*, p. 22.

(1653) Observation générale n° 12, n° 13, n° 14, n° 15, n° 17.

(1654) H. Dumont et I. Hachez, « Les obligations positives déduites du droit international des droits de l'homme : dans quelles limites ? », in *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Y. Cartuyvels et al. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 54.

assurer aux individus les ressources leur permettant de participer à la culture et il ne peut se cantonner au respect du principe de non-discrimination en la matière[1655].

531. L'obligation de réaliser est, en principe, positive. Elle postule une action de la part de l'État. Toutefois, dans le contexte belge, on signalera dans le cours de l'analyse si des obligations de réaliser doivent être considérées comme des obligations négatives.

1. L'obligation de créer un cadre institutionnel adéquat pour la réalisation du droit à la culture

532. L'approche de Steiner et Alston est plus précise que celle du Comité en ce qu'elle spécifie une des obligations de réaliser : l'obligation de créer un cadre institutionnel adéquat (*create institutional machinery*)[1656]. Pour Steiner et Alston, cette obligation implique que « public funds must be expended to create the infrastructure on which the practical realisation of the rights depends »[1657].

L'État doit mettre sur pied des institutions publiques qui ont pour mission de maintenir, de développer et de diffuser la culture et de permettre l'accès et la participation à la culture. Il doit également mettre en place des mécanismes institutionnels organisant le soutien au secteur privé dans la réalisation du droit à la culture.

Parallèlement, l'État doit créer un cadre institutionnel adéquat permettant l'exercice du libre choix et assurant par conséquent une information adéquate, par exemple à travers la consécration et le respect du principe de subsidiarité. En ce qui concerne les libertés de création, d'expression, d'information et d'association dans le champ culturel, l'État doit instituer des recours en cas de violation de ces libertés et doit créer les espaces où celles-ci

(1655) R. O'Keefe, « The 'Right to Take Part in Cultural Life' Under Article 15 of the ICESCR », *op. cit.*, pp. 905-906 ; F. Vlemminx, *Grondrechten en moderne beeldende kunst*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1992, pp. 197, 207 et 239 ; S. Marks, « Defining Cultural Rights », in *Human Rights and Criminal Justice for the Downtrodden. Essays in Honour of Asbjørn Eide*, Leiden, Martinus Nijhoff, pp. 304-306 ; Y. Donders, « The Legal Framework of the Right to Take Part in Cultural Life », *op. cit.*, p. 256.

(1656) J. Steiner et P. Alston, *International human rights in context : law, politics, morals : text and materials*, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 180-185.

(1657) *Ibid.*, p. 182.

peuvent prospérer. À nouveau, le respect du principe de subsidiarité est une des voies permettant d'assurer le respect de ces libertés.

533. Cette obligation résonne dans la formulation de l'article 15 du Pidesc lui-même. En effet, l'article 15, 2°, établit une obligation particulière découlant du droit de participer à la vie culturelle : celle de réaliser le droit à la culture en prenant des mesures pour la conservation, le développement et la diffusion de la science et de la culture. L'État doit garantir les conditions de base qui sont nécessaires à l'existence d'une vie culturelle dans une société, à laquelle chaque personne peut contribuer et accéder(1658).

Concrètement, les pouvoirs publics doivent créer et organiser des établissements culturels(1659). Dans cet esprit, le Comité vérifie le budget alloué à la culture(1660), les mesures prises pour soutenir(1661) les infrastructures culturelles ainsi que les mécanismes de promotion et de diffusion des activités culturelles(1662). Ainsi, le Comité a rappelé, dans son Observation générale n° 21, que des institutions doivent également être établies pour protéger et promouvoir le patrimoine. L'État doit mettre sur pied les institutions publiques et les mécanismes qui sont « nécessaires à la mise en œuvre des politiques culturelles »(1663).

Dans l'exercice de son obligation de conservation, de développement, de soutien et de diffusion de la culture, l'État doit respecter la diversité culturelle et accorder un traitement égal à toutes les cultures et toutes les formes de cultures présentes – dès lors qu'elles respectent les principes démocratiques –. Cette exigence de respect égal n'exclut pas que l'État construise des politiques culturelles qui visent à promouvoir les principes démocratiques fondateurs de nos sociétés. Par ailleurs, cette exigence de respect égal n'empêche pas

(1658) J. Ringelheim, « Some Comments on the Right to take part to cultural life », *op. cit.*, pp. 2-3.

(1659) Y. Donders, « The Legal Framework of the Right to Take Part in Cultural Life », *op. cit.*, p. 250.

(1660) Comité, E/1988/14, § 266 ; E/1992/23, §§ 2214, 247, 284 ; E/1993/22, §§ 67, 97, 201.

(1661) Revised Guidelines, E/1991/23, § 1(b) ; E/1992/23, §§ 214, 247, 284 ; E/1994/22, §§ 62, 97, 121.

(1662) R. O'Keefe, « The 'Right to Take Part in Cultural Life' Under Article 15 of the ICESCR », *op. cit.*, p. 907.

(1663) Observation générale n° 21, *op. cit.*, § 52, a).

non plus l'État de mettre en œuvre des politiques culturelles visant à favoriser la construction d'une citoyenneté basée sur le respect et la reconnaissance. Mais, dans la mise en œuvre des politiques culturelles visant à rassembler autour d'une éducation à la démocratie et à la citoyenneté, les choix posés par l'État doivent respecter l'exigence d'égalité et de diversité : si des expressions culturelles qui concourent pourtant à la formation de la citoyenneté et de la démocratie sont systématiquement exclues du soutien public, l'État ne respecte pas l'exigence d'égalité.

2. L'obligation de faciliter la réalisation du droit à la culture

534. L'État doit mettre en œuvre des mesures positives qui permettent aux individus et aux communautés d'exercer leurs droits[1664]. À cette fin, les pouvoirs publics sont obligés de mettre en œuvre des réformes de lutte contre la pauvreté, contre les obstacles qui empêchent une distribution équitable des ressources et qui permettent de dépasser les obstacles à la participation dans la vie culturelle. Le Comité reste très vague dans la définition des obligations précises de faciliter, parce qu'il estime que chaque État est mieux à même, dans chaque cas particulier, de déterminer ces obligations[1665].

À nouveau, dans la mise en œuvre de ses obligations de faciliter, l'État doit respecter la diversité culturelle, c'est-à-dire l'ensemble des expressions culturelles, pour autant que ces expressions respectent les principes démocratiques. L'exigence de respect de la diversité culturelle n'implique cependant pas, à notre sens, que l'État soit dans l'obligation de soutenir toutes les formes culturelles et toutes les expressions culturelles, ce qui est impossible en soi et conduirait inévitablement à un éparpillement des subsides. L'État doit pouvoir choisir afin de mettre en place des politiques culturelles cohérentes. L'exigence de diversité culturelle n'exclut pas que l'État soutienne plus particulièrement des formes de culture qui permettent un rassemblement des citoyens autour de certaines valeurs communes, notamment la reconnaissance et le respect. Ce

(1664) Observation générale n° 14.

(1665) M. Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *op. cit.*, p. 240.

faisant en effet, l'État participe à la construction d'une éducation à la démocratie et à la citoyenneté qui est le ciment des démocraties libérales (voy. *première partie*). Simplement, l'exigence de diversité culturelle impose que, dans la mise en œuvre de politiques culturelles de rassemblement ou de politiques culturelles plus « sélectives », l'État s'attache à définir des procédures de sélection qui permettent de refléter la diversité des expressions culturelles pertinentes pour le projet visé. Ainsi, par exemple, si l'État met en place des politiques culturelles qui ont comme objectif l'émancipation de l'individu, il ne peut pas ignorer les mouvements culturels émergents qui participent singulièrement à cet objectif.

535. Ces obligations de faciliter se traduisent concrètement pour chaque attribut du droit à la culture. En ce qui concerne la *liberté artistique,* l'État doit soutenir les activités créatrices[1666], leur promotion et leur diffusion[1667]. L'Observation générale n° 21 rappelle l'obligation pour l'État de « promouvoir l'exercice du droit d'association des minorités culturelles et linguistiques en vue de la réalisation de leurs droits culturels et linguistiques »[1668] mais aussi d'encourager la création par des séminaires, des rencontres et des ateliers[1669]. Plus particulièrement, il doit soutenir le cinéma[1670] et les programmes culturels dans les médias[1671].

Pour assurer le *maintien, le développement et la diffusion de la culture*, l'État doit mettre en place des politiques publiques visant à protéger les patrimoines, conserver les œuvres, mais aussi développer la culture et les arts en soutenant financièrement ou par d'autres voies les artistes et les lieux de culture.

En ce qui concerne *l'accès à la culture*, plusieurs obligations de faciliter doivent être identifiées. L'État doit garantir les conditions de base qui sont nécessaires à l'existence d'une vie culturelle dans une société, à laquelle chaque personne peut contribuer

(1666) Revised Guidelines, E/1991/23, § 1(b) ; E/1992/23, §§ 214, 247, 284 ; E/1994/22, §§ 62, 97, 121.

(1667) R. O'Keefe, « The 'Right to Take Part in Cultural Life' Under Article 15 of the ICESCR », *op. cit.*, p. 907.

(1668) Observation générale n° 21, *op. cit.*, § 52, c).

(1669) *Ibid.*, § 52, e).

(1670) Revised Guidelines, E/1992/23, §§ 151, 310 ; E/1993/22, § 147 ; E/C.12/1996/SR.4, § 31.

(1671) E/1991/23, § 248.

et accéder[1672] et mettre en place des programmes permettant à tous d'accéder à la culture[1673]. Cette obligation s'étend également au secteur du patrimoine, que l'État doit mettre en valeur et promouvoir[1674]. De manière générale, l'État doit mettre en œuvre des mesures qui permettent d'accéder et de participer facilement à la culture. Comme pour le droit à l'éducation, qui contraint les États à préparer et à fournir le matériel scolaire et les ressources qui permettent de suivre une scolarité de qualité[1675], les États doivent fournir les ressources permettant d'accéder à la culture : éveil artistique, médiation culturelle, formation culturelle, institutions culturelles ouvertes... L'Observation générale n° 21 précise que les États ont l'obligation « de faciliter l'accès à un ensemble riche et diversifié d'expressions culturelles »[1676]. Les mesures facilitant l'accès de tous à la culture doivent être établies sans discrimination et doivent permettre un accès libre à la diversité culturelle[1677].

À l'égard de la *participation à la culture*, l'État a l'obligation de promouvoir l'existence et la diffusion d'activités culturelles[1678]. L'Observation générale n° 21 précise que les mesures destinées à soutenir la diversité culturelle doivent permettre à tous d'exercer librement des pratiques culturelles propres à son groupe ou celles d'autrui, sans discrimination[1679].

Concernant le *libre choix* en matière culturelle, l'État doit fournir une éducation, des informations[1680] et une analyse afin de permettre aux individus de poser des choix éclairés par rapport aux activités culturelles[1681].

(1672) J. Ringelheim, « Some Comments on the Right to take part to cultural life », *op. cit.*, pp. 2-3.

(1673) Comité, E/1988/14, § 266 ; E/1992/23, §§ 2214, 247, 284 ; E/1993/22, § 67, 97, 201.

(1674) Revised Guidelines, § I(f), Recommandation on Participation in cultural life, § 4(q) ; General Discussion 1992, § 213 ; E/C.4/1994/73, § 120.

(1675) Observation générale n° 13, § 41.

(1676) Observation générale n° 21, § 52, a).

(1677) *Ibid*., § 52, a).

(1678) R. O'Keefe, « The 'Right to Take Part in Cultural Life' Under Article 15 of the ICESCR », *op. cit.*, p. 907.

(1679) Observation générale n° 21, *op. cit.*, § 52, a) et b).

(1680) R. O'Keefe, « The 'Right to Take Part in Cultural Life' Under Article 15 of the ICESCR », *op. cit.*, p. 907.

(1681) Les États sont ainsi dans l'obligation de développer des politiques qui « permettent aux personnes appartenant à diverses communautés

Concernant *la participation à l'élaboration et à la mise en œuvre de politiques culturelles*, l'État doit inviter les individus à participer aux décisions culturelles, notamment quant aux critères qui décident de l'allocation prioritaire de fonds[1682]. Il est dans l'obligation de créer les conditions légales nécessaires pour assurer la représentation ou la participation directe des individus et des communautés culturelles dans les décisions relatives aux politiques culturelles[1683].

3. L'obligation de fournir les moyens permettant de réaliser le droit à la culture

536. Les pouvoirs publics doivent fournir des services et des biens culturels afin de réaliser le droit de participer à la vie culturelle aux personnes qui ne peuvent, pour « des raisons extérieures à leur volonté, réaliser par elles-mêmes leur droit »[1684]. Ce versant de l'obligation de réaliser n'a pas souvent été exploité dans les rapports fournis par les États[1685]. Le Comité a précisé que l'obligation de réaliser impliquait l'obligation de reconnaître les droits consacrés dans les Pactes dans les systèmes nationaux et dans les politiques nationales[1686]. Par ailleurs, dans le cadre du droit à l'éducation, le Comité a établi que les obligations découlant du Pacte dépassaient la simple obligation de fournir des biens et services à des personnes dans l'incapacité de réaliser par elles-mêmes leurs droits fondamentaux[1687]. Alston et Steiner estiment plus globalement que l'État a l'obligation de « provide goods and services to satisfy rights »[1688].

---

culturelles d'exercer librement et sans discrimination leurs propres pratiques culturelles et celles d'autrui, et de choisir librement leur mode de vie » (Observation générale n° 21, *op. cit.*, § 52, b).

(1682) General Discussion, *supra* n. 4, § 205 ; Limburg Principles, n° 16. Ceci peut impliquer des consultations d'artistes. Recommendation on Participation in cultural life, § 10.

(1683) S. A. Hansen, « The Right to Take Part in Cultural Life : Toward Defining Minimum Core Obligations Related to Article 15 (1)(A) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *op. cit.*, p. 301.

(1684) Traduction libre de M. Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *op. cit.*, p. 241.

(1685) *Ibid.*, p. 241.

(1686) Observation générale n° 13, § 37.

(1687) *Ibid.*, §§ 57-58.

(1688) J. Steiner et P. Alston, *International human rights in context : law, politics, morals : text and materials*, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 183.

Ainsi, il faut comprendre que cette obligation de fournir dans le cadre du droit à la culture concerne l'ensemble des individus. Enfin, soulignons que cette obligation doit être mise en œuvre pour l'ensemble de la population(1689), avec une attention pour les groupes les plus vulnérables(1690) comme les personnes les plus âgées(1691), en situation de pauvreté, les personnes handicapées(1692), les migrants et les détenus(1693).

537. Concernant la *liberté artistique*, les pouvoirs publics ont l'obligation de mettre en place ou de soutenir des lieux de diffusion, de création et de production de la culture(1694). Cette obligation suppose l'établissement de politiques culturelles visant à soutenir les groupements et institutions qui poursuivent l'objectif de permettre à chacun de s'exprimer et de créer. Ces politiques peuvent notamment comporter des aides directes aux créateurs et à leurs intermédiaires(1695).

À l'égard *du maintien, du développement et de la diffusion des patrimoines et des cultures*, l'État doit mettre à la disposition des particuliers des politiques concrètes permettant d'assurer l'objectif de protection et de préservation de la diversité culturelle et du patrimoine culturel(1696).

L'obligation de fournir les moyens *d'accéder à la culture et de participer à la culture* implique que les pouvoirs publics doivent rendre accessibles tous les biens et services nécessaires à l'accès et à la participation à la culture. Des prestations précises peuvent ainsi être nécessaires. On pense par exemple aux chèques culture,

(1689) E/1988/14, § 58 ; E/1990/23, § 166 ; E/1992/23, §§ 151, 248, 284.

(1690) E/1990/23, § 166 ; E/1992/23, §§ 151, 248, 284.

(1691) Draft List of Questions for inclusion in the Revised General Guidelines, E/1992/23, Appendix I, § 12.

(1692) Recommandation sur la Participation à la vie culturelle ; E/1997/22, §§ 254, 259.

(1693) S. Berbuto et J. Simon, « Droit et prison : avec foi et loi », *op. cit.*, pp. 284-285.

(1694) Revised Guidelines, art. 15, § 1, (b) ; General Comment n° 6, The economic, social and cultural rights of older persons, §§ 39 et s.

(1695) General Comment n° 5, § 36 ; General Discussion 1992, § 220 ; Revised Guidelines, E/1992/23, §§ 151, 247, 310 ; Recommandation concernant la participation et la contribution des masses populaires à la vie culturelle, § 10.

(1696) Observation générale n° 21, *op. cit.*, § 54, b).

aux gardes des enfants lors des sorties culturelles, à la médiation culturelle, à la formation artistique, à la mobilité, à l'accueil des publics, à la diffusion de l'information culturelle, à la traduction dans les langues nationales et dans d'autres langues. On pense aussi, plus globalement, à la décentralisation culturelle et à un maillage culturel du territoire. L'État doit fournir à tous les ressources et les éléments permettant d'accéder et de participer à la culture : une information culturelle de qualité, une diffusion des produits et des services culturels de qualité, des institutions culturelles accessibles sur tous les plans, une éducation à la culture afin d'éveiller la curiosité pour le secteur culturel, des activités d'éducation permanente pour permettre à chacun de construire un sens critique, etc. Concernant la participation à la culture, l'État doit mettre en place des infrastructures culturelles permettant un accès effectif à toutes les pratiques culturelles. Il doit participer à la création des lieux d'expression et de diffusion, comme les centres culturels, les musées, les bibliothèques, les théâtres ou les cinémas(1697), ainsi que favoriser la création des lieux de répétition, des espaces de pratique artistique, des services d'aide à la création(1698), des espaces dédiés à la pratique artistique en amateur.

L'État doit agir en termes d'accessibilité financière et physique à la culture. Il doit fournir les conditions matérielles et culturelles pour l'accès à la culture et la participation aux pratiques culturelles. Signalons que des obligations spécifiques en termes d'accès au patrimoine pour la recherche scientifique existent dans ce cadre(1699). L'État doit mettre en place une éducation artistique de qualité et abordable(1700). Il doit prévenir et remédier aux éventuelles disparités régionales concernant l'accès à la culture(1701). Dans ce cadre, le Comité a insisté sur la nécessité d'une coopération et d'une coordination dans les États fédéraux entre les différentes composantes de l'État(1702). De plus, la collectivité fédérale

(1697) Revised Guidelines, art. 15, § 1, (b) ; General Comment n° 6, The economic, social and cultural rights of older persons, §§ 39 et s.

(1698) General Comment n° 5, Persons with disabilities, § 36.

(1699) R. O'Keefe, « The 'Right to Take Part in Cultural Life' Under Article 15 of the ICESCR », *op. cit.*, p. 910.

(1700) Revised Guidelines, § 1(h).

(1701) E/1992/23, §§ 151, 214, 219, 247.

(1702) *Ibid.*, §§ 265, 283 ; E/1994/23, § 155.

ne pourra se retrancher derrière la répartition des compétences en cas de carence d'une des autres collectivités[1703].

En ce qui concerne l'accessibilité intellectuelle, l'État doit lever les barrières liées à la langue, à l'éducation, au manque de médiation culturelle ou aux difficultés de compréhension, par exemple pour les sourds, les aveugles et les muets[1704]. L'État doit donc rendre possible le libre choix en matière culturelle, en permettant à tous d'accéder d'abord à l'éducation artistique puis à l'information et à l'offre culturelle. L'Observation générale n° 21 établit l'obligation pour l'État de « mettre en œuvre » « l'accès garanti pour tous, sans discrimination fondée sur la situation financière ou toute autre considération de condition sociale, aux musées, bibliothèques, cinémas, théâtres et activités, services et manifestations à caractère culturel »[1705]. Enfin, l'Observation générale insiste sur la clé de l'accès à la culture : « l'intégration de l'enseignement culturel, y compris de l'histoire, de la littérature, de la musique et de l'histoire d'autres cultures, dans les programmes scolaires à tous les niveaux, en consultation avec toutes les parties prenantes »[1706]. Ces préoccupations ont été relayées dans les travaux préparatoires de l'article 23 de la Constitution belge : les parlementaires y considèrent qu'« en faisant de ce droit un droit constitutionnel fondamental, nous obligeons les pouvoirs publics à pratiquer une politique culturelle dotée d'une telle dimension »[1707].

Concernant le *libre choix*, l'État a l'obligation de fournir une information culturelle de qualité, une éducation ouverte sur l'ensemble des cultures et une promotion de la diversité culturelle.

Enfin, à l'égard de la *participation à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques culturelles*, des instances de décision accessibles, démocratiques et effectives doivent être mises sur pied et doivent fonctionner. L'État a également l'obligation de consulter

(1703) R. O'Keefe, « The 'Right to Take Part in Cultural Life' Under Article 15 of the ICESCR », *op. cit.*, p. 908, note en bas de page 26.

(1704) General Comment n° 5, 1994, E/1995/22, Annex IV, § 37.

(1705) Observation générale n° 21, *op. cit.*, § 54, d).

(1706) *Ibid.*, § 54, c).

(1707) Développements, Texte proposé par M. Stroobant et consorts, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, n° 100-2/1°, 15 janvier 1992, p. 10 ; Développements, Texte proposé par M. Stroobant, Taminiaux et consorts, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, n° 100-2/3°, 9 juin 1993, p. 20.

les instances participatives lorsqu'il détermine les objectifs, les critères et les mesures des politiques culturelles[1708]. L'Observation générale n° 21 insiste particulièrement sur cette obligation de fournir. En effet, elle établit l'obligation pour l'État d'adopter une « législation appropriée » et de créer des « mécanismes efficaces » qui « permettent aux personnes, individuellement, en association avec d'autres, au sein d'une communauté ou d'un groupe, de prendre part effectivement à la prise de décision, de revendiquer la protection de leur droit de participer à la vie culturelle, et de porter plainte et d'être indemnisées en cas de violation de leurs droits »[1709].

4. L'obligation de promouvoir le droit à la culture

538. L'État doit assurer l'information à propos des droits humains, à la fois auprès des individus et des pouvoirs publics. Selon Steiner et Alston, « this state duty refers to bringing about changes in public consciousness or perception or understanding about a given problem or issue, with the purpose of alleviating the problem [...]. Like the duty of protection, it generally requires the state to expend funds and create the institutions that are necessary to promoting acceptance of the right. Thus, a state's duty to promote often involves public education »[1710].

539. Pour le droit à la culture, le Comité a précisé que l'obligation de promouvoir impliquait que « les États parties prennent des mesures concrètes pour veiller à ce que le public soit correctement éduqué et sensibilisé au droit de participer à la vie culturelle, en particulier dans les zones rurales et les zones urbaines défavorisées ou eu égard à la situation spécifique des minorités culturelles et des peuples autochtones notamment. Cela inclut l'éducation et la sensibilisation à la nécessité de respecter le patrimoine culturel et la diversité culturelle »[1711].

(1708) General Discussion, § 205 ; Limburg Principles, n° 16. Ceci peut impliquer des consultations d'artistes. Recommandation on Participation in cultural life, § 10.

(1709) Observation générale n° 21, *op. cit.*, § 54, a).

(1710) *Ibid.*, p. 183.

(1711) Observation générale n° 21, § 53.

§4. *Le « noyau dur » du droit à la culture : tableau*

Les principales obligations induites du droit à la culture et incombant aux pouvoirs publics compétents sont reprises *infra* dans un tableau croisant les prérogatives essentielles et des obligations fondamentales induites du droit à la culture. Ce tableau reprend, ce qui, à notre sens, constitue le *core content* du droit à la culture.

	Obligation de respecter	Obligation de protéger	Obligation de réaliser
Liberté artistique	Interdiction de poser des obstacles, directs ou indirects, préventifs ou répressifs à l'exercice de la liberté artistique et de nier les spécificités de cette liberté et de ses fonctions en lui appliquant un régime inadéquat et impropre Interdiction d'établir des discriminations dans l'exercice de la liberté artistique, notamment dans les politiques de soutien à la création et à la diffusion Interdiction d'entraver les actions culturelles privées favorisant l'exercice de la liberté artistique, par la mise à disposition d'espaces, d'outils d'expression, de création, de diffusion	Obligation de protéger la liberté artistique vis-à-vis des autres États et des tiers, en ce compris les entreprises et les personnes privées assumant des missions de services publics, en prévenant et sanctionnant les entraves (financières, économiques ou autres) à cette liberté émanant de tiers Obligation d'instaurer des mécanismes de prévention et de réparation des discriminations dans l'exercice de la liberté artistique en prêtant une attention particulière aux groupes spécifiques en vue d'éviter ou de détecter toute discrimination de la part de tiers	Obligation de mettre en place des politiques, des structures ou des mécanismes visant à faciliter et à soutenir l'exercice de la liberté artistique (lieux d'expression et de diffusion, promotion de la culture, etc.) Obligation d'établir des recours effectifs en cas de carence ou de violation de la liberté artistique Obligation de fournir les moyens d'exercice de la liberté artistique pour pallier leur absence éventuelle chez certains individus : ressources matérielles, espaces de création et de diffusion, etc.

BRUYLANT

Droit au maintien, au développement et à la diffusion des cultures et des patrimoines	Interdiction de porter atteinte aux patrimoines et aux formes de cultures contemporaines et d'établir la censure Interdiction d'établir des discriminations entre les patrimoines et entre les formes de culture, notamment dans les politiques de soutien à la création et à la diffusion Interdiction d'entraver les actions privées promouvant la promotion et la protection du patrimoine et de la culture	Obligation de protéger le maintien, le développement et la diffusion des cultures et des patrimoines vis-à-vis des autres États et des tiers, en ce compris les entreprises et les personnes privées assumant des missions de services publics Obligation d'instaurer des mécanismes de prévention et de réparation des discriminations dans l'exercice du droit au maintien et à la conservation du patrimoine et de prêter une attention particulière aux patrimoines et aux cultures des groupes spécifiques en vue d'éviter ou de détecter toute discrimination de la part de tiers	Obligation de mettre en place des politiques, des structures ou des mécanismes afin de maintenir, de développer et de diffuser les patrimoines et les cultures via des mécanismes de classement, des procédures de restauration et de défense, etc. Obligation d'établir des recours effectifs en cas de carence ou de violation du droit au maintien, au développement et à la diffusion des cultures et des patrimoines Obligation de mettre en œuvre des mesures de défense, de promotion et de sauvegarde du patrimoine

Droit d'accéder à la culture	Interdiction de poser des barrières administratives, financières, éducatives, géographiques ou autres à l'accès à la culture Interdiction d'établir des discriminations dans les conditions, les possibilités concrètes et les formalités de l'accès à la culture Interdiction d'entraver les initiatives privées favorisant la médiation culturelle, l'accompagnement aux activités culturelles et l'éducation culturelle	Obligation de protéger d'accès à la culture vis-à-vis des autres États et des tiers, en ce compris les entreprises et les personnes privées assumant des missions de service publics, en prévenant et sanctionnant les entraves (financières, économiques ou autres) à ce droit émanant de tiers Obligation d'instaurer des mécanismes de prévention et de réparation des discriminations et de prêter une attention particulière aux besoins (financiers, éducatifs, langagiers, de médiation culturelle, etc.) des groupes spécifiques afin de détecter et d'éviter toute discrimination de la part de tiers, notamment d'institutions culturelles privées, dans l'accès à la culture	Obligation de mettre en place des politiques, des structures ou des mécanismes visant à permettre, faciliter ou soutenir l'accès à la culture (lieux d'exposition, services de médiation culturelle, soutien aux associations œuvrant dans ce domaine, etc.) Obligation d'établir des recours effectifs en cas de carence ou de violation du droit à la culture Obligation de fournir les moyens d'exercice du droit à la culture pour pallier leur absence éventuelle chez certains individus : information de qualité, éducation à la culture, médiation culturelle, fourniture des moyens matériels nécessaires pour surmonter les obstacles financiers, géographiques et physiques à la culture

BRUYLANT

Droit de participer à la culture	Interdiction de poser des barrières administratives, financières, éducatives, géographiques ou autres à la participation à la culture Interdiction d'établir des discriminations dans les conditions, les possibilités concrètes et les formalités de la participation à la culture, notamment dans l'accès aux structures permettant de participer à la vie culturelle Interdiction d'entraver les initiatives privées favorisant la médiation, la rencontre avec les publics, la participation active et la reconnaissance des cultures	Obligation de protéger d'accès à la culture vis-à-vis des autres États et des tiers, en ce compris les entreprises et les personnes privées assumant des missions de services publics, en prévenant et sanctionnant les entraves (financières, économiques ou autres) à ce droit émanant de tiers Obligation d'instaurer des mécanismes de prévention et de réparation des discriminations et de prêter une attention particulière aux besoins (financiers, éducatifs, langagiers, de médiation culturelle etc.) des groupes spécifiques afin de détecter et d'éviter toute discrimination de la part de tiers, notamment d'associations culturelles privées, dans la participation à la culture	Obligation de mettre en place des politiques, des structures ou des mécanismes visant à permettre, faciliter ou soutenir la participation à la vie culturelle (lieux d'exposition, services de médiation culturelle, soutien aux associations œuvrant dans ce domaine, etc.) Obligation d'établir des recours effectifs en cas de carence ou de violation du droit de participer à la vie culturelle Obligation de fournir les moyens d'exercice du droit de participer à la vie culturelle en soutenant l'ensemble des cultures, notamment dans leurs aspects participatifs, d'émancipation individuelle et collective, en rendant accessibles des activités culturelles

Droit de participer à la prise de décision en matière culturelle	Interdiction de restreindre la participation à la prise de décision en matière de politiques culturelles Interdiction d'établir des discriminations dans les conditions, les possibilités concrètes et les formalités de la participation à la prise de décision en matière culturelle Interdiction d'entraver les initiatives privées stimulant la réflexion sur les politiques culturelles, promouvant les recherches sur le sujet, etc.	Obligation de protéger la participation à la prise de décision en matière culturelle vis-à-vis des autres États et des tiers, en ce compris les associations culturelles et les personnes privées assumant des missions de services publics, en prévenant et sanctionnant les entraves (idéologiques, culturelles, etc.) émanant de tiers Obligation d'instaurer des mécanismes de prévention et de réparation des discriminations et de prêter une attention particulière aux besoins (de reconnaissance, de représentation et d'information) des groupes spécifiques afin de détecter et d'éviter toute discrimination de la part de tiers, notamment de la part d'institutions culturelles privées ou publiques, dans la participation à la prise de décision en matière culturelle	Obligation de mettre en place des politiques, des structures ou des mécanismes visant à permettre, faciliter ou soutenir la participation à la prise de décision en matière culturelle (systèmes de représentation directe ou indirecte des acteurs des politiques culturelles dans les instances de décision ou de gestion, ouverture de discussions publiques sur les politiques culturelles, etc.) Obligation d'établir des recours effectifs en cas de carence ou de violation du droit de participer à la vie culturelle Obligation de fournir les moyens d'exercice du droit de participer à la vie culturelle en soutenant l'ensemble des cultures, notamment dans leurs aspects participatifs, d'émancipation individuelle et collective, en rendant accessible et ouvert l'ensemble des activités culturelles et en ouvrant l'espace public à toutes les formes de culture

BRUYLANT

Liberté de choix en matière culturelle	Interdiction de restreindre les choix possibles en matière culturelle ou d'exclure certaines formes culturelles de l'espace public Interdiction de favoriser certains choix culturels au détriment d'autres choix ou d'empêcher l'exercice de certains choix culturels Interdiction d'entraver les initiatives privées renforçant la liberté de choix, en favorisant l'expression de la diversité culturelle	Obligation de protéger la liberté de choix vis-à-vis des autres États (soutenir la diversité culturelle) et des tiers, en ce compris les entreprises et les personnes privées assumant des missions de service publics, en prévenant et sanctionnant les entraves (financières, économiques, homogénéisation culturelle) à la liberté de choix qui restreignent la diversité des structures culturelles Obligation d'instaurer des mécanismes de prévention et de réparation des discriminations et de prêter une attention particulière aux besoins des groupes spécifiques (présence de formes culturelles variées, de reconnaissance de leurs cultures, etc.) afin de détecter et d'éviter toute discrimination de la part de tiers, notamment d'institutions culturelles privées, dans l'exercice de leur liberté de choix en matière culturelle	Obligation de mettre en place des politiques, des structures ou des mécanismes visant à permettre, faciliter ou soutenir l'exercice de la liberté de choix en matière culturelle (information et offre culturelle de qualité et diversifiée, éducation à la diversité culturelle, promotion de cette dernière) Obligation d'établir des recours effectifs en cas de carence ou de violation du droit à la liberté de choix en matière culturelle Obligation de fournir les moyens d'exercice du droit à la liberté de choix en matière culturelle en soutenant une diversité de formes culturelles, en ouvrant au maximum l'accès à la diversité de ces formes, en reconnaissant une multitude d'acteurs culturels

SECTION II. – LES DÉBITEURS DES OBLIGATIONS INDUITES DU DROIT À LA CULTURE

540. Le but de cette section est d'identifier les différents débiteurs du droit à la culture et des obligations qu'il emporte. D'abord, nous considérerons, de manière générale, l'ensemble des débiteurs du droit à la culture (§ 1). Ensuite, nous identifierons les débiteurs en tenant compte de la répartition des compétences qui prévaut dans l'État fédéral belge (§ 2). On a vu plus haut que la répartition des compétences, en ce qu'elle impliquait des missions culturelles claires pour l'État, pouvait être considérée comme une source du droit à la culture. Maintenant que les droits culturels sont désormais expressément inscrits dans notre Constitution, la répartition des compétences doit également être envisagée comme réglant l'attribution de responsabilités précises en matière de droits culturels. C'est ainsi que les travaux préparatoires ont souligné la responsabilité particulière des Communautés à l'égard des droits culturels, principales responsables en matière culturelle(1712), même si chaque législateur doit favoriser la mise en œuvre de ces droits(1713). L'on évaluera ensuite si les critères de celle-ci ne constituent pas un obstacle à l'exécution par les débiteurs de leurs obligations en matière de droit à la culture (§ 3).

§ 1. *Les autorités débitrices du droit à la culture*

541. Les débiteurs des obligations découlant du droit à la culture sont d'abord les autorités publiques (A) même si la question reste ouverte quant aux particuliers (B).

A. **Les autorités publiques**

542. De manière générale, les obligations positives et négatives qui découlent du droit à la culture incombent à l'ensemble des autorités publiques dans le respect des règles répartitrices de compétences.

(1712) A. SCHAUS, « L'incidence de la fédéralisation de l'État sur la mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels », in *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, *op. cit.*, p. 125 ; *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, n° 100, 2 et 4 ; *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr., 1991-1992, 4 et 5 ; *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, n° 100, 2 et 3, p. 8.

(1713) A. SCHAUS, « L'incidence de la fédéralisation de l'État sur la mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels », *op. cit.*, p. 130.

Eva Brems rappelle ainsi le caractère évident de ce que « toutes les autorités publiques soient tenues par les droits fondamentaux constitutionnels [...] »[1714] et souligne que « des obligations positives incombent à ces autorités publiques »[1715]. Sébastien van Drooghenbroeck écrit que « de telles obligations positives pèsent sur l'ensemble des autorités étatiques – législateurs, autorités administratives, mais aussi autorités juridictionnelles »[1716].

Par ailleurs, en matière d'environnement, Charles-Hubert Born a estimé que les obligations positives découlant de l'article 7*bis* de la Constitution doivent s'appliquer aux décisions individuelles, même si le contrôle du respect de ces obligations n'est pas toujours chose aisée[1717]. Enfin, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les autorités administratives comme les autorités normatives sont tenues par les obligations positives[1718]. Il est donc clairement établi que tous les organes de l'État sont tenus par les obligations positives découlant des droits fondamentaux, en ce compris l'administration[1719] et les services publics culturels organiques créés par l'État[1720].

(1714) E. Brems, « Vers des clauses transversales en matière de droits et libertés dans la Constitution belge ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2007, n° 70, p. 376.

(1715) *Ibid*., p. 377.

(1716) S. van Drooghenbroeck, « La loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination: les défis d'une 'horizontalisation' des droits de l'homme », *A.P.T.*, 2003, liv. 3-4, n° 9, p. 210.

(1717) Charles-Hubert Born, parlant des contrôles pouvant s'exercer à l'encontre des décisions contraires à l'article 7*bis* : « Encore une fois, ces contrôles visent essentiellement à vérifier le respect des obligations négatives par l'autorité administrative. Ils sont inopérants pour sanctionner le non respect des obligations positives qui pèsent sur celle-ci ». Voy. C.-H. Born, « Le développement durable : un 'objectif de politique générale' à valeur constitutionnelle », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2007, pp. 193-246.

Ce passage laisse entendre que des obligations positives découlant de la disposition constitutionnelle pèsent donc sur les autorités administratives.

(1718) Voy., e.a., Cour eur. D.H., arrêt *Moreno Gomez c. Espagne* du 16 novembre 2004.

(1719) Par ailleurs, cette conclusion s'impose si l'on veut prendre l'indivisibilité des droits de l'homme et des obligations qui en découlent au sérieux. En effet, alors que les actes administratifs individuels en question touchent à l'obligation de respecter et peuvent être sanctionnés en conséquence, on ne voit pas très bien, dans ce cadre, pourquoi des actes administratifs qui contreviennent à l'obligation de protéger ou de réaliser ne seraient pas sanctionnés de la même manière.

(1720) Voy. en droit français, sur les services publics culturels (une notion bien mieux balisée qu'en droit belge), O. Amiel, « Conflit autour de la notion de service public culturel d'exploitation cinématographique », *A.J.D.A.* 2008, pp. 23 et s. ; J. Fosseyeux, « Les modes de gestion du service public culturel », *A.J.D.A.*,

543. Toutefois, certaines obligations découlant du droit à la culture ne s'adressent qu'à certains débiteurs. Ainsi, l'obligation de réaliser, sur un plan normatif, le droit à la culture, incombe seulement aux autorités publiques détentrices d'une fonction normative. Les obligations positives qui s'imposent à l'administration peuvent, quant à elles, évidemment différer de celles établies à charge du pouvoir législatif, exécutif ou judiciaire(1721).

C'est dans ce sens qu'il faut comprendre la clause transversale proposée par Sébastien van Drooghenbroeck et Jan Velaers, qui prévoit que « la réalisation effective et la protection de ces droits fondamentaux sont garanties, dans la sphère de compétences des assemblées législatives concernées, par la loi, par le décret ou par la règle visée à l'article 134 de la Constitution ». Pour Eva Brems, cependant, « la raison pour laquelle le texte réserve les mesures de protection et de réalisations aux assemblées législatives n'est [...] pas claire. Pour les restrictions aux droits, l'intervention du pouvoir législatif est une garantie pour les citoyens, mais pour les mesures promouvant les droits, toutes les autorités peuvent et doivent utiliser tous les moyens à leur disposition »(1722).

B. **Les particuliers ?**

544. Désireux de respecter la liberté du secteur culturel tout en le soutenant, les débiteurs des obligations découlant du droit à la culture ont tendance à déléguer la réalisation concrète de leurs obligations à des institutions et des organisations privées ou semi-publiques. Ainsi, en matière de bibliothèques publiques, appel est fait à l'initiative

septembre 2000, n° spécial, pp. 126-130 ; J.-M. Pontier, « Le service public culturel existe-t-il ? », *A.J.D.A.*, septembre 2000, n° spécial, pp. 8-48 ; C. Ribot et J.-C. Videlin, « Les modes de gestion publique du service public culturel », *A.J.D.A.*, septembre 2000, n° spécial, pp. 136-152 ; O. Bui-Xhan, « Questions sur l'établissement public de coopération culturelle », *A.J.D.A.*, 2008, pp. 1737 et s. ; O. Bui-Xhan, « La décentralisation culturelle : Bilan et perspectives », *A.J.D.A.*, 2007, p. 563 ; M.-C. De Montecler, « Équipements culturels et de loisirs : la Cour appelle à la prudence », *A.J.D.A.*, 2007, p. 280 ; J.-D. Dreyfus, « Frictions autour du 'label de service public' », *A.J.D.A.* 2007, pp. 2260 et s.

(1721) Ainsi, évidemment, l'administration n'est pas tenue de mettre en œuvre un cadre législatif réalisant le droit à la culture.

(1722) E. Brems, « Vers des clauses transversales en matière de droits et libertés dans la Constitution belge ? », *op. cit.*, p. 380. L'auteur poursuit en précisant que dans certains cas la réalisation ou la protection d'un droit peut être confiée par le Constituant au législateur.

publique et privée qui remplit les conditions du subventionnement[1723] pour assumer les fonctions de démocratisation de la culture du réseau de la lecture publique. Il en est de même pour les institutions muséales[1724] et, bien sûr, pour les centres culturels[1725]. Dans d'autres domaines, c'est l'initiative privée qui est stimulée et soutenue, comme en matière d'organisation d'éducation permanente[1726], de centres de jeunes[1727], d'organisations de jeunesse[1728], de loisirs amateurs et de centres d'expression et de créativité[1729]. En pratique, de multiples

(1723) Sur les conditions de reconnaissance et de subventionnement des bibliothèques publiques, adoptées ou libres, qui sont soit locales, principales, centrales, itinérantes ou spéciales, voy. le Décret du 28 février 1978 organisant le service public de la lecture, *Mon. b.*, 21 avril 1978 ; modifié par le Décret du 8 juillet 1983, *Mon. b.*, 17 août 1983 ; l'Arrêté du gouvernement de la Communauté française du 10 novembre 1988, *Mon. b.*, 1er décembre 1988 ; le Décret du 30 novembre 1992, *Mon. b.*, 2 février 1993 ; le Décret du 21 octobre 1988, *Mon. b.*, 1er décembre 1988 ; le Décret du 19 juillet 1991, *Mon. b.*, 22 octobre 1991. Comp. avec le nouveau décret (Décr. Comm. fr. relatif au développement des pratiques de lecture organisé par le réseau public de la lecture et les bibliothèques publiques, 30 avril 2009, *Mon. b.*, 5 novembre 2009).

Sur les organismes liés à la médiathèque : Arrêté royal du 7 avril 1971 fixant les conditions d'octroi de subventions à la Médiathèque francophone de Belgique et les conditions d'agréation et d'octroi de subventions aux organismes régionaux et locaux assurant le prêt de moyens audiovisuels au service de l'éducation permanente, *Mon. b.*, 18 juin 1971.

(1724) Sur les institutions muséales. Voy. Décr. Comm. fr. du 17 juillet 2002 relatif à la reconnaissance et au subventionnement des musées et autres institutions muséales, *Mon. b.*, 9 octobre 2002.

(1725) Sur les centres culturels, voy. Décret du 28 juillet 1992 fixant les conditions de reconnaissance et de subventions des Centres culturels modifié par le décret du 10 avril 1995, *Mon. b.*, 8 octobre 1992 ; Arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 13 juillet 1994 déterminant la procédure d'octroi, de suspension ou de reconnaissance ainsi que celle relative au classement en catégories et aux conditions de subventions des Centres culturels, *Mon. b.*, 21 décembre 1996 ; Arrêté du Gouvernement de la Communauté française établissant le modèle type de contrat-programme et fixant la procédure de sa conclusion prévus à l'article 10*bis* du décret du 28 juillet 1992, *Mon. b.*, 12 août 1995.

(1726) Décr. du 17 juillet 2003 relatif au soutien de l'action associative dans le champ de l'éducation permanente, tel que modifié par Décr. Comm. fr. 7 décembre 2007, *Mon. b.*, 1er février 2007.

(1727) Décr. du 20 juillet 2000 déterminant les conditions de reconnaissance et de subventionnement des maisons de jeunes, centres de rencontres et d'hébergement, centres d'information des jeunes et de leurs fédérations, modifié par Décr. 9 mai 2008, *Mon. b.*, 30 juillet 2008.

(1728) Décret Comm. fr. fixant les conditions d'agrément et d'octroi de subventions aux organisations de jeunesse, 26 mars 2009, *Mon. b.*, 10 juin 2009.

(1729) Décr. Comm. fr. du 30 avril 2009 relatif à l'encadrement et au subventionnement des fédérations de pratiques artistiques en amateur, des

asbl sont créées, gérées ou associées à la conduite d'actions d'intérêt général en étant reconnues et subventionnées par les pouvoirs publics. L'on constate en effet une tendance très marquée de la part des pouvoirs publics (pouvoirs locaux, Communautés et Régions) à associer des associations à la conduite de leurs actions voire à recourir à des asbl « paraétatiques »[1730] qui participent à la conduite d'actions d'intérêt général tout en affichant une relative indépendance à l'égard des pouvoirs publics, notamment en ce qui concerne leur financement. Certaines peuvent être qualifiées de services publics culturels fonctionnels[1731], voire organiques[1732]. Dans le champ culturel, où le principe de subsidiarité est appliqué avec vigueur, ce type d'asbl est légion[1733], notamment parce que ces structures répondent adéquatement aux exigences du Pacte culturel[1734] ou parce que la constitution d'une asbl est une obligation décrétale[1735].

Fédérations représentatives de Centres d'expression et de créativité et des centres d'expression et de créativité, *Mon. b.*, 12 novembre 2009.

(1730) F. Belleflamme, « Les A.S.B.L. des pouvoirs publics », in *Le paraétatisme. Nouveaux regards sur la décentralisation fonctionnelle en Belgique et dans les Institutions européennes*, P. Jadoul, B. Lombaert et F. Tulkens (dir.), Bruxelles, La Charte, 2010.

(1731) Comp. avec les services publics culturels gérés par des personnes privées en droit français : E. Baron, « Les modes de gestion privée du service public culturel », *A.J.D.A.*, septembre 2000, n° spécial, pp. 131-135.

(1732) Voy., sur cette notion, E. Jacubowitz et C. Bastaits, « Les A.S.B.L. et les services publics organiques et fonctionnels », in *A.S.B.L. et missions de services publics*, M. Maree et P. T'Kint (dir.), *Non-Marchand. Les dossiers d'ASBL Actualités,* 2008, Dossier n° 6, pp. 81-100.

(1733) Voy., pour des exemples, P. Lewalle, « Les A.S.B.L., moyen d'action des pouvoirs publics », *in Les A.S.B.L. Évaluation critique d'un succès*, Liège, Publications universitaires de Liège, 1985, pp. 259-262.

(1734) P. Blondiau, « Vers une nouvelle organisation des modes de gestion de l'intérêt communal ? », *Mouv. Comm.*, 2005, liv. 11, p. 472 : « la forme juridique de l'asbl a pour avantage de répondre au prescrit de la loi du 16 juillet 1973 ou 'pacte culturel'. [...] dans les matières visées, la loi fait obligation à l'autorité publique d'associer, avoir voix délibérative ou consultative, les groupements utilisateurs ainsi que les tendances idéologiques et philosophiques, la gestion des institutions culturelles créées par les autorités publiques ou ressortissant de celles-ci » et P. Blondiau, « Les modes de gestion d'équipements collectifs appartenant à une commune », *Mouv. Comm.* 1999, p. 204. Voy. art. 8 de la loi sur le Pacte culturel ; F. Belleflamme, « Le Pacte culturel, son champ d'application et les conséquences pour les ASBL », in *A.S.B.L. et missions de services publics*, *op. cit.*, pp. 153-176.

(1735) Voy. par exemple, pour les Centres culturels, Décr. Comm. fr. du 28 juillet 1992 fixant les conditions de reconnaissance et d'octroi de subventions des centres culturels, *Mon. b.*, 8 octobre 1992. Voy. les commentaires sur les limites et les richesses du profil juridique atypique des Centres culturels :

545. Ces mécanismes de délégation et de soutien à l'initiative associative sont en eux-mêmes des concrétisations du droit à la culture : ils répondent à la volonté de créer une démocratie culturelle, de respecter, de protéger et de réaliser la liberté du secteur culturel. De plus, ces aménagements du principe de subsidiarité permettent une réalisation du droit à la culture dans l'ensemble de ses composantes à travers l'action des associations soutenues. Dans ce sens, le principe de subsidiarité doit non seulement être considéré en lui-même comme une réalisation concrète du droit à la culture mais aussi comme la source de la réalisation des différentes obligations découlant du droit à la culture par le secteur associatif. Ce secteur est d'ailleurs, pour toute une série de raisons, souvent mieux à même de réaliser les obligations découlant du droit à la culture que les pouvoirs publics et les services publics organiques. Palliant les déficiences du marché et des organisations étatiques(1736), les associations présentent en effet une forte capacité d'innovation sociale et culturelle. Elles offrent des services d'intérêt général(1737) qui répondent à des besoins émergents ou restés insatisfaits. L'ancrage des associations dans la société civile leur permet de détecter les nouveaux besoins sociaux et culturels, de créer du lien social, de renforcer la démocratie culturelle, la cohésion sociale et la solidarité(1738). Plus particulièrement, en matière culturelle, la liberté vitale à ce secteur et à la démocratie impose la mise en œuvre d'un

H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge*, *Vol. I de 1830 à 1970, op. cit.*, pp. 127 et s., p. 137, note 72, p. 286, note 132 et P. Thiel, « Les centres culturels. Commentaires du décret de la Communauté française du 28 juillet 1992 », *Droit communal*, 1994, n° 2, pp. 100-121. Au sens du décret, les centres culturels sont des asbl gérées paritairement par les pouvoirs publics et les associations culturelles de la zone géographique concernée, dans le respect du Pacte culturel. En matière muséale, l'on a souligné la possibilité qu'offrait le décret de la Communauté française de reconnaître des musées gérés par des asbl de droit privé.

(1736) S. Mertens, « Associations et production de services », in *ASBL et missions de service public*, *op. cit.*, p. 50.

(1737) A. Dujardin, « Le Pacte associatif, engagements réciproques entre les pouvoirs publics et les associations », in *ASBL et missions de service public*, *op. cit.*, p. 75.

(1738) M. Nyssens, « Quels enjeux pour les dynamiques d'économie sociale ? Une perspective Nord-Sud », in *Une solidarité en actes : Gouvernance locale, économie sociale, pratiques populaires face à la globalisation*, S. Charlier, M. Nyssens, J.-P. Peemans et I. Y. Del Castillo (dir.), Louvain-la-Neuve, Presses Universitaires de Louvain, 2004, pp. 129-148.

principe de subsidiarité et donc le soutien au secteur privé. Ainsi est-il nécessaire, pour les pouvoirs publics, de reconnaître et de soutenir les trois grandes finalités poursuivies par le secteur associatif en Belgique : « la prestation de services d'intérêt collectif voire public, le changement de la société et des mentalités, le renforcement du lien social »[1739].

546. Dans ces cas de délégation, ce sont les pouvoirs publics qui restent responsables à l'égard du droit à la culture. Ceux-ci doivent garantir l'exécution des obligations découlant du droit à la culture dans la mise en œuvre du principe de subsidiarité. Si les pouvoirs publics n'assument pas le contrôle et la garantie de la mise en œuvre des obligations découlant du droit à la culture, le principe de subsidiarité peut, dans une certaine mesure, devenir un obstacle à la réalisation du droit à la culture alors même qu'il en constitue également une des concrétisations. En effet, si elle n'est pas accompagnée d'une régulation de la part de l'État et/ou de la création de services publics culturels, la seule mise en œuvre du principe de subsidiarité ne suffit pas à garantir l'exécution des obligations découlant du droit à la culture. Certains auteurs ont mis en lumière, de manière parfois excessivement critique, les dangers que l'oubli de la complémentarité entre subsidiarité et services publics peut impliquer. Selon Alain de Wasseige, la définition des politiques culturelles autour du seul principe de subsidiarité a permis en Communauté française de faire l'économie d'un débat sur les missions de service public qu'emporte le droit à la culture, sur l'orientation de ces missions dans une société donnée, sur les institutions publiques à créer et sur les modifications à apporter à la contractualisation existante des missions déléguées de service public[1740]. Pour cet auteur, l'absence d'une définition précise des missions de service public culturel et l'absence d'institutions culturelles fortes demeurent à la source d'inégalités dans la réalisation du droit à la culture[1741]. Cette « privatisation » de la réalisation

(1739) E. Szoc, « Pacte associatif : faire front », *Démocratie*, octobre 2006, n° 20.

(1740) A. De Wasseige, *Communauté Bruxelles-Wallonie. Quelles politiques culturelles ?*, Gerpinnes, Éditions Quorum, 2000, p. 416.

(1741) *Ibid*. L'auteur cite l'« inégalité de répartition territoriale des infrastructures et des institutions de démocratisation de la culture, de démocratie culturelle et d'accès aux conditions de création, inégalité dans les langages et les disciplines artistiques soutenues, multiplication des institutions poursuivant

du droit à la culture aurait par ailleurs un effet pervers profond : « [e]n raison du principe de subsidiarité, la Communauté française n'a pas effectué de distinction fondamentale de statut, entre organismes volontaires et institutions à mission de service public. Et la culture [...] a cessé d'être pensée en termes de service public »[1742]. Si l'on ne peut qu'adhérer aux craintes de l'auteur d'un oubli de la complémentarité entre subsidiarité et services publics culturels (dans lesquels l'auteur semble englober les missions d'intérêt général[1743]), l'on ne peut partager entièrement son opinion. En effet, ce n'est pas le principe de subsidiarité en lui-même qui est à la source d'un désinvestissement de la culture en termes de services publics ou d'intérêt général – si tant est que ce désinvestissement puisse être prouvé – puisque c'est sur la base de ce principe que l'on confie des services publics culturels fonctionnels ou des missions d'intérêt général à de nombreuses associations qui assument, de manière souvent plus pertinente et adéquate qu'un service public organique, des missions de service public et d'intérêt général. Si un désinvestissement de la culture en termes de services publics peut être prouvé, il proviendrait plutôt d'une impossibilité de penser la complémentarité entre services publics et subsidiarité plutôt que du principe de subsidiarité lui-même. Cette complémentarité doit être repensée, alors que les secteurs culturels sont désormais fragilisés par une marchandisation qui remet en cause l'existence même de services d'intérêt général.

547. Le véritable défi est donc de garantir une conciliation entre, d'une part, le principe de subsidiarité dont on a vu l'importance pour le droit à la culture et, d'autre part, la bonne exécution des obligations découlant du droit à la culture, y compris lorsque le principe de

---

des objectifs identiques, saupoudrage des moyens, dépendance des organismes à l'égard des piliers [...] ».

(1742) A. De Wasseige, *Refonder les politiques culturelles*, Bruxelles, Sans titre – 100 Titres, 2006. L'auteur établit ici une distinction entre des associations (celles qui sont « de service public » et celles qui sont « volontaires ») qui ont pourtant le même statut juridique. Il semble en effet utiliser l'expression « service public » pour désigner non seulement des services publics organiques et fonctionnels mais également des associations simplement chargées de missions d'intérêt général. Cette confusion provient sans doute du flou qui entoure souvent la nature exacte des missions établies à charge des asbl en contrepartie de subventions.

(1743) Voy. la note précédente.

subsidiarité est mis en œuvre. Cette conciliation impose aux pouvoirs publics des exercices d'équilibriste pour faire face aux multiples problèmes juridiques, voire éthiques, que la création ou le subventionnement d'associations par les pouvoirs publics peut poser[1744].

548. De plus, cette conciliation doit respecter les limites tracées par la liberté d'association. Ainsi, par exemple, l'intrusion des pouvoirs publics dans les organes des asbl et l'imposition de missions de service public en contrepartie de subventions ont fait l'objet de certaines réticences de la part du Conseil d'État, considérant « qu'il est difficile de combiner la liberté d'association qu'implique la loi du 27 juin 1921 [...] avec le contrôle que l'autorité entend légitimement imposer à une association sans but lucratif chargée d'une mission de service public » avant d'établir sur ce point une jurisprudence médiatrice. Celle-ci exclut que les pouvoirs publics règlent directement la composition des organes d'une association tout en admettant que « le pouvoir public subsidiant, dans la mesure où il s'agit de s'assurer de l'exécution de missions d'intérêt public confiées à l'association et du bon usage par celle-ci des subsides qui lui sont

(1744) Voy., sur les asbl communales, P. Lewalle, « Les A.S.B.L. communales. Organisation, missions et contrôles », *A.P.T.*, 1986, pp. 151-158 ; P. Blondiau, « Les A.S.B.L. communales : quels contrôles ? », *Mouv. Comm.*, 2000, pp. 476-484 ; A. Coenen, « L'évolution du contenu et des modes de gestion de l'intérêt communal », *Mouv. Comm.*, 1992, pp. 24-37 ; pp. 81-90 et pp. 140-151 ; J. Leboutte, « La démocratie communale », *Mouv. Comm.*, 1996, pp. 128-130 ; J. Mawet, « Le contrôle des A.S.B.L. communales », *Mouv. Comm.*, 1996, pp. 61-70 ; J. Mawet et J. Reiters, « Encore à propos des A.S.B.L. communales », *Rev. dr. commun.*, 1998, pp. 115-123 ; H. Schmidt, « De gemeentelijke vzw : jawel, zij bestaat », *De Gem.*, 1996, pp. 542-546 ; J. Mawet, « Quelles alternatives à la création d'A.S.B.L. communales ? », *Mouv. Comm.*, 1998, pp. 6-16 ; P. Blondiau, « Vers une nouvelle organisation des modes de gestion de l'intérêt communal ? », *Mouv. Comm.*, 2005, liv. 11, pp. 465-472 ; P. Blondiau, « Les modes de gestion d'équipements collectifs appartenant à une commune », *Mouv. Comm.* 1999, pp. 203-206 ; D. Déom, « La démocratie locale et les organismes locaux d'intérêt public », *Rev. dr. comm.*, 1995, n° 5, pp. 266-286 ; voy. le dossier *A.S.B.L. et missions de services publics*, *op. cit.*

Voy., sur les associations de communes, M. Louveaux, « Associations de communes », in *Répertoire pratique de droit belge,* Complément, t. V, pp. 1-98.

Voy. sur l'application du critère d'autorité administrative aux asbl, D. De Roy, « Être ou ne pas être... autorité administrative. Vers de nouvelles questions existentielles pour les A.S.B.L. satellites des institutions communales ? », *Rev. dr. commun.*, 2002, Vol. 2, pp. 200-216 et, sur les critères identifiant les autorités administratives, D. Déom, « Enseignement libre et autorité administrative : dis-moi oui, dis-moi non », *A.P.T,* 2004, pp. 95-104.

octroyés, détermine le contenu de certaines clauses du pacte social, à condition, toutefois, de respecter les prescriptions impératives de la loi du 27 juin 1921 »[1745].

549. Dans le respect de ces balises jurisprudentielles et de la liberté qui est à la source du secteur culturel, la conciliation entre liberté d'association, subsidiarité, missions de service public culturel et d'intérêt général culturel peut se réaliser à travers de multiples figures juridiques.

D'abord, elle peut se concrétiser dans des clauses permettant de s'assurer de la bonne exécution des obligations positives découlant du droit à la culture à travers une concession. La concession est en effet « un contrat administratif par lequel les autorités publiques chargent temporairement un particulier ou une personne publique de gérer un service public à ses frais, risques et périls, sous leur contrôle et selon les modalités qu'elles déterminent, moyennant une rémunération que le concessionnaire doit en principe percevoir à charge des usagers »[1746]. Dans ces cas, la liberté du secteur privé est préservée et la bonne exécution des obligations découlant du droit à la culture est garantie par les clauses de la concession. Certains théâtres bénéficient ainsi de concessions de service public, parfois implicites[1747].

(1745) *Ibid*., note en bas de page 72.

(1746) A. Mast, A. Alen et J. Dujardin, *Précis de droit administratif belge*, Bruxelles, Story–Scientia, 1989, p. 113.

(1747) Voy. notamment le statut controversé du Théâtre royal du Parc, longtemps exploité sous forme de concession (jusqu'en 1976 en tout cas) et qui est désormais une fondation (créée par les autorités de la ville de Bruxelles) reconnue d'utilité publique par arrêté royal et bénéficiant d'une subvention établie par un contrat-programme de la part de la Communauté française. Le Conseil d'État a jugé que cette fondation avait été « constituée dans un but d'intérêt général » et qu'elle « exerce son activité au profit du public, sans toutefois que cette activité se distingue significativement, par ses finalités, ses modalités ou son contenu, de celle que pourrait exercer une institution culturelle privée ; qu'il convient en particulier de relever que son activité ne s'inscrit pas dans l'exécution de dispositions législatives ou réglementaires et que la ville de Bruxelles ne lui a pas confié de missions précises » (C.E., arrêt *Duquesnes*, n° 207.827, du 1er octobre 2010, p. 5). Dès lors, pour le Conseil d'État, le Théâtre royal du Parc « est donc une personne juridique constituée par une autorité publique sous une forme de droit commun, pour exercer de manière autonome une activité d'intérêt général » *(ibid*., p. 7). Par conséquent, « le contrôle exercé sur elle par cette autorité publique n'emprunte pas d'autres voies que celles du droit commun » et la fondation « bénéficie de subventions

Ensuite, la conciliation peut se réaliser par l'institutionnalisation d'une subvention. La subvention peut être définie comme « une allocation d'argent à fonds perdus consentie par les pouvoirs publics à des personnes morales de droit public et de droit privé ainsi qu'aux personnes physiques en vue de favoriser le développement d'activités jugées utiles à l'intérêt général »[1748] mais il existe de nombreuses controverses sur la définition de la subvention, certains auteurs considérant qu'elle ne peut être qu'une aide et non pas l'exécution d'une obligation[1749] et certain jugeant que la subvention n'est pas forcément une aide financière mais peut être une aide en nature[1750]. En ce qui concerne le secteur culturel, il apparaît très clairement que l'action publique culturelle, la mise en œuvre des services publics culturels, l'exécution des missions d'intérêt général culturel et la réalisation des obligations découlant du droit à la culture s'organisent surtout autour de subventions, qui concernent un nombre important d'institutions. Ce sont ainsi des particuliers, souvent des asbl privées ou semi-publiques, qui assumeront alors concrètement certaines obligations déduites du droit à la culture. La subvention opère souvent après vérification des conditions de reconnaissance – ou d'agrément – et après avis des instances d'avis compétentes[1751].

---

publiques dont l'octroi et l'utilisation sont assortis de conditions et de contrôles, sans pour autant être soumise ni dans son fonctionnement ni dans son activité à un régime juridique spécial ». En conclusion, pour le Conseil d'État, le Théâtre royal du Parc « ne peut dès lors être considéré comme un service public organique ». Mais peut-il constituer un service public fonctionnel ? Le Conseil d'État n'a pas répondu à cette question, considérant que, « dans la mesure où l'acte attaqué ne s'inscrit pas dans l'exercice des prestations que la partie adverse fournit au public, il n'est pas nécessaire d'examiner si, par ailleurs, tout ou partie de celle-ci revêt le caractère d'un service public fonctionnel » (*ibid.*, p. 7).

(1748) N. Van Der Maren, « Les subventions des pouvoirs publics », in *Guide de droit immobilier*, Bruxelles, Kluwer, DIMM 60 (octobre 2010), VII.7.1.1.-1., p. 15.

(1749) Certains auteurs considèrent que, dès lors que le décaissement concerne l'exécution d'obligations imposées aux pouvoirs publics, il s'agit d'un marché public et que les subventions ne concernent que des « aides ». Ceci impliquerait une requalification de très nombreuses subventions en matière culturelle qui, comme on l'a démontré *supra*, doivent être considérées comme l'exécution d'obligations déduites des droits fondamentaux. Voy., pour une définition de la subvention qui semble exclure les obligations incombant aux pouvoirs publics, D. Renders, T. Bombois et L. Vansnick, « La définition de la subvention », in *Les subventions*, D. Renders (dir.), Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 11-158.

(1750) C.-H. Born, « Un statut pour les associations de protection de l'environnement », in *Acteurs et outils de l'environnement. Développements récents, développements (peut-être) à venir*, Limal, Anthemis, 2010, pp. 333 et s.

(1751) Décr. Comm. fr. du 10 avril 2003 relatif au fonctionnement sur les instances d'avis, *Mon. b.*, 9 mai 2003.

Dans le cadre d'une subvention, les pouvoirs publics doivent respecter les principes de légalité et d'égalité, qui peuvent être considérés comme des garanties de la bonne exécution des obligations induites du droit à la culture. En principe, ces exigences d'égalité et de légalité doivent permettre de concilier la liberté d'association et la bonne exécution des missions d'intérêt général et des obligations induites du droit à la culture. En ce qui concerne le principe de légalité, rappelons que la subvention nécessite une autorisation budgétaire, c'est-à-dire une loi budgétaire (qui n'est une loi qu'au sens formel du terme)(1752). De plus, « les conditions d'octroi de la subvention, son (ses) bénéficiaire(s), les fins pour lesquelles elle est octroyée, son montant ou encore les modalités de son paiement et du contrôle de son utilisation »(1753) doivent figurer dans une loi au sens matériel du terme. L'article 12, alinéa 3, des lois sur la compatibilité de l'État, coordonnées le 17 juillet 1991, prévoit que cette intervention législative au sens matériel du terme peut prendre « la forme d'une législation organique ou d'une disposition spéciale du budget, en plus de son inscription budgétaire »(1754). Les éléments essentiels de la subvention doivent donc impérativement être établis dans une loi au sens matériel du terme. Cette nécessité découle en réalité des articles 10 et 11 de la Constitution(1755). Or, « cette exigence d'égalité est renforcée en matière culturelle »(1756) par le Pacte culturel, et spécialement par son article 10, alinéa 1er, qui dispose que « les règles d'agréation et d'octroi des subsides en espèces et en nature en faveur d'activités culturelles régulières ne peuvent être établies selon les cas qu'en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une délibération de l'assemblée représentative de l'autorité publique ». Pour Michel Quintin, cette disposition implique que les « critères objectifs permettant d'établir le montant de la subvention doivent

(1752) S. Ben Messaoud, P. Bouvier, L. Gallez et N. Van Der Maren, « Le régime d'institutionnalisation de la subvention », in *Les subventions*, *op. cit.*, pp. 181-188.

(1753) *Ibid.*, p. 188.

(1754) *Ibid.*, p. 189.

(1755) Avis C.E., section de législation, n° 33.745/4, du 30 octobre 2002 sur un avant-projet cadre relatif à la reconnaissance et au subventionnement du secteur professionnel des arts de la scène, *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 2002-2003, n° 359/1, p. 48.

(1756) Voy. S. Ben Messaoud, P. Bouvier, L. Gallez et N. Van Der Maren, « Le régime d'institutionnalisation de la subvention », *op. cit.*, p. 208 ; M. Quintin, *La protection du patrimoine culturel*, *op. cit.*, p. 429.

figurer dans le décret lui-même »[1757] et que les habilitations législatives doivent être très limitées[1758].

Force est cependant de constater que la subvention n'est pas toujours la panacée lorsqu'il s'agit de concilier liberté d'association, autonomie d'action, missions d'intérêt général et obligations déduites du droit à la culture. En effet, en pratique, de nombreuses subventions sont accordées ou refusées en violation des principes rappelés ci-dessus[1759]. Par ailleurs, l'application des principes inscrits dans la loi dite du Pacte culturel aux associations subventionnées peut également induire une rupture de l'équilibre entre liberté d'association, subsidiarité, missions d'intérêt général culturel et service public culturel. En effet, rappelons que, pour une association, même de droit privé, le simple fait de participer à un service public culturel fonctionnel ou de bénéficier d'une subvention peut suffire pour qu'elle soit considérée comme soumise aux obligations déduites du Pacte culturel, notamment celles qui concernent les organes de décision[1760].

550. Les équilibres à trouver dans les relations entre pouvoirs publics, services publics, associations et subsidiarité ont fait l'objet d'intenses réflexions ces dernières années dans le monde associatif lui-même et dans le chef des pouvoirs publics[1761]. Ce processus de réflexion a débouché, le 30 mai 2008, sur l'adoption en première lecture par les gouvernements de la Communauté française, de la Région wallonne et de la Commission communautaire française, d'une Charte d'engagements des pouvoirs publics à l'égard des associations, appelée Charte associative. Cette Charte poursuit plusieurs objectifs dont celui d'établir un « front commun » entre pouvoirs publics et associations

(1757) M. Quintin, *La protection du patrimoine culturel*, *op. cit.*, p. 249.

(1758) Voy. sur ce point, l'avis du C.E., section de législation, n° 33.730/4 du 9 juillet 2008 sur un avant-projet de décret du 24 octobre 2008 déterminant les conditions de subventionnement de l'emploi dans les secteurs socioculturels de la Communauté française, cité par S. Ben Messaoud, P. Bouvier, L. Gallez et N. Van Der Maren, « Le régime d'institutionnalisation de la subvention », *op. cit.*, p. 208.

(1759) P. Berckx, « Nog steeds cultuursubsidies in strijd met de cultuurpactwet », *T.B.P.*, 1995, pp. 271-274.

(1760) Voy. F. Belleflamme, « Le Pacte culturel, son champ d'application et les conséquences pour les ASBL », *op. cit.*, pp. 151-173 ; D. De Roy, « L'incidence de l'octroi d'une subvention », in *Les subventions*, *op. cit.*, pp. 428-434.

(1761) Voy. notamment les contributions dans le numéro de la revue Politique consacré au Pacte : « État-associations : thérapie de couple. Vers un nouveau pacte associatif », *Politique*, n° 32, décembre 2003.

contre la marchandisation et la libéralisation[1762]. Elle consacre plusieurs grands principes qui doivent diriger les relations entre pouvoirs publics et associations. Le premier est le principe d'égalité et de non-discrimination entre les associations prestant des missions d'intérêt général, tant au plan local que régional. Le deuxième principe est fondamental : il s'agit du « développement de la complémentarité et non de la concurrence entre les pouvoirs publics et la vie associative, au travers par exemple de la délégation de missions d'intérêt collectif au secteur associatif »[1763]. Le troisième principe est celui du « respect de l'autonomie des associations et du maintien des subventions ». Le quatrième principe est celui de « l'évaluation et du contrôle des services d'intérêt général subsidiés »[1764].

Ces principes fondateurs des relations entre pouvoirs publics et associations peuvent garantir la conciliation entre le respect, la protection et la réalisation de la liberté culturelle et le respect, la protection et la réalisation des autres attributs du droit à la culture. Ces principes permettent d'assurer que le droit à la culture, dans son ensemble, soit respecté. En particulier, l'évaluation des missions déléguées de service public culturel doit pouvoir donner les moyens aux pouvoirs publics de contrôler la réalisation de ces missions et que l'équilibre entre liberté culturelle et les autres composantes du droit à la culture soit respecté. Force est cependant de constater que, parfois, la délégation de service public qui s'opère dans la reconnaissance et le subventionnement de l'asbl ou plus largement des institutions privées, reste informelle voire est inexistante. Les décrets se contentent de décrire les mécanismes de subventionnement et les conditions à remplir pour être subventionné ou le cadre des contrats-programmes, sans stipuler si des missions de service public sont déléguées par cette voie, l'objet de ces missions et le contrôle qui s'exercera sur ces dernières. Il y a là nécessité de formaliser la complémentarité entre services publics, missions d'intérêt général et principe de subsidiarité.

551. Signalons également que, dans le contexte d'une montée en puissance de la logique économique, les pouvoirs publics seront

(1762) E. Szoc, « Pacte associatif : l'union contre la marchandisation », *Démocratie*, novembre 2006 ; E. Szoc, « Le Pacte associatif », *La Revue Nouvelle*, 2008, n° 1, pp. 8-10.

(1763) A. Dujardin, « Le Pacte associatif, engagements réciproques entre les pouvoirs publics et les associations », *op. cit.*, p. 78.

(1764) *Ibid.*, p. 78.

également amenés, de plus en plus souvent, à développer une fonction de régulation du secteur privé qui déléguera, le cas échéant, la réalisation de certaines obligations découlant du droit à la culture à ces acteurs privés[1765].

Conclusions du Chapitre III

552. Ce chapitre avait pour objectif de sérier l'ensemble des obligations précises qui découlent du droit à la culture et d'identifier leurs débiteurs. Les derniers éléments constitutifs du droit à la culture ont ainsi été précisés, ce qui permet de finaliser la description du régime juridique de ce droit et de poser les jalons d'une identification précise des effets qu'il emporte.

Les obligations découlant du droit à la culture, comme les prérogatives que ce droit postule, le constituent en tant qu'objet juridique distinct. L'identification d'obligations précises pour les États à l'égard du droit à la culture est une condition *sine qua non* de l'effectivité et de la justiciabilité de ce droit.

553. L'identification des obligations découlant du droit à la culture a été réalisée en recoupant les diverses prérogatives définies dans le chapitre précédent avec la théorie générale des obligations élaborée dans le droit des droits de l'homme. Cette théorie générale des obligations permet de dépasser la distinction obsolète entre générations de droit – qui a particulièrement fragilisé le droit à la culture – en établissant un ensemble d'obligations valables pour chaque droit fondamental. Tous les droits fondamentaux, y compris le droit à la culture, impliquent des obligations positives et négatives, immédiates et progressives. Ces obligations peuvent être classées selon qu'elles imposent une obligation de ne pas faire (obligation de respecter), une obligation de protéger le droit contre des immixtions extérieures ou une obligation de réaliser. Dans ce chapitre, chaque obligation générale a été déclinée en obligations particulières liées à toutes les prérogatives du droit à la culture. Nous renverrons ici le lecteur au tableau récapitulatif effectué *supra*, qui reprend l'ensemble des obligations découlant du droit à la culture.

(1765) J.-L. Genard, « Les politiques culturelles de la Communauté française de Belgique : fondements, enjeux et défis », in *Tendances et défis des politiques culturelles. Cas nationaux en perspective*, Québec, Presses de l'Université de Laval, 2010, pp. 190-192.

Soulignons qu'une série d'obligations induites du droit à la culture concerne également d'autres droits fondamentaux. Toutefois, même si ces obligations sont souvent consacrées dans d'autres instruments, il n'en reste pas moins que ces dernières, au premier rang desquelles on trouve l'obligation de respecter la liberté artistique, trouvent dans le droit à la culture un éclairage nouveau. En effet, à notre sens, ce droit accentue l'obligation de respecter la dimension culturelle de ces libertés, alors qu'elle est souvent négligée(1766). Ceci implique notamment l'obligation de consacrer et de respecter la spécificité de l'expression artistique et culturelle, alors qu'actuellement l'inclusion de la liberté d'expression de l'artiste dans la liberté d'expression générale induit l'inexistence d'un régime juridique adéquat à la création artistique(1767) et conduit parfois à négliger la spécificité de son expression. Ainsi, l'exclusion du champ de la liberté d'expression des œuvres de pure forme, l'absence d'un régime juridique pour la fiction et l'absence de prise en compte des mécanismes spécifiques de subversion artistique pourraient dans certains cas s'analyser comme une violation de l'obligation de respecter la spécificité de l'expression artistique et culturelle(1768). Par ailleurs, la revalorisation de la liberté culturelle inhérente au droit à la culture implique que, dans les politiques visant à mettre en œuvre l'accès et la participation à la culture, le respect de la liberté culturelle soit recherché.

(1766) M. Verdussen, « Les droits de l'homme et la création artistique », *op. cit.*, p. 1010 et pp. 1014-1015.

(1767) Sur l'inclusion de la liberté d'expression de l'artiste dans la liberté d'expression en général : M. Verdussen, *op. cit.*, pp. 1001-1015 ; J. Velaers, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, *op. cit.*, pp. 54-76 ; K. Rimanque et F. Reyntjens, « Kunst en de vrijheid van expressie en haar beperkingen », *op. cit.*, pp. 1-24 ; J. Velaers, « De kunstvrijheid als vrijheid van meningsuiting en de grenzen ervan », *op. cit.*, p. 2 ; A. Alkema, « De vrijheid van de kunst als onderdeel van de grondrechtelijke communicatievrijheid in het licht van de EVRM » , *op. cit.*, p. 9 ; F. Delpérée, « Libres propos sur la liberté d'expression », *op. cit.*, p. 106, D. Voorhof, « De tentoonstelling van picturale kunst en de goede zeden », note sous Gand, 2 mai 1988, *T.G.R.*, 1988, p. 119 ; L. D. Duboff et C. O. King, *Art Law in a Nutshell*, *op. cit.*, pp. 232-255.

(1768) P. Kearns, *The Legal Concept of Art*, Oxford, Hart Publishing, 1998 ; F. Perin, « Le statut juridique des spectacles et la liberté d'opinion », *op. cit.*, p. 18 ; D. Lefranc, « L'affaire 'Apocalypse' : un revirement dans la jurisprudence de la CEDH en matière de liberté d'expression artistique ? », *A&M*, 2007, n° 4, pp. 332-336.

Conclusions du Titre II

554. Ce second titre avait pour objectif de démontrer la possibilité de construire un régime juridique complet et cohérent du droit à la culture. À cette fin, il était nécessaire de préciser les éléments constitutifs du droit à la culture : son objet, les prérogatives qu'il implique et les obligations qui en découlent.

555. Dans un premier chapitre, c'est l'objet du droit à la culture qui a été circonscrit. Cet objet s'étend à la diversité culturelle, c'est-à-dire à l'ensemble des pratiques et des expressions culturelles qui, respectant les principes démocratiques, renvoient de manière artistique, créative et/ou critique à des questions de société ou à des questions esthétiques. Il n'intègre les préoccupations liées à l'identité culturelle que comme un enjeu ou une dimension du droit à la culture et non comme un élément de ce droit.

556. Dans un deuxième chapitre, les prérogatives qu'emporte le droit à la culture ont été identifiées en se basant sur l'objet du droit à la culture et des développements du droit international et du droit constitutionnel. Ce droit implique d'abord la liberté de création. Cette liberté se prolonge dans le droit au maintien, au développement et à la promotion de la diversité culturelle et des patrimoines. Le droit à la culture consacre ensuite, par rapport à cette diversité et à ces patrimoines, un droit d'accéder à la culture, et d'y participer. De ce droit se déduit également la liberté de choix quant aux œuvres et aux pratiques culturelles qui seront privilégiées par les titulaires du droit à la culture. Enfin, au niveau procédural, ce droit consacre un droit de participer à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques culturelles.

La définition des prérogatives du droit à la culture s'accompagne forcément de l'identification des titulaires de ces prérogatives. Les titulaires du droit à la culture sont en principe les individus sauf pour le droit de participer à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques culturelles, où des groupes peuvent être concernés.

557. Dans un troisième chapitre, ce sont les obligations qu'emporte le droit à la culture qui ont été précisées, ainsi que leurs

débiteurs. Ces obligations ont été découvertes en croisant les prérogatives particulières induites du droit à la culture et le régime général des obligations découlant des droits de l'homme.

CONCLUSIONS DE LA DEUXIÈME PARTIE

558. Au terme de la deuxième partie, force est de constater que l'idée d'un droit à la culture évanescent, simple déclaration de principe sans contenu juridique, n'est plus guère tenable. L'analyse des sources de ce droit et de ses éléments constitutifs a permis de dégager, *de lege lata*, le régime juridique du droit à la culture.

559. Un premier titre a été consacré à l'étude des sources du droit à la culture. Dans un premier temps, ce sont ses sources internationales qui ont été étudiées. Dans un second temps, le corpus constitutionnel belge a retenu notre attention.

En droit international, le droit à la culture est apparu éclaté entre plusieurs instruments de nature différente, fragmenté entre des sources consacrées de la première et de la deuxième génération, entre des textes applicables directement et des déclarations dépourvues de force obligatoire, entre des instruments protégeant des groupes et des instruments universels et entre des textes proclamant des droits fondamentaux et d'autres régissant les politiques culturelles. Ces textes mobilisent par ailleurs systématiquement des concepts non définis, qui peuvent être interprétés dans des sens radicalement différents et tellement ouverts qu'ils en finissent parfois par être dénués de substance.

En droit constitutionnel, le droit à la culture a d'abord été implicitement reconnu dans des normes « objectives », qui répartissent les compétences culturelles, avant d'être consacré en tant que droit fondamental dans les droits constitutionnels culturels. En 1994, le Constituant belge a enfin inséré explicitement les droits culturels et le « droit à l'épanouissement culturel » dans la Constitution belge. La formulation bâclée de ce droit atteste d'un certain manque d'enthousiasme à son égard ; il aurait été préférable de suivre la dénomination consacrée en droit international. Malgré son imperfection, cette consécration constitutionnelle du droit à la culture est fondamentale car elle inscrit le droit à la culture au cœur des valeurs constitutionnelles de la Belgique, elle légitime les politiques

culturelles menées dans le but de réaliser les droits culturels et elle emporte des effets juridiques concrets pour les particuliers.

560. Sur la base de cette mise en relation de l'ensemble des sources du droit à la culture, l'identification des éléments du régime juridique du droit à la culture a été réalisée. Les éléments constitutifs du droit à la culture ont ainsi, *de lege lata*, été précisés, en droit international et en droit constitutionnel.

L'objet du droit à la culture a été défini comme s'étendant à la diversité des expressions culturelles, c'est-à-dire à l'ensemble des pratiques et des œuvres, des activités socio-culturelles et des éléments du patrimoine qui expriment, par des procédés artistiques, créatifs, critiques et expressifs, une recherche sur le sens des expériences humaines et sociales. Les prérogatives qui s'exercent sur cet objet sont les suivantes : liberté artistique ; droit au maintien, à la conservation et au développement des cultures et des patrimoines ; droit d'accéder à la culture ; droit de participer à la culture ; liberté de choix et droit de participer à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques culturelles. L'identification des prérogatives allant de pair avec celle de leurs titulaires, ces derniers ont été identifiés dans la foulée : le droit à la culture est un droit individuel à forte dimension collective, c'est pourquoi il s'exerce en grande partie en association et en groupe.

Enfin, les obligations qu'emporte le droit à la culture ont été définies en recoupant les prérogatives dégagées avec la théorie générale des obligations de respecter, protéger et réaliser. Ces obligations reposent sur les épaules d'un ensemble de débiteurs que constituent les collectivités publiques. Elles sont particulièrement importantes dans le cas des collectivités compétentes en matière culturelle.

561. Il reste maintenant, afin de démontrer l'existence juridique du droit à la culture, à développer, sur la base des conclusions de cette deuxième partie, l'étude de l'effectivité du droit à la culture. Cette étude prolonge la construction du régime juridique du droit à la culture dont les éléments constitutifs sont d'ores et déjà définis.

PARTIE III.

LA JUSTICIABILITÉ DU DROIT À LA CULTURE

INTRODUCTION DE LA TROISIÈME PARTIE

562. Comme on l'a rappelé dans l'introduction générale, la juridicité du droit à la culture dépend notamment de sa capacité à produire des effets utiles pour ses titulaires et notamment de sa justiciabilité[1769], c'est-à-dire des garanties juridictionnelles qui accompagnent ce droit (voy. *Introduction générale*). La présente partie entend ainsi déterminer si le droit à la culture est un droit apte à être mobilisé par un particulier. Elle vise également à préciser dans quelle mesure le juge peut ou doit prendre en compte ce droit[1770].

563. Malgré les idées reçues et le nombre très restreint d'application jurisprudentielle du droit à la culture[1771], ce droit, à notre sens, ne se réduit pas à un souhait du Constituant et des rédacteurs des Pactes de voir le législateur culturel soutenir l'accès et la participation à la culture. La question de la justiciabilité du droit à la culture est bien plus complexe que ce que ne le donne à penser une lecture hâtive de certains textes. En effet, la justiciabilité est une notion large et graduelle qui inclut les concepts d'effet direct au sens restreint, d'effet direct au sens large et d'effet d'orientation. La question de la justiciabilité d'un droit ne doit donc pas être confondue avec celle de certaines de ses applications, comme l'effet direct au sens restreint[1772].

(1769) Dans le cadre de cet ouvrage, on utilise indifféremment les vocables « justiciabilité » et « invocabilité ». Voy. notamment, sur l'invocabilité, L. Burgorgue-Larsen, « Ombres et lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *C.D.E.*, 2004, liv. 5-6, pp. 663-690.

(1770) O. De Schutter, « La garantie des droits et principes sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 118.

(1771) Par ailleurs, force est de constater que, même lorsque les requérants invoquent le droit à la culture, les juges préfèrent parfois ne pas répondre à l'argument invoqué et occulter ainsi cet aspect du litige. Pour un exemple récent, voy. l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 5 mai 2011 (C.C., arrêt n° 60/2011, du 5 mai 2011).

(1772) Qui ne vise quant à elle que la question de la possibilité pour une norme de donner, de manière autonome, la solution à un litige. Voy.

564. Il s'agit ici d'identifier, *de lege lata* et de *lege ferenda*, les mécanismes qui permettent aux individus de se saisir de ce droit et d'évaluer leur intensité en puisant dans les maigres applications jurisprudentielles dont ce droit a fait l'objet, dans la théorie générale des droits fondamentaux et dans le droit des droits fondamentaux et des politiques culturelles. Dans le **titre préliminaire** de cette troisième partie, nous reviendrons sur les concepts d'effet d'orientation, d'effet direct « au sens large » et « au sens restreint » afin de baliser au plan conceptuel les développements ultérieurs et de donner au lecteur un panorama des nuances de ce que recouvre la justiciabilité du droit à la culture. Le **premier titre** est consacré à l'étude de l'effet direct « au sens restreint » du droit à la culture. *De lege lata* et *de lege ferenda*, il s'agit d'identifier l'ensemble des cas dans lesquels le droit à la culture confère un « titre à statuer » au justiciable. Ensuite, dans le **second titre**, c'est l'obligation de *standstill* qui est précisée en ce qu'elle concerne le droit à la culture. Cette obligation permet en effet d'affiner le contrôle de compatibilité exercé à partir du droit à la culture et de préciser l'effet direct « au sens large » de ce droit.

O. De Schutter, « La garantie des droits et principes sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 118.

TITRE PRÉLIMINAIRE.
LES DEGRÉS DE JUSTICIABILITÉ DU DROIT À LA CULTURE

565. La justiciabilité du droit à la culture présente une palette de nuances importante, qu'il s'agit ici de clarifier. Ce droit possède un effet d'orientation (**Chapitre I**) qui guide l'interprétation. Il déploie également, dans une certaine mesure, des effets directs (**Chapitre II**).

CHAPITRE I.
L'effet d'orientation

L'effet d'orientation du droit à la culture vise son aptitude à constituer un principe d'interprétation[1773]. La « doctrine Waleffe », inaugurée par un arrêt de la Cour de cassation du 20 avril 1950[1774] rend en effet obligatoire l'interprétation conforme des lois à la Constitution[1775] pour le juge et pour l'administration. Les travaux préparatoires consacrés à l'article 23 et la doctrine qui s'y est intéressée[1776] insistent sur cette directive d'interprétation[1777] car elle permet de renforcer médiatement l'effectivité des droits économiques, sociaux et culturels[1778]. La Cour du travail de Bruxelles, dans un arrêt relatif au droit à l'intégration des personnes handicapées et au droit à l'intégration de ces personnes dans l'enseignement

(1773) M. Verdussen, « Le droit à un environnement sain dans les Constitutions des États européens », *op. cit.*, pp. 327 et s.

(1774) Cass., 20 avril 1950, *Pas.*, 1950, I., p. 560.

(1775) Voy. F. Ost, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », *op. cit.*, p. 169.

(1776) Voy. notamment E. Brems, « De nieuwe grondrechten in de Belgische Grondwet en hun verhouding tot het Internationale, inzonderheid het Europese Recht », *T.B.P.*, 1995, p. 631, dans lequel l'auteur revient sur les étapes préparatoires à l'insertion dans la Constitution des droits économiques, sociaux et culturels ; R. Ergec, « Introduction générale », in *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, *op. cit.*, p. 17 ; D. De Bruyn, « Le droit constitutionnel au travail », *Ann. dr. Louvain*, 1996, pp. 209-210 ; N. Bernard, « Le droit constitutionnel au logement comme arrière-plan indissociable du droit du bail », *op. cit.*, p. 12, n° 20 ; J. Vande Lanotte et G. Goedertier, *Overzicht publiekrecht*, *op. cit.*, p. 659, n° 919.

Sur le parallèle entre cette interprétation conforme et celle réalisée avec le droit communautaire : V. Barbe et F.-X. Millet, « Contribution à l'étude de l'effectivité de la constitutionnalisation en droit de l'environnement », *Rev. trim. dr. h.*, 2009, n° 78, pp. 486-487.

C. Picheral, H. Surrel, F. Sudre, S. Priso-Essawe et C. Maubernard, « Droit communautaire des droits fondamentaux » *Rev. trim. dr. h.*, 2003, n° 55, pp. 871-894.

(1777) Voy. Proposition Stroobant-Taminiaux, p. 13, Rapport Arts-Nelis, p. 62, Proposition de révision du titre II de la Constitution, par l'insertion d'un article 24*bis* relatif aux droits économiques et sociaux par Mme Breyne et Mr. Gehlen, *Doc. parl.*, Chambre, sess. extr. 1991-1992, n° 281/1, p. 9.

(1778) N. Bernard, « L'effectivité du droit constitutionnel au logement », *op. cit.*, p. 160.

général tel que consacré par la Convention relative aux droits des personnes handicapées faite à New York le 13 décembre 2006, a formulé en ces termes l'effet d'orientation : « [c]ertes, cette disposition [l'article 24 de la Convention] n'a-t-elle pas d'effet direct en ce sens qu'elle ne crée pas le droit à des prestations précises, dont les justiciables pourraient exiger l'octroi devant les juridictions nationales. En revanche, l'État belge s'est engagé à remplir les objectifs fixés par la Convention et le juge doit en tenir compte lorsqu'il interprète le droit national. Dans les limites imposées par le texte de droit national, celui-ci doit être interprété dans toute la mesure du possible de telle manière qu'il soit conforme aux dispositions de droit international qui lient la Belgique ». Par conséquent, « [l]a réglementation doit donc être interprétée, sans pour autant trahir son texte, de manière à permettre la réalisation des objectifs qui viennent d'être énoncés »[(1779)].

Comme le droit à l'aide sociale, le droit à la culture doit ainsi jouer le rôle de standard dans l'interprétation des normes[(1780)]. En matière culturelle, la Cour constitutionnelle a appliqué cet effet d'orientation lors des arrêts *Carrefour*, en y rappelant l'importance du droit à l'épanouissement culturel. Dans ces arrêts, c'est surtout l'importance de la liberté de choix pour le droit à la culture qui a été prise en compte[(1781)]. La Cour constitutionnelle a ainsi précisé dans les arrêts Carrefour que l'individu, en Belgique, avait droit à l'épanouissement culturel « qu'il choisit librement »[(1782)]. Quant aux juridictions de fond, elles prennent en compte, de manière sporadique, le droit à l'épanouissement culturel. Ainsi, le premier avocat général près la Cour de cassation J.-F. Leclercq a appliqué ce principe de l'interprétation conforme pour le droit constitutionnel à l'épanouissement culturel. Celui-ci a exclu une interprétation de l'exigence légale de la cohabitation pour le bénéfice de certains droits sociaux qui nuisait à l'épanouissement culturel et social que

(1779) Bruxelles, 18 juin 2012, *Cocof. c. T.M.*, 5e feuillet.

(1780) R. Ergec, « Introduction générale », in *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, *op. cit.*, p. 17.

(1781) C.C., arrêt n° 88/2003, du 24 juin 2003.

(1782) C.C., arrêt n° 54/96, du 3 octobre 1996, B.7.2. et arrêts subséquents (C.C., arrêts n° 50/99, du 29 avril 1999 ; n° 56/2000, du 17 mai 2000 ; n° 145/2001, du 20 novembre 2001).

C.E., arrêt *Communauté flamande*, n° 179.511, du 12 février 2008.

retire un enfant de ses voyages scolaires et culturels – et qui, par ailleurs, entraîne une interruption de la vie sous le même toit –[1783]. Les cours et tribunaux ont également déjà appliqué cette directive d'interprétation, notamment en considérant que l'accès à l'internet, qui relève du droit à l'épanouissement culturel, devait être pris en compte dans la définition de l'état de besoin nécessaire pour l'octroi de l'aide sociale. Un arrêt de la Cour du travail de Liège dispose en effet que dans certains cas, la dignité humaine d'une personne qui n'avait pas accès à l'information et aux communications diffusées sur l'internet peut être bafouée. Dans le cas d'espèce, il a semblé aux juges qu'une connexion à internet était essentielle pour le requérant car elle constituait un des seuls moyens à sa disposition pour « communiquer avec le monde extérieur et s'ouvrir à la culture »[1784]. Le tribunal civil de Tournai a également pris en compte le droit à l'épanouissement culturel pour apprécier la portée du droit de poursuivre des études en estimant que « la poursuite des études constitue un droit reconnu non seulement par l'article 203 du Code civil comme corollaire de l'obligation des parents à assurer à leurs enfants une formation adéquate, mais également, à tout le moins de manière indirecte par la Constitution dans le cadre du droit au travail et au libre choix d'une profession (art. 23, 1°) et du droit à l'épanouissement culturel et social (art. 23, 5°), dont les études constituent sans conteste l'instrument nécessaire »[1785].

Il faut donc considérer que le droit à la culture recouvre, *a minima*, un effet d'orientation. Mais, comme le démontre Aurélien Vandeburie, le principe de l'interprétation conforme, bien que séduisant, comporte des limites : l'interprétation conforme ne permet pas « d'accorder à la règle de droit interprétée un sens qu'elle ne pouvait (pourrait) manifestement pas avoir ». Ainsi, le juge devra opérer une « sélection parmi l'ensemble des interprétations possibles » du texte interprété, mais ne pourra pas sortir de ce périmètre[1786]. Ce n'est que dans ce périmètre, qui peut être étroit, que le juge devra interpréter les lois conformément au droit à l'épanouissement culturel.

(1783) Cass., 7 octobre 2002, concl. du premier avocat général J.-F. Leclercq.

(1784) Cour du travail de Liège, 4 mars 2008.

(1785) Civ. Tournai, 19 décembre 2000, *J.D.J.*, 2001, n° 206, p. 41.

(1786) A. Vandeburie, *L'article 23 de la Constitution. Coquille vide ou boîte aux trésors ?*, *op. cit.*, p. 44, n^{os} 43 et s.

CHAPITRE II.
L'EFFET DIRECT

566. Comme on l'a rappelé dans l'introduction générale, l'effet direct vise l'aptitude d'une norme à fournir au juge les éléments permettant de trancher un litige. La question de l'effet direct vaut pour les normes internationales et constitutionnelles et pose au juge la question de savoir « s'il peut appliquer directement la norme, sans empiéter sur la marge d'appréciation revenant au législateur en vertu du principe de la séparation des pouvoirs »[1787].

567. La question de l'effet direct concerne à la fois le contentieux subjectif et le contentieux objectif[1788]. Michel Pâques établit ainsi une distinction entre l'effet direct de « revendication », ci-dessous dénommé « effet direct au sens restreint » (**Section II**), qui vise la possibilité d'introduire une action en justice et qui est déterminé par l'existence d'un droit subjectif, et l'effet direct de « contestation », qui vise l'invocation d'une règle constitutionnelle ou internationale pour contrôler une norme inférieure, au contentieux objectif[1789] ci-dessous dénommé « effet direct au sens large » (**Section I**). Au contentieux objectif, la question de l'effet direct ne concerne pas la saisine du juge. Elle concerne par contre la portée qu'il faut donner à la norme de référence invoquée dans la question

(1787) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, p. 264, n° 229. L'auteur retient une conception restreinte de l'effet direct (n° 226) mais stipule expressément que cette précision sur la question que l'effet direct vaut « quelle que soit la définition de l'effet direct retenue » (n° 227, p. 263). Voy. également A. Vanwelkenhuyzen, « L'application directe et l'effet indirect des normes constitutionnelles », *op. cit.*, pp. 95-115 ; L. Favoreu, « L'application directe et l'effet indirect des normes constitutionnelles », *op. cit.*, p. 174 ; T. Werquin, « La Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 sur les droits de l'enfant et l'aide sociale aux étrangers en séjour illégal », *op. cit.*, p. 241.

(1788) Voy. V. Pouleau, « Propos sur l'applicabilité (directe ?) de la Convention des droits de l'enfant dans l'ordre juridique belge », *op. cit.*, p. 495 ; J. Verhoeven, « La notion d'applicabilité directe du droit international », *R.B.D.I.*, 1980-2, p. 243.

(1789) M. Pâques, *Droit public élémentaire en quinze leçons*, *op. cit.*, p. 367, n° 456.

du contrôle de constitutionnalité et de conformité[1790]. Par contre, au contentieux subjectif, la question de l'effet direct concerne deux questions : la question de la saisine du juge, conditionnée par l'existence d'un droit subjectif, et la question de l'existence d'une norme claire, précise et inconditionnelle. Mais, « que l'on adopte une définition restrictive ou large de l'effet direct, l'absence de mesure interne d'exécution caractérise, en tout état de cause, cette notion »[1791].

568. Le débat sur les critères de l'effet direct s'est surtout centré sur les normes internationales et leur relation avec l'ordre juridique belge. Il a ensuite rapidement été transposé aux normes constitutionnelles, ce qui peut paraître surprenant[1792]. Cependant, « la différence de nature entre le traité et la Constitution est dépourvue d'incidence quant à la question de l'effet direct d'une disposition : dans un cas comme dans l'autre, la norme impose des obligations à l'État en vue de conférer des droits aux particuliers »[1793].

Section I. – L'effet direct « au sens large » du droit à la culture

569. Au niveau du contentieux objectif, la question de l'effet direct concerne la portée des normes qui peuvent, de manière autonome, amener le juge à invalider une norme inférieure. Le droit fondamental qui bénéficie d'un effet direct au sens large est celui qui peut être mobilisé « en vue de faire constater l'illégalité d'une mesure – qu'elle soit d'origine privée ou publique – incompatible avec [lui] »[1794].

(1790) S. van Drooghenbroeck, « L'effectivité des droits sociaux fondamentaux de l'enfant : le contentieux de l'aide sociale aux étrangers en séjour illégal comme paradigme », *op. cit.*, pp. 83-84, n° 34.

(1791) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative, op. cit.*, p. 260, n° 225.

(1792) M. Pâques, *Droit public élémentaire en quinze leçons*, *op. cit.*, n° 456, p. 366 ; M. Verdussen et A. Noël, « Les droits fondamentaux et la réforme constitutionnelle de 1993 », *op. cit.*, p. 130 ; N. Bernard, « L'effectivité du droit constitutionnel au logement », *op. cit.*, p. 158.

(1793) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative, op. cit.*, p. 265.

(1794) T. Werquin, « La Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 sur les droits de l'enfant et l'aide sociale aux étrangers en séjour illégal », *op. cit.*, p. 241.

§ 1. *Les critères de l'effet direct au sens large*

570. Au contentieux objectif, la question de l'effet direct est, en principe, déconnectée de celle de l'existence d'un droit subjectif puisque la question de l'effet direct ne concerne pas la saisine du juge : l'exclusivité conférée par le droit belge aux droits subjectifs en ce qui concerne la saisine du juge ne s'applique pas au contentieux objectif(1795).

En principe donc, une norme peut recevoir un effet direct au contentieux objectif alors qu'elle ne crée pas de droits subjectifs(1796) et qu'elle ne revêt pas d'effet direct « au sens restreint »(1797). Les décisions jurisprudentielles à ce sujet restent rares(1798) mais l'évolution de la jurisprudence donne à penser que les juridictions responsables du contentieux objectif confèrent un effet direct au sens large à des dispositions n'ayant pas d'effet direct au sens restreint et ne conférant pas de droits subjectifs. Ainsi, dans son arrêt du 22 juillet 2003, la Cour constitutionnelle s'est très clairement démarquée de l'exigence d'un effet direct (entendu au sens restreint) aux normes de contrôle(1799), qu'elle avait explicitement posée dans un arrêt du 23 mai 1990(1800). Quant au Conseil d'État, il semble avoir suivi la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sur cette question(1801),

(1795) Voy. M. Leroy, « Le pouvoir, l'argent, l'enseignement et les juges », *op. cit.*, p. 197.

(1796) J. Verhoeven, obs. sous C.E., arrêt *Corveleyn*, du 7 octobre 1968, *J.T.*, 1969, spéc. pp. 697-699 ; P. Coppens, obs. sous C.E., arrêt *S.A. Institut de biologie médicale et consorts*, n° 33.399, du 10 novembre 1989, *J.T.*, 1990, p. 611.

(1797) Ne relevant pas la différence entre effet direct au sens restreint et effet direct au contentieux objectif, plusieurs auteurs plaident cependant pour une transposition des critères de l'effet direct subjectif, éventuellement assouplis, mais rien ne paraît certain sur ce point. Voy. les références citées par I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative, op. cit.*, p. 267.

(1798) Voy. I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative, op. cit.*, p. 261 et n° 439.

(1799) C.C., arrêt n° 106/2003, du 22 juillet 2003, B.4.2. et B.2.

Voy. J. Wouters et D. Van Eeckhoutte, « Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechstorde : een overzicht van bronnen en instrumenten », *op. cit.*, pp. 68-69.

(1800) C.C., arrêt n° 18/90, du 23 mai 1990, *Mon. b.*, 27 juillet 1990. Voy. sur cet arrêt S. van Drooghenbroeck, « Obs. sous C.A. 23 mai 1990 », *op. cit.*, pp. 434-436 et les références citées par cet auteur à la note 3, p. 434.

(1801) Voy. récemment C.E., arrêt *asbl Ligue des droits de l'homme*, n° 188.705, du 10 décembre 2008. Voy. *mutatis mutandis* sur le droit au travail, C.E., arrêt

même si certains arrêts attestent d'une certaine indécision quant au critère à mettre en œuvre pour retenir une norme internationale comme norme de contrôle[1802].

L'abandon de l'exigence de l'effet direct (au sens restreint) au contentieux objectif est une nécessité. En effet, « si l'on admet [...] que la règle de droit international a qualité de règle de droit dans l'ordre interne, même si elle n'est pas directement applicable, seule la circonstance qu'elle ne serait pas obligatoire pour l'autorité étatique s'opposerait à ce qu'elle fonde un contrôle objectif de légalité »[1803]. Il est logique qu'au contentieux objectif, qui concerne la question du respect par le législateur des limites qui lui sont posées par les règles constitutionnelles et de droit international[1804], les juges admettent que des normes soient invoquées même si elles ne créent pas de droits subjectifs[1805].

Naji, n° 191.410, du 13 mars 2009. Voy. également l'arrêt *M'Feddal*, dans lequel le Conseil d'État énonce, à propos de l'article 13, 2, *a*, P.I.D.E.S.C., « que la question ainsi posée n'est pas de savoir si le Pacte relatif aux droits économiques sociaux et culturels a conféré aux particuliers des droits subjectifs dont ils pourraient se prévaloir devant les tribunaux, mais de vérifier si la législation belge est compatible avec l'objectif inscrit dans la règle claire et précise de l'article 13, 2, a, du Pacte ». C.E., arrêt *M'Feddal*, n° 32.989, du 6 septembre 1989, *op. cit.*, pp. 184-198, obs. M. Leroy, « Le pouvoir, l'argent, l'enseignement et les juges », *op. cit.*

(1802) Voy., sur cette question, J. Wouters et D. Van Eeckhoutte, « Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechstorde : een overzicht van bronnen en instrumenten », *op. cit.*, p. 69 ; J. De Staercke, « Doorwerking, het bestuur en de Raad van State », *op. cit.*, pp. 310-313.

(1803) Voy., sur ce point, le commentaire de J. Verhoeven, (C.E., III^e^, arrêt *Corveleyn*, n° 13.146, du 7 octobre 1968, *J.T.*, 1969, p. 694.

(1804) G. Maes, « De uitbreiding door het Arbitragehof van zijn referentienormen met alle verdragsrechtelijke grondrechten bepalingen die België verbinden », *op. cit.*, p. 876 ; J. Wouters et D. Van Eeckhoutte, « Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde : een overzicht van bronnen en instrumenten », *op. cit.*, pp. 66-69.

(1805) J. Verhoeven, obs. sous C.E., arrêt *Corveleyn*, n° 13.146, du 7 octobre 1968, *J.T.*, 1969, spéc. pp. 697-699 ; P. Coppens, « Un arrêté royal de pouvoirs spéciaux confirmé par une loi est-il annulable par le Conseil d'État lorsque les dispositions confirmées sont contraires à une norme de droit international ? », obs. sous C.E., arrêt *S.A. Institut de biologie médicale et consorts*, n° 33.399, du 10 novembre 1989, *J.T.*, 1990, p. 611. Ainsi, pour Isabelle Hachez, puisque la question de l'applicabilité directe ou de la justiciabilité directe au niveau du contentieux objectif recoupe largement la notion de force obligatoire, à partir du moment où l'on admet qu'une norme reste contraignante même si elle ne confère pas de droits subjectifs, « la question de savoir s'il convient ou non d'étendre la notion d'effet direct pour englober cette hypothèse relève [...] du débat terminologique » (I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits*

571. L'effet direct au contentieux objectif est donc reconnu dès que le juge considère que la norme de référence invoquée est suffisamment claire et précise « pour qu'elle puisse servir de fondement au contrôle de compatibilité de la norme litigieuse »[(1806)]. En principe, un effet direct au contentieux objectif peut théoriquement être reconnu à des normes tout à fait générales et vagues, mais dans ce cas, l'impact de ces normes sur le contrôle de compatibilité et sur la censure de la norme litigieuse est réputé être faible voire inexistant[(1807)].

La confrontation entre la norme de référence claire et précise et la norme litigieuse s'orchestrera, en droit des droits fondamentaux, par le biais de la théorie des restrictions aux droits fondamentaux[(1808)]. Concernant les normes dont le libellé n'est pas clair et précis, c'est l'obligation de *standstill* qui permettra d'affiner le contrôle de compatibilité. En effet, dans le cas d'une application au contrôle de conformité du principe de *standstill*, « la norme de référence tire sa précision de la norme servant de base à la comparaison. Celle-ci offre une précision précieuse à celle-là, même dans l'hypothèse où l'obligation de *standstill* serait dépourvue d'effet direct. Il est en effet plus commode de vérifier la compatibilité d'une mesure

fondamentaux : une irréversibilité relative, *op. cit.*, p. 262, n° 226). Toutefois, dans un souci pédagogique, l'on continuera de distinguer effet direct au sens large et au sens restreint en identifiant, au contentieux objectif, plusieurs degrés d'effectivité : l'invocabilité (applicabilité directe *light*), le *standstill* et l'effet direct plein et entier avec application du régime des restrictions.

(1806) Voy. I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, pp. 456-457, n° 440 ; J. Fierens, *Droit et pauvreté. Droits de l'homme, sécurité sociale, aide sociale*, *op. cit.*, p. 112. Voy., pour d'autres références, la note en bas de page 710 à la page 456 de la thèse d'Isabelle Hachez précitée.

(1807) Voy. R. Abraham, conclusions avant C.E. fr., 23 avril 2997, *D.*, 1998, pp. 18 et 19, cité par I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, n° 440, p. 457 ; et, pour une opinion plus tranchée sur le sujet, S. van Drooghenbroeck, « L'effectivité des droits sociaux fondamentaux de l'enfant : le contentieux de l'aide sociale aux étrangers en séjour illégal comme paradigme », in *Les enfants et l'aide sociale*, ASBL Jeunesse et Droit, Liège, 2004, p. 93, n° 48, cité par I. Hachez, *ibid.*, n° 440, p. 457, note en bas de page 711.

(1808) Par exemple, au contentieux objectif, un arrêt récent du Conseil d'État sur le droit à l'aide juridique applique le principe de proportionnalité en le dérivant de l'article 23, sans même passer par le *standstill* (C.E., arrêt *asbl Ligue des droits de l'homme*, n° 188.705, du 10 décembre 2008). Voy. *mutatis mutandis* sur le droit au travail, C.E., arrêt *Naji*, n° 191.410, du 13 mars 2009.

compensatoire à la norme de référence telle qu'elle était auparavant garantie par le législateur, plutôt qu'à l'aune du seul libellé de cette norme »[1809]. Ainsi, l'obligation de *standstill*, en « précisant » les normes de références, permet de leur assurer un effet direct objectif « utile » explicitant le contrôle de conformité.

§2. *L'effet direct « au sens large » du droit à la culture*

572. Le droit à la culture implique des obligations que nous avons précisées dans la partie précédente[1810] et qui peuvent utilement[1811] servir de référence pour un contrôle de compatibilité. Cette conclusion est, dans tous les cas, certaine pour l'ensemble des obligations de « respecter » qui découlent du droit à la culture et auxquelles on reconnaît d'ailleurs généralement un effet direct au sens restreint. Elle l'est également en ce qui concerne l'obligation de respecter, de protéger et de réaliser l'égalité et la non-discrimination en matière culturelle[1812]. Mais, sauf quelques exceptions, le libellé des obligations de protéger et de réaliser découlant du droit à la culture reste vague et général.

(1809) I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, n° 440, p. 457.

(1810) Voy. la deuxième partie sur la précision des obligations découlant du droit à la culture.

(1811) Rappelons en effet que, en soi, comme toute norme obligatoire, le droit à la culture possède un effet direct au sens large. L'enjeu est ici de déterminer s'il peut servir utilement de base pour un contrôle de compatibilité qui permette au juge d'invalider la norme inférieure.

(1812) Voy. C.C., arrêt n° 88/2003, du 24 juin 2003. Dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle a eu à traiter d'un arrêt important concernant l'accès aux bibliothèques publiques. La commune de Rhode-Saint-Genèse attaquait le décret de la Communauté flamande, portant stimulation d'une politique culturelle locale qualitative et intégrale et qui exigeait que 75 % au moins des fonds soient affectés à l'acquisition de publications en langue néerlandaise. La commune considérait que le nouveau décret violait le droit à l'épanouissement culturel et social dans les communes à facilités, instaurait une discrimination au détriment des lecteurs francophones qui ne bénéficiaient pas du même accès aux publications rédigées dans leur langue et violait aussi l'article 27 du Pacte relatif aux droits civils et politiques. La Cour a appliqué les principes de non-discrimination aux revendications culturelles de la commune avant de débouter celle-ci (par des arguments qui ne nous semblent pas des plus pertinents, notamment en ce qui concerne la liberté d'acheter des ouvrages dans d'autres langues...), confirmant ainsi l'application du principe de non-discrimination à l'obligation de respecter, de protéger et de réaliser l'égalité et la non-discrimination dans le domaine culturel.

Ces dernières obligations ne peuvent servir utilement de norme de référence au contrôle de conformité et peuvent constituer la base d'une invalidation d'une norme litigieuse que par la médiation du principe de *standstill*, sur lequel nous reviendrons dans le **second titre**.

SECTION II. – L'EFFET DIRECT « AU SENS RESTREINT »

573. Comme on l'a rappelé dans l'introduction générale, pour qu'un « effet direct » au contentieux subjectif soit reconnu à un droit fondamental celui-ci doit conférer un « titre à statuer » au justiciable(1813) et doit donner au juge, de manière autonome et directe, la possibilité de trancher un litige(1814). La question de l'effet direct au sens restreint rejoint celle du droit subjectif(1815) puisque seul un droit subjectif autorise la saisine du juge au contentieux subjectif. Sur le plan conceptuel, il faut cependant se garder de confondre ces deux notions : l'effet direct concerne la question de savoir si une norme est applicable directement devant un juge alors que le droit subjectif est une condition de saisine de juge et une question de compétence de l'ordre judiciaire.

C'est en définitive le juge qui statue sur l'existence de ce « titre à statuer », le plus souvent de manière implicite. Sébastien van Drooghenbroeck, se prononçant sur la reconnaissance implicite de l'effet direct des droits consacrés dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, constate que l'effet direct « se déduit la plupart du temps du fait que la juridiction saisie entend rencontrer au fond les moyens formés devant elle sous le visa de dispositions du Pacte, ce qui suppose nécessairement que l'effet direct leur ait préalablement été reconnu »(1816).

(1813) F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, n° 95.

(1814) O. DE SCHUTTER, « La garantie des droits et principes sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 118.

(1815) Voy. J. VERHOEVEN, « La notion d'applicabilité directe en droit international », *op. cit.*, pp. 243-244 ; H. BRIBOSIA, « Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire. (Réflexions générales sur le point de vue de l'ordre juridique belge) », *op. cit.*, pp. 49 et s.

(1816) S. VAN DROOGHENBROECK, « Note sous Cass., 17 janvier 1984 », in *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, *op. cit.*, pp. 51-52.

§ 1. *Les critères de l'effet direct au sens restreint*

574. L'effet direct est reconnu à toute norme créant un droit subjectif. Après avoir défini le concept de droit subjectif (A), sont identifiés les deux critères « classiques » qui permettent d'établir si une norme confère des droits subjectifs à des particuliers (B). Enfin, nous envisageons l'approche contextualisée, qui permet de dépasser les limites des deux critères « classiques » (C).

A. **L'existence d'un droit subjectif**

575. Les droits subjectifs, comme on l'a reconnu dans l'introduction générale, sont des droits créant une relation d'appartenance entre le sujet et un bien ou une valeur(1817), permettant au sujet d'exercer sur ce bien ou cette valeur « un pouvoir, une faculté de maîtrise sans autre détermination »(1818), opposable à tous(1819) et protégé juridiquement par un « droit d'action »(1820).

La définition de la Cour de cassation belge est la suivante : le droit subjectif est un droit qui implique une obligation juridique précise qu'une règle de droit objectif met à charge d'un tiers et à l'exécution de laquelle le demandeur a un intérêt propre(1821).

B. **Le critère objectif et le critère subjectif**

576. Afin d'identifier les normes revêtues de l'effet direct « au sens restreint », deux critères ont été dégagés.

Le premier est le « critère subjectif »(1822), relatif à l'intention des auteurs de la norme, qu'ils soient États contractants aux Traités ou Constituant(1823). Le critère « subjectif » implique de rechercher

(1817) J. Dabin, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, pp. 80-81.
(1818) *Ibid*., p. 87.
(1819) *Ibid*., p. 104.
(1820) *Ibid*., p. 97.
(1821) Cass., 10 mars 1994, *Pas.*, I, 237 ; Cass., 10 avril 1987.
(1822) E. Claes et A. Vandaele, « L'effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie du droit axée sur les droits de l'homme », *R.B.D.I.*, 2001, n° 2, p. 416.
(1823) Voy., sur le critère subjectif, A. Alen et W. Pas, « L'effet direct de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant », *J.D.J.*, 1995, n° 144, p. 169.

si les parties contractantes ou le Constituant ont eu l'intention de conférer des droits subjectifs aux particuliers[1824].

Le deuxième est un critère objectif : la norme ayant un effet direct « au sens restreint » est celle qui, claire, précise et inconditionnelle peut être appliquée directement par une autorité nationale sans être soumise à des mesures d'exécution[1825]. Si la norme laisse une marge d'appréciation au pouvoir législatif, le juge ne peut, sans contrevenir au principe de la séparation des pouvoirs, déclarer que cette norme est pourvue d'un effet direct « au sens restreint »[1826]. En vertu de ce critère, les obligations négatives seront considérées comme bénéficiant d'un effet direct « au sens restreint », alors que les obligations positives se voient généralement privées d'un tel effet[1827].

Dans un premier temps, pour les normes internationales, ces deux critères s'appliquaient cumulativement[1828]. Cependant, parce que ces deux critères et les conditions de leur application cumulative n'ont jamais été très clairement définis en doctrine ou en jurisprudence[1829], l'interprétation dominante a évolué vers une prévalence

(1824) Voy. I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, p. 269, n° 234.

(1825) J. Verhoeven, « La notion d'applicabilité directe du droit international», *op. cit.,* pp. 243 et s. ; W. Ganshof van der Meersch, « La garantie des droits de l'homme et la Cour européenne de Strasbourg », *J.T.*, 1982, p. 105.

(1826) Voy. notamment, sur le principe de séparation des pouvoirs comme « clé de lecture essentielle pour déterminer, sur la base de ses qualités intrinsèques, le caractère directement applicable ou non d'une norme », I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 271, n° 235.

(1827) Voy. I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, p. 271, n° 235 et les références citées à la note 229, notamment P. Orianne, « De la juridicité des droits économiques et sociaux reconnus dans les Déclarations internationales », *Ann. dr. Louvain*, 1974, n° 1-2, pp. 147 à 163 ; J. Velu, « Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme », *R.B.D.I.*, 1980, p. 314.

(1828) Depuis l'arrêt *Thonon* de la Cour de cassation belge, il fallait en effet considérer que l'effet direct « au sens restreint » accompagnait les normes dans lesquelles « l'obligation assumée par [l']État [est] exprimée d'une manière complète et précise » et pour lesquelles « les parties contractantes [ont] eu l'intention de donner au traité l'objet de conférer des droits subjectifs ou d'imposer des obligations aux individus ». Voy. Cass., 21 avril 1983, *R.C.J.B.*, 1985, pp. 22 et s., obs. M. Waelbroek, « Portée et critères de l'applicabilité directe des traités internationaux ».

(1829) E. Claes et A. Vandaele, « L'effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie du droit axée sur les droits de l'homme », *op. cit.*, p. 418.

du critère objectif sur le critère subjectif. Désormais, la formulation de la disposition apparaît comme étant le critère décisif pour statuer sur l'effet direct de celle-ci[1830]. Pour les normes constitutionnelles, la propension des juges et des auteurs à faire prévaloir le critère objectif sur le critère subjectif dans l'identification de l'effet direct au sens restreint[1831] est également notable. C'est pourquoi nous retiendrons que le seul critère qui semble désormais réunir doctrine et jurisprudence est l'absence de mesure interne d'exécution[1832]. Ainsi, dans un arrêt récent du 2 mars 2012, la Cour de cassation juge qu'« [a]ucune [des dispositions invoquées] n'est, en soi, suffisamment précise et complète pour avoir un effet direct dès lors [que ces dispositions laissent] à l'État plusieurs possibilités de satisfaire aux exigences de l'intérêt de l'enfant ». Par conséquent, la Cour considère que ces dispositions « ne peuvent servir de source de droits subjectifs et d'obligations dans le chef des particuliers »[1833]. Il faut et il suffit que « le particulier puisse se prévaloir 'directement' de la norme internationale sans médiation d'une norme interne » et que le juge puisse « emprunter au dispositif de la règle internationale invoquée devant lui la solution du litige dont il est saisi, et point seulement [...] la prendre en considération d'une manière ou d'une autre, dans l'application de son droit national »[1834]. C'est donc la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales qui est « déterminante »[1835].

Cependant, même ce critère, en apparence clair, pose problème. Comme l'a souligné Olivier De Schutter et comme l'ont confirmé

(1830) A. Alen et W. Pas, « L'effet direct de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant », *op. cit.*, pp. 164-167 ; I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, n^os^ 219-253. Voy. également H. Bribosia, « Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire. (Réflexions générales sur le point de vue de l'ordre juridique belge) », *op. cit.*, p. 49.

Nous considérons que cette prévalence du critère objectif est à saluer. Nous renvoyons ici le lecteur à l'argumentaire développé par Isabelle Hachez sur ce point, qui nous convainc tout à fait : I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, pp. 273-275, n° 237, et la note n° 239.

(1831) *Ibid.*, p. 276, n° 238.

(1832) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative, op. cit.*, p. 260, n° 225.

(1833) Cass., 2 mars 2012.

(1834) *Ibid.*, p. 260, n° 225.

(1835) *Ibid.*

Julien Pieret, Maïté Beague et Sylvie Cap, la difficulté n'a nullement été résolue par la mise en valeur de ce critère de la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales, pas plus que par la proposition de la Cour de Cassation de retenir qu'en cas d'obligation négative « sans condition ni réserve », un effet direct devait être d'emblée retenu en raison de l'absence de marge d'appréciation[1836]. En effet, qualifier *in abstracto* une obligation de négative ou de positive ou de règle « suffisamment précise » ou non est « absurde »[1837] : en raison de la réversibilité de la qualification d'obligation négative ou positive, ce critère ne permet pas de statuer sur la précision et de la complétude d'une règle et, par conséquent, sur son applicabilité directe.

C. **L'approche contextualisée**

577. Afin de dépasser les lacunes des deux critères proposés pour identifier l'effet direct d'une règle, une troisième doctrine entend développer une approche contextualisée des éléments d'identification de l'effet direct. En principe, le critère objectif de l'effet direct doit être apprécié de manière abstraite, dans la formulation de la norme, sans tenir compte du contexte de celle-ci. Les tenants d'une approche contextualisée contestent l'idée selon laquelle la clarté ou la précision d'un texte serait « une qualité qui y serait déposée et qu'il suffirait d'aller puiser »[1838] : le critère objectif « ne saurait découler de la règle prise isolément, c'est-à-dire considérée hors du contexte dans lequel son application est requise ». Ils proposent d'évaluer la clarté, la précision et le caractère complet de la norme en tenant compte des rapports que cette norme entretient avec les autres normes de l'ordre juridique[1839]. Avec pour conséquence

(1836) Voy. J. Pieret, « La nécessaire reconstruction de la théorie de l'effet direct : le cas des normes de l'Organisation mondiale du commerce », Communication émise lors du colloque intitulé « L'encadrement juridique de l'économie en Asie pacifique », organisé les 2 et 3 février 2007 par l'Association des juristes en coopération économique (A.J.C.E.) à Hanoi-Vietnam, texte disponible en ligne, site de l'ULB, Centre de droit public, p. 6 ; S. Cap et M. Beague, « L'applicabilité directe de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme au secours de l'échec d'une adoption plénière », *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, n° 3, p. 371.

(1837) *Ibid.*, p. 6.

(1838) O. De Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, *op. cit.*, p. 123.

(1839) *Ibid.*, pp. 123 et s.

que « la détermination de la marge d'appréciation conférée par la norme ne doit pas être réalisée *in abstracto*, au départ du seul examen du libellé de la disposition considérée, mais *in concreto*, c'est-à-dire compte tenu du contexte normatif dans lequel son application est requise »[1840]. Par conséquent, « [l]'applicabilité directe n'est pas une caractéristique de la règle, mais du rapport que cette règle entretient avec les autres normes juridiques en vigueur dans l'ordre juridique où elle est reçue » : c'est moins le contenu de la norme que le contexte normatif dans lequel elle s'insère qui importe[1841]. En réalité, l'approche contextualisée permet de dépasser les lacunes des deux critères étudiés précédemment en permettant à l'interprète « de se placer directement dans un questionnement relatif à la séparation des pouvoirs pour apprécier l'applicabilité directe d'une norme internationale »[1842]. Fondamentalement, « c'est l'aptitude du système juridique national à la recevoir, dans l'état actuel de son droit positif, sans modification des textes existants, qui déterminerait [l']applicabilité directe [de la norme] »[1843].

(1840) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, p. 278.

(1841) O. De Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, *op. cit.*, pp. 123-124.

(1842) S. Cap et M. Beague, « L'applicabilité directe de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme au secours de l'échec d'une adoption plénière », *op. cit.*, p. 822. En effet, « la question au cœur de l'effet direct porte sur la séparation, ou mieux la concurrence des pouvoirs, entre un pouvoir exécutif qui généralement a négocié une norme internationale, un pouvoir législatif qui avalise et consacre cette négociation, et enfin, un pouvoir judiciaire qui peut, le cas échéant, conférer au résultat de cette négociation un spectre parfois inattendu » (J. Pieret, « La nécessaire reconstruction de la théorie de l'effet direct : le cas des normes de l'Organisation mondiale du commerce », *op. cit.*, p. 9). Ainsi, ce qui est en jeu dans l'applicabilité directe, ce n'est pas, comme il est prétendu, la précision et la complétude de la règle internationale : ce sont les pouvoirs du juge à qui il est demandé d'appliquer la règle internationale » (O. De Schutter, *Fonction de juger et droit fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, *op. cit.*, p. 154). La question de l'effet direct « est donc celle de la solution d'un conflit entre deux normes : la règle internationale qui réclame d'être appliquée, d'une part, et les règles qui, dans l'ordre juridique interne, répartissent les compétences entre les autorités étatiques, d'autre part (62). L'applicabilité directe émerge de la mise en balance de ces deux règles en conflit » (S. Cap et M. Beague, « L'applicabilité directe de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme au secours de l'échec d'une adoption plénière », *op. cit.*, p. 828).

(1843) S. Cap et M. Beague, *ibid.*, p. 822.

578. Dans l'identification de l'effet direct au sens restreint du droit à la culture, nous retiendrons une approche contextualisée limitée à deux dimensions.

D'abord, dans la recherche de la clarté et de la précision de la norme, une interprétation de la norme et de son contexte s'impose comme étant toujours nécessaire. Il faut dépasser le mythe de la doctrine du sens clair et tenir compte du contexte normatif dans lequel l'application de celle-ci est obligatoire. L'idée est donc, comme Olivier De Schutter, Julien Pieret et Isabelle Hachez l'expliquent, de définir l'effet direct des obligations positives en analysant concrètement si des « structures d'accueil »(1844) ont été mises en place par l'État ou non(1845). L'effet direct est alors envisagé « comme capacité de cette règle, dans le contexte où son application est revendiquée de fournir au juge à qui l'application est demandée la solution de son jugement » c'est-à-dire dans « l'environnement juridique dans lequel la règle internationale trouve à s'insérer »(1846).

De plus, nous considérerons que la norme est directement applicable « dans l'hypothèse où les structures d'accueil de l'ordre juridique interne permettraient au juge national de lui donner effet sans modification normative profonde, et partant sans méconnaissance flagrante des attributions qui lui sont reconnues dans un régime de séparation des pouvoirs »(1847). Dans cet esprit, le juge puise dans ces réalisations du droit fondamental par le législateur la légitimité nécessaire pour prolonger ces réalisations en reconnaissant l'effet direct du droit fondamental en cause. Le juge devrait donc se poser la question du respect de la séparation des pouvoirs

(1844) Sur l'origine de ce vocable de « structure d'accueil », voy. l'article de Julien Pieret susmentionné, p. 7, note en bas de page 38.

(1845) O. De Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, *op. cit.*, pp. 124, 134, 143 ; I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, p. 278, n° 242 ; J. Pieret, « La nécessaire reconstruction de la théorie de l'effet direct : le cas des normes de l'Organisation mondiale du commerce », *op. cit.*, p. 6.

(1846) O. De Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, *op. cit.*, p. 134.

(1847) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative, op. cit.*, p. 280, n° 245. Voy. également S. van Drooghenbroeck, L'effectivité des droits sociaux fondamentaux de l'enfant : le contentieux de l'aide sociale aux étrangers en séjour illégal comme paradigme », *op. cit.*, p. 95.

au cas où il donnerait « lui-même efficacité à la norme internationale ou constitutionnelle invoquée devant lui », en sachant que sa réponse doit prendre en compte « l'objet de la prétention formée devant lui » et de « l'aptitude de la législation interne à honorer cette prétention »[1848].

579. Les deux autres versions de l'approche contextualisée, proposées par une doctrine minoritaire, ne seront pas envisagées ici parce qu'elles conduisent à considérer que toutes les obligations découlant du droit à la culture sont, d'une manière ou d'une autre, directement applicables, ce qui ne requiert donc pas plus de précisions de notre part. Dès lors, si ces approches devaient être reçues par les juridictions internes, il faudrait considérer que l'ensemble des obligations découlant du droit à la culture sont dotées d'un effet direct[1849].

(1848) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative, op. cit.*, p. 280, n° 245.

(1849) Une troisième version de l'approche contextualisée, développée par Olivier De Schutter se centre sur la combinaison des droits fondamentaux avec le principe d'égalité et de non-discrimination. L'idée est la suivante : lorsqu'un droit fondamental est invoqué avec le principe d'égalité et de non-discrimination, il revêt la complétude et la précision requise. Ainsi, selon cet auteur, dans le cadre d'un contrôle combiné avec le droit à l'égalité et à la non-discrimination, la question de l'effet direct n'a pas de rôle à jouer (voy. notamment, O. De Schutter, « Obs. sous Cass., 20 décembre 1990 », in *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, *op. cit.*, p. 117. L'auteur cite également François Rigaux, « Droit international et droits de l'homme », *J.T.*, 1988, p. 700, n° 20 ; O. De Schutter, « Obs. sous Cass., 6 mars 1986 », in *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, *op. cit.*, pp. 71-72 ; O. De Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, *op. cit.*, p. 124, note 14. Voy. également S. van Drooghenbroeck, « L'effectivité des droits sociaux fondamentaux de l'enfant : le contentieux de l'aide sociale aux étrangers en séjour illégal comme paradigme », *op. cit.*, p. 161). Pour Isabelle Hachez, cette approche emporte le risque de voir le juge empiéter sur les compétences du législateur, qui conserve le rôle d'établir des distinctions éventuellement sanctionnées par après par le juge.

Dans une quatrième version, Olivier De Schutter présume que, lorsqu'une norme internationale est invoquée, le juge peut appliquer un « régime commun » qui permet au juge de se saisir des normes internationales (O. De Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, *op. cit.*, p. 162). Pour Isabelle Hachez, cette approche pose également problème par rapport à la séparation des pouvoirs, parce qu'elle permet au juge de donner priorité sur des normes internationales en violant la répartition des compétences entre pouvoirs dans l'ordre

580. Les paramètres permettant d'appliquer l'approche contextualisée reposent sur deux notions : celle de « structures d'accueil » et d'« effet perturbateur ». La notion de structure interne renvoie à « l'environnement juridique dans lequel la règle internationale trouve à s'insérer » et à « son inscription dans l'ordre juridique de l'État devant les juridictions duquel l'effectivité directe est mobilisée »[(1850)]. La notion d'effet perturbateur est, quant à elle, relative au plus ou moins « grand degré de perturbation que l'exécution immédiate de l'obligation [qu'une norme] contient entraînerait sur le droit »[(1851)].

Pour apprécier l'« effet perturbateur » sur les « structures d'accueil » qui serait engendré par la reconnaissance d'un effet direct, Olivier De Schutter propose de recourir à la proportionnalité afin de statuer sur « la mesure de l'effectivité » : « pour autant que, d'une part, l'excès de pouvoirs qu'il commet, au regard des règles de droit interne relatives à la séparation des pouvoirs, n'excède pas ce qui est strictement nécessaire à assurer le respect par l'État belge de ses obligations internationales ; et que, d'autre part, l'excès commis se trouve dans un rapport raisonnable de proportionnalité avec l'objectif visé – le juge interne doit pouvoir, afin de faire produire à la règle internationale l'effet utile auquel elle prétend, mettre de côté les règles de droit interne qui limitent sa compétence »[(1852)].

Nous retiendrons qu'il faut considérer, *a minima*, que l'effet direct contextualisé implique ainsi que l'idée que la clarté et la précision de la norme doivent s'envisager dans un contexte normatif précis et que, lorsqu'il existe un arsenal législatif précisant et clarifiant le droit fondamental à la culture, le juge peut, sans méconnaître le principe de séparation des pouvoirs, parachever

interne (I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, p. 283).

(1850) J. Pieret, « La nécessaire reconstruction de la théorie de l'effet direct : le cas des normes de l'Organisation mondiale du commerce », *op. cit.*, p. 8 ; E. Claes et A. Vandaele, « L'effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie du droit axée sur les droits de l'homme », *op. cit.*, p. 458.

(1851) S. Cap et M. Beague, *op. cit.*, p. 822. O. De Schutter et S. van Drooghenbroeck, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, *op. cit.*, p. 359.

(1852) O. De Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, *op. cit.*, p. 824.

cette réalisation en reconnaissant explicitement un droit subjectif. À notre sens, pour retenir un effet direct au sens restreint à un droit, quatre conditions doivent être remplies. Premièrement, il faut que la norme internationale ou constitutionnelle soit suffisamment précisée par un contexte normatif interne et par des structures d'accueil internes (critère de l'existence de structures d'accueil). Deuxièmement, il faut que les structures d'accueil de l'ordre interne soient susceptibles de donner une effectivité directe au droit auquel le juge confère un effet direct au sens restreint (critère de l'aptitude des structures d'accueil à honorer le droit auquel serait conféré un effet direct). Troisièmement, la reconnaissance d'un effet direct au sens restreint par le juge au droit précisé par le contexte normatif interne ne doit pas impliquer de modification normative profonde dans l'ordre interne (critère de l'« effet perturbateur » de la reconnaissance de l'effet direct). Quatrièmement, le juge ne peut reconnaître un effet direct au sens restreint que lorsqu'il a vérifié et motivé explicitement que, de manière générale, s'il reconnaît un tel effet direct, il ne violera pas la séparation des pouvoirs et qu'il ne fera pas prévaloir de façon disproportionnée le respect des droits des individus sur les règles formelles qui encadrent ses pouvoirs (critère général de respect de la séparation des pouvoirs et de la proportionnalité).

§2. *L'effet direct « au sens restreint » du droit à la culture*

581. Les travaux préparatoires de l'article 23 de la Constitution ont été très clairs sur la question de l'effet direct au sens restreint, en rappelant sans cesse le caractère essentiellement incitatif et programmatique de l'article 23 de la Constitution[(1853)] et en refusant de

(1853) Révision du Titre II de la Constitution en vue d'y insérer un article 24*bis* relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, développements, Développements, Texte proposé par M. Stroobant et consorts, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, n° 100/2/1°, 15 janvier 1992, p. 4 ; Révision du Titre II de la Constitution en vue d'y insérer un article 24*bis* relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Rapport fait au nom de la Commission de la révision de la Constitution et des réformes des institutions par M. Arts et Mme Nelis, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, n° 100-2/4°, pp. 87-88 ; Révision du Titre II de la Constitution en vue d'y insérer un article 24*bis* relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Rapport fait au nom du groupe de travail « droits économiques et sociaux fondamentaux » par M. Stroobant, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, n° 218/3, pp. 15-17, 28-36, 38-41, 61-64,

manière catégorique et parfois caricaturale tout effet direct à ces droits(1854).

582. À notre sens, en raison de la nature téléologique des droits fondamentaux, la volonté du Constituant ne peut pas lier éternellement les interprètes de l'article 23 (voy. *supra*). La doctrine majoritaire tend ainsi à considérer que les considérations du Constituant ne cadenassent pas l'interprétation(1855). Certains auteurs ont d'ailleurs très vite écrit que le droit à la culture recouvrait un effet direct « au sens restreint »(1856). Dans tous les cas, *in fine*, c'est le juge qui demeure évidemment l'acteur principal de l'effectivité d'une norme, dans le respect de la séparation des pouvoirs(1857). Or, n'est-on pas allé jusqu'à écrire que « les juges trouvent ou créent la précision là où ils le souhaitent »(1858) ? L'importance de la fonction

70-76, 78, 84, 87-91 et 95 ; Révision du Titre II de la Constitution en vue d'y insérer un article 24*bis* relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Rapport complémentaire Arts, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1991-1992, n° 100-2/9, p. 5 ; Révision du Titre II de la Constitution en vue d'y insérer un article 24*bis* relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Développements, Texte proposé par MM. Stroobant, Taminiaux et consorts, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 1992-1993, n° 100-2/3, 9 juin 1993, pp. 4, 9 et 11.

Dans cette perspective, les juridictions de fond ne semblent d'ailleurs pas conférer d'effets à l'article 23 lorsque le législateur n'est pas intervenu pour concrétiser les droits, à l'exception de certaines décisions. Mentionnons ainsi que le président du tribunal de première instance de Namur a considéré qu'une expulsion, sans alternative, d'une bénéficiaire de l'aide sociale blesse « ses droits subjectifs consacrés par l'article 23 de la Constitution » (Civ. Namur (réf.), 11 mai 1994, *Dr. Q. M.*, 1995, n° 7, p. 54) et que le tribunal du travail de Bruxelles a considéré que le droit à l'information est « dans son essence, vu le libellé de l'article 23 de la Constitution, un droit subjectif individuel » (T.T. Bruxelles (réf.), 13 mars 2000, *Journ. proc.*, 31 mars 2000, n° 390, note G. Demez, « Les limites du pouvoir judiciaire », p. 25).

(1854) Confirmée par Civ. Namur (réf.), 27 mars 1998, *Amén.*, 1998, p. 329 et Bruxelles, 24 janvier 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 332.

(1855) E. Brems, « De nieuwe grondrechten in de Belgische Grondwet en hun verhouding tot het Internationale, inzonderheid het Europese Recht », *op. cit.*, p. 632 ; N. Bernard, « L'effectivité du droit constitutionnel au logement », *op. cit.*, p. 159. Voy. également les références citées par Isabelle Hachez dans sa note 245, p. 276, n° 239.

(1856) R. Ergec, « Introduction générale », in *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, *op. cit.*, p. 16. L'auteur parle d'« effets immédiats ».

(1857) R. Ergec, *ibid.* ; I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, p. 39.

(1858) J. Fierens, *Droit et pauvreté. Droits de l'homme, sécurité sociale, aide sociale*, *op. cit.*, p. 112. Dans les cas évoqués par cet auteur, force est cependant de constater qu'il est fait peu de cas du principe de séparation des pouvoirs.

créatrice de la jurisprudence en matière de droits fondamentaux doit ainsi permettre de dépasser la sévérité des travaux parlementaires. Les juges ont, effectivement, dans ce domaine, une marge d'appréciation pour appliquer *in concreto* des notions du droit des droits fondamentaux qui restent délibérément floues et pour permettre une interprétation évolutive, sans pour autant violer le principe de séparation des pouvoirs et la marge d'appréciation du pouvoir législatif(1859).

583. Pour se prononcer sur l'effet direct « au sens restreint » du droit à la culture il faut distinguer entre les obligations de respecter, de protéger et de réaliser le droit à la culture. En ce qui concerne les obligations de respecter le droit à la culture, elles sont forcément garanties par l'effet direct : dans ces cas, « l'État n'a d'autre solution que de priver d'effets toute disposition contrevenant à la garantie »(1860). Ainsi, l'interdiction de discriminer dans la réalisation du droit à la culture confère des droits subjectifs : l'ensemble des règles relatives à l'égalité et à la non-discrimination s'appliquent en matière culturelle et sont d'application directe. De la même manière, l'interdiction faite à l'État de s'ingérer dans les mécanismes privés favorisant le droit à la culture est sanctionnée par le droit subjectif à la liberté d'association en matière culturelle. Enfin, l'interdiction de mise en œuvre de politiques contraires au droit à la culture recouvre également un effet direct(1861). C'est l'interdiction d'entraver le droit à la culture qui fera l'objet des développements les plus soutenus de ce titre. En effet, cette interdiction implique en particulier deux prérogatives originales et spécifiques au droit à la culture. La liberté artistique et la liberté d'accéder aux patrimoines culturels et à la création artistique feront l'objet de longs développements. Pour certaines autres obligations de protéger et de réaliser, par contre, elles ne se verront reconnaître un effet direct au sens restreint que si une approche contextualisée est adoptée. Mais la majorité d'entre elles ne pourront être sanctionnées que par l'obligation de *standstill* (voy. *second titre* de cette partie).

(1859) C. Sciotti-Lam, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 467, n° 792 cité dans I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, p. 271, note 228.

(1860) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, p. 271, n° 235.

(1861) Voy. sur l'obligation de *standstill* le second titre de cette partie.

Conclusion du titre préliminaire

584. Ce titre préliminaire a prolongé la clarification conceptuelle des notions gravitant autour de l'idée de justiciabilité du droit à la culture, qui avait été initiée dans l'introduction générale. Plusieurs enseignements spécifiques à l'invocabilité du droit à la culture en ressortent.

585. D'abord, le droit à la culture, qui est consacré dans des instruments obligatoires et qui revêt par conséquent une dimension objective (voy. *deuxième partie*) a un effet interprétatif, dans ce sens qu'il impose aux juges une ligne directrice d'interprétation conforme à son prescrit.

586. Ensuite, ce qui concerne l'effet direct à proprement parler, le droit à la culture se déploie de manière différente au contentieux objectif (effet direct « au sens large ») et au contentieux subjectif (effet direct « au sens restreint »).

Au contentieux subjectif, l'effet direct « au sens restreint » ne concerne que les normes créant un droit subjectif c'est-à-dire les normes qui, parce qu'elles sont claires, précises, déterminées et ne requièrent pas de mesures d'exécution, permettent au juge de constater l'existence d'un « titre à statuer ». L'effet direct au contentieux subjectif ne concerne le droit à la culture que de manière parcellaire. Une exclusion *a priori* de l'effet direct à cette disposition n'est pas admissible, mais l'identification exacte des prérogatives qui recouvrent un effet direct demande davantage de précisions. Il est en effet nécessaire, pour statuer sur l'effet direct « au sens restreint », d'appliquer précisément aux obligations déduites du droit à la culture les critères objectif et subjectif. Il apparaît également primordial de prolonger l'analyse en recourant à l'approche contextualisée. Cette analyse de l'effet direct au sens restreint du droit à la culture est l'objet du **premier titre** de cette troisième partie.

Au contentieux objectif, le critère de l'existence d'un droit subjectif pour la saisine du juge n'existe pas. Le droit à la culture y déploie un effet direct objectif « utile ». En effet, il implique des obligations négatives claires et précises qui peuvent servir de référence

à un contrôle de compatibilité et qui, étant suffisamment claires et précises, peuvent permettre au juge de censurer des normes litigieuses. Concernant les obligations positives, le principe de *standstill* leur confère la précision requise en déplaçant le contrôle de compatibilité vers une norme concrète qui sert de base à la comparaison. Ainsi, le principe de *standstill*, en affinant le contrôle de compatibilité, permet d'invoquer « utilement » l'effet direct objectif du droit à la culture et d'instituer celui-ci comme une norme de référence claire et précise. En raison de l'importance du principe de *standstill* pour l'effet direct objectif du droit à la culture, le **second titre** de cette partie lui est entièrement consacré.

TITRE I.
L'EFFET DIRECT « AU SENS RESTREINT » DU DROIT À LA CULTURE

587. Dans ce premier titre, nous cherchons à identifier les obligations juridiques découlant du droit à la culture qui sont dotées de l'effet direct « au sens restreint ».

588. Le premier chapitre analyse l'ensemble des obligations découlant du droit à la culture qui sont reconnues comme étant dotées de l'effet direct *de lege lata*. Cette étude de l'ensemble des normes claires, précises et déterminées à partir desquelles le juge peut reconnaître un droit individuel sans méconnaître le principe de séparation des pouvoirs se réalisera en mobilisant au besoin l'approche contextualisée (**Chapitre I**).

Dans un second temps, nous prolongerons l'étude *de lege ferenda* par l'identification de certains cas dans lesquels le juge pourrait justifier la reconnaissance de certains droits subjectifs actuellement contestée ou pourrait reconnaître certains droits subjectifs, *quod non* aujourd'hui. Ce sont une série d'obligations qui, tout en étant contextualisées, ne se voient pour autant pas reconnaître d'effet direct en droit positif qui sont analysées afin d'identifier s'il est possible de leur reconnaître un effet direct. (**Chapitre II**).

CHAPITRE I.
L'IDENTIFICATION *DE LEGE LATA*

589. Dans un premier temps, c'est l'effet direct au sens restreint de l'obligation de respecter la liberté artistique qui est étudié (**Section I**). Ensuite, l'analyse portera sur l'effet direct au sens restreint de l'obligation de respecter l'accès à l'information culturelle (**Section II**). Dans un troisième temps, l'obligation de respecter l'accès aux patrimoines et aux cultures est étudiée à l'aune des critères de l'effet direct au sens restreint (**Section III).** Un cas plus polémique est exploré dans la quatrième section. Il s'agit de l'effet direct au sens restreint de l'obligation de protéger la liberté artistique et la participation active à la culture contre les excès du droit d'auteur (**Section IV**). Enfin, sont analysées les obligations de respecter, de protéger et de réaliser l'égalité en matière culturelle (**Section V**), de respecter, de protéger et de réaliser le droit de participer aux politiques culturelles (**Section VI**), de respecter la liberté d'association en matière culturelle (**Section VII**) et enfin de respecter le libre choix en matière culturelle (**Section VIII**).

SECTION I. – L'OBLIGATION DE RESPECTER LA LIBERTÉ ARTISTIQUE

590. L'obligation de respecter la liberté artistique et la participation active à la culture est pourvue d'un effet direct « au sens restreint ». Elle confère ainsi des droits subjectifs aux particuliers, qui peuvent en revendiquer directement le respect.

L'effet direct au sens restreint de l'article 19 de la Constitution ne fait plus l'ombre d'un doute depuis longtemps. Quant à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, son applicabilité directe est établie et son champ d'application a été très rapidement étendu à l'expression artistique[1862]. En ce qui concerne l'article 19 du Pacte relatif aux droits civils et politiques,

(1862) Voy., notamment, Cour eur. D.H., arrêt *Müller c. Suisse* du 24 mai 1988, § 27, « l'article 10 inclut la liberté d'expression artistique – notamment

son effet direct au sens restreint est également établi. C'est ainsi que l'article 15 du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, et l'article 23 de la Constitution qui ne bénéficient pas, en soi, d'un effet direct, se voient, par le bénéfice du recoupement avec les dispositions précitées, reconnaître un effet direct quant à la liberté artistique et quant à la participation « active » à la culture. En retour, ces dispositions revalorisent les spécificités et fonctions particulières de cette liberté.

591. Dès lors que la création artistique peut être considérée comme relevant du champ d'application des dispositions consacrant la liberté artistique, tel qu'il a été précisé *supra*, l'auteur de la création mais aussi ses intermédiaires sont protégés par la liberté d'expression. L'importance des acteurs de la diffusion des œuvres pour la liberté de l'art n'est plus à souligner(1863). Ainsi, la liberté d'expression concerne « non seulement le contenu des informations mais aussi les moyens de leur diffusion »(1864). Par exemple, l'éditeur participe à l'exercice de la liberté d'expression en « fournissant un support aux auteurs »(1865). Sous ce versant, la liberté d'expression entretient un lien très étroit avec le droit de recevoir et de communiquer des informations(1866).

La liberté artistique recouvre ainsi un vaste champ d'application. Comme on l'a déjà expliqué, la liberté artistique recouvre non seulement la liberté des spectacles(1867) mais s'étend également à l'ensemble des créations artistiques.

---

la liberté de recevoir et de communiquer des informations et des idées culturelles, politiques et sociales de toute sorte ».

(1863) J. De Werra, « Liberté de l'art et droit d'auteur », *Medialex*, 2001, p. 145.

(1864) Cour eur. D.H., arrêt *Ayse Öztürk c. Turquie* du 15 octobre 2002, § 49.

(1865) *Ibid*. Voy. *mutatis mutandis*, Cour eur. D.H. (G.C.), arrêt *Sürek c. Turquie* du 16 juillet 2002, § 63.

(1866) Toutefois, comme le souligne Alexandre Zollinger, la liberté de l'art reconnue aux intermédiaires, si elle est importante, ne peut supplanter la liberté de l'art reconnue aux créateurs, qui sont les « titulaires premiers » de la liberté artistique Voy. A. Zollinger, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 190.

(1867) Dans le cadre de cette liberté, tous les spectacles qui sont le support de l'expression d'une idée ou d'une information sont protégés (nous reviendrons par la suite sur ce rattachement de la création aux idées et aux informations). Ainsi, le spectacle est défini dans le Répertoire pratique de droit belge comme « une action consistant en la représentation ou la reproduction réelle ou fictive de scènes de vie, de manifestations culturelles, artistiques, sportives

592. Les développements qui suivent visent à démontrer que la liberté artistique est un droit effectif qui revêt un effet direct mais que cette liberté est trop rarement envisagée en lien avec le droit à la culture. Déconnectée de ce droit fondamental qui remet en valeur sa spécificité, elle est fondue dans le régime général de la liberté d'expression dans lequel ses caractéristiques particulières sont dévalorisées, diluées et négligées.

§ 1. *L'absence d'« exceptio artis »*

593. La participation active et la liberté artistique sont dotées d'un effet direct « au sens restreint » mais elles ne sont pas pour autant absolues. En effet, elles restent rattachées au régime général de la liberté d'expression, qui souffre des restrictions. Elle n'est donc pas hors du droit :

> « Une telle position ne saurait surprendre. Elle s'inscrit dans la logique du droit, qui ne peut consentir à laisser hors de son champ quelque situation que ce soit, *a fortiori* lorsqu'il s'agirait de remettre aux intéressés le pouvoir de décider unilatéralement, par auto-qualification, pourrait-on dire, d'échapper à son emprise. Se dire, se vouloir, se proclamer artiste, agir en artiste, ne peut, en toute occurrence, signifier que l'on se place hors droit, ce droit serait-il celui régissant la liberté d'expression, c'est-à-dire, inéluctablement, en définissant les limites »(1868).

594. L'inexistence d'une *exceptio artis* est partagée par le droit belge(1869) et le droit international, qui soumettent la liberté

---

ou foraines, ayant pour but de divertir par l'organe de la vue ou de l'ouïe ». Il est également précisé que « sont donc des spectacles, aussi bien les pantomimes, les spectacles de cirque, les matches sportifs, les spectacles de prestidigitation ou d'hypnotisme, les courses, les régates nautiques, les meetings d'aviation, les combats d'animaux, les marionnettes, les récitals de danse, les cortèges etc. Par contre, sont des divertissements publics sans être des spectacles : les concerts, soirées dansantes, auditions de T.S.F., exposition de tableaux, tournois de bridge, conférences, etc. » (Répertoire pratique de droit belge, Spectacles-Théâtres, n° 1 et n° 3).

(1868) P. Wachsmann, « Vers un affaiblissement de la protection de la liberté d'expression par la Cour européenne des droits de l'homme ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2009, n° 78, p. 494.

(1869) Gand, 2 mai 1988, *T.G.R.*, 1988, p. 119, note de D. Voorhof, « De tentoonstelling van picturale kunst en de goede zeden ».

d'expression artistique au même régime général de la liberté d'expression. En conséquence, la liberté artistique est susceptible d'être soumise à des restrictions[1870], moyennant le respect du régime général des restrictions aux droits fondamentaux[1871]. Aux États-Unis également, la liberté d'expression artistique suit en principe le même régime que la liberté d'expression et ne bénéficie pas d'un régime dérogatoire exceptionnel[1872]. La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs rappelé à de nombreuses reprises que « assurément, l'artiste et ceux qui promeuvent ses œuvres n'échappent pas aux possibilités de limitation que ménage le paragraphe 2 de l'article 10. Quiconque se présume de la liberté d'expression assume en effet, selon les propres termes de ce paragraphe, des 'devoirs et responsabilités' leur étendue dépend de sa situation et du procédé utilisé »[1873].

595. Pourtant dans le monde artistique, il n'est pas rare d'entendre des références à l'*exceptio artis*, prétextant que l'art ne peut connaître de limites parce qu'il ne constitue jamais, en lui-même,

(1870) J. Velaers, « De kunstvrijheid als vrijheid van meningsuiting en de grenzen ervan », *op. cit.*, p. 4 ; F. Janssens, « Een hand en een voet aan de exceptio artis ; de kunstexceptie nader bekeken », *MediaForum*, 1995, n° 2, pp. 19-23 ; G. A. I. Schuijt, « Dichters liegen de waarheid ofwel : staan schrijvers boven de wet ? », in *Hoe vrij is kunst ? Onderdrukking, censuur en andere beperkingen aan de vrijheid van expressie*, *op. cit.*, p. 52 ; F. M. C. Vlemminx, *Grondrechten en moderne beeldende kunst*, Zwolle, 1992, Diss. Tilburg, p. 432.

(1871) Voy. notamment, pour un rappel de ces restrictions, Cass., 12 janvier 2012 ; Cass., 23 mai 2011 (« La restriction de l'exercice de la liberté d'expression est nécessaire dans une société démocratique, lorsqu'elle répond à une nécessité sociale impérieuse à la condition que la proportionnalité soit respectée entre le moyen utilisé et l'objectif poursuivi et que la restriction soit justifiée par des motifs pertinents et suffisants. Il doit ressortir de la décision du juge qu'il a examiné le droit à la liberté d'expression par rapport à d'autres droits visés à l'article 10.2 de la Convention, comme le droit à une bonne réputation, mais aussi que la restriction imposée, compte tenu du contexte dans lequel l'opinion est émise, de la qualité des parties et des autres circonstances particulières de la cause, répond à une nécessité sociale impérieuse, est pertinente et qu'à la suite de la restriction imposée, la proportionnalité est respectée entre le moyen utilisé et l'objectif poursuivi »).

(1872) C'est même l'inverse qui se produit : la liberté d'expression artistique est rattachée au Premier amendement, mais la Cour suprême a eu l'occasion de souligner que la valeur de cette expression était moindre que celle de l'expression politique. *Young v. American Mini Theaters*, 427 U.S. 50, 70, 1976.

(1873) Voy. e.a. Cour eur. D.H., arrêt *Müller c. Suisse* du 24 mai 1988, § 34 ; Cour eur. D.H., arrêt *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche* du 25 janvier 2007, § 26.

une menace ou un problème. L'idée est que l'œuvre et son auteur n'emporteraient pas de responsabilité particulière par rapport à la morale ou aux droits d'autrui mais que seule une mauvaise réception poserait problème.

Cette vision élitiste(1874) de l'art n'est pas celle du droit(1875) : au-delà de la protection des artistes, d'autres droits fondamentaux et d'autres valeurs collectives doivent être traduites dans un équilibre que recherche le système juridique. Plus largement, une conception absolutiste de la liberté artistique finit toujours par buter sur la nécessité d'établir des limites – en plus de celles qui préexistent au droit(1876) – que ce soit à l'encontre des expressions mensongères, ennemies de la démocratie ou empêchant l'épanouissement et l'expression de chacun. Le juge Holmes ne dit pas autre chose lorsqu'il considère que :

> « la plus rigoureuse protection de la liberté d'expression ne protégerait pas l'individu qui crierait sciemment à tort 'au feu' dans un théâtre et qui provoquerait une panique [...]. La question, dans chaque cas, est de savoir si les mots utilisés le sont dans un tel contexte et avec un tel sens qu'ils créent ce danger manifeste et pressant de nature à engendrer les maux que le Congrès est en droit de prévenir. C'est une question d'urgence et de degré »(1877).

596. L'enjeu dans une réflexion sur la maximalisation de la protection de la liberté artistique n'est donc pas de plaider une *exceptio artis* absolue mais de s'interroger sur l'admissibilité et les

(1874) J. Velaers, « De kunstvrijheid als vrijheid van meningsuiting en de grenzen ervan », *op. cit.*, p. 4.

(1875) Voy., sur ce point, P. Mbongo, « Réflexions sur l'impunité de l'écrivain et de l'artiste », *Légipresse*, 2004, n° 213, II, p. 85 ; M. Iacub, « Les dangers de l'exception artistique », *Art Press*, septembre 2006 ; F. Brugère, « Qu'a fait la contestation de l'exception artistique ? », *Noesis, Art et Politique*, 2007, n° 11, p. 75.

(1876) En effet, comme le souligne Koen Lemmens, « la censure est une pratique sociale et communicationnelle évidente ». Cet auteur rappelle ainsi que l'expression n'est jamais tout à fait libre : elle fait l'objet de contraintes externes et contextuelles sur son contenu, sur sa forme, sur son style. L'organisation sociale postule en effet des forces disciplinaires et réglementaires, qui s'exercent notamment sur l'expression. K. Lemmens, « 'Taisez-vous, Elkabbach !'. L'interdiction de censure à la lumière des pratiques sociales », *R.B.D.C.*, 2003, n° 4, pp. 376-377.

(1877) *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919). La traduction est reprise de E. Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, p. 362.

fondements des limites qui lui sont posées. Protéger la liberté d'expression ce n'est pas seulement dénoncer la censure mais c'est aussi et surtout analyser les limites dont elle fait l'objet. Ainsi, le juge Paul Martens écrit-il que :

> « On peut rêver d'une société où aucune autorité ne serait habilitée à bâillonner l'expression, quel qu'en soit le contenu, le citoyen étant le seul détenteur du pouvoir de la contester. Mais faut-il aller jusqu'à dire qu'une société n'a pas accédé à la maturité démocratique tant qu'elle n'a pas atteint cet état de liberté idéal? Ou bien devons-nous, plus modestement, reconnaître que ce qui distingue une société démocratique, ce n'est pas qu'elle a banni toute forme de censure mais qu'elle s'interroge en permanence sur la légitimité de celle-ci »[(1878)].

597. Les limites posées dans la liberté d'expression sont à géométrie variable. La Constitution belge instaure un régime répressif de l'organisation des droits de libertés, bannissant toute mesure préventive. L'artiste se voit offrir la liberté de créer et de s'exprimer mais il est soumis à un régime de responsabilité.

Même aux États-Unis, où la formulation du Premier amendement de la Constitution américaine pourrait amener à croire que la liberté d'expression de l'artiste est absolue, cette liberté connaît des limites[(1879)] et ne bénéficie pas à toutes les formes d'expression.

598. S'il n'existe pas d'*exceptio artis*, il n'en demeure pas moins que les conditions d'admissibilité des ingérences dans la liberté d'expression et de création sont strictes en raison de l'importance de ces libertés, véritables piliers de nos démocraties.

(1878) P. Martens, « Un juge peut-il être un censeur ? », *A&M*, 2003, n° 5, p. 346.

(1879) Voy. notamment A. Adler, « Inverting the First Amendment », *op. cit.*, pp. 921-1002 ; A. Adler, « Post-Modern Art and the Death of Obscenity Law », *op. cit.*, pp. 1359-1378 ; A. Adler, « The Art of Censorship. The Thirty-ninth Annual Edward G. Donley Memorial Lectures », *West Virginia Law Review*, 2000, Vol. 103, n° 2, pp. 205-217 ; A. Adler, « The Perverse Law of Child Pornography », *Colum. L. Rev.*, mars 2001, Vol. 101, n° 2, pp. 209-273 ; A. Adler, « What's Left ? Hate Speech, Pornography, and the Problem for Artistic Expression », *op. cit.*, pp. 1499-1572 ; L. D. Duboff et C. O. King, *Art Law in a Nutshell*, pp. 232-255.

599. La Cour européenne des droits de l'homme a affûté l'interprétation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme en ce qui concerne les conditions strictes d'admissibilité des ingérences en matière de liberté artistique, tout en entretenant le doute sur l'existence d'une présomption favorable à l'art. Les conditions d'admissibilité des ingérences en matière de liberté artistique sont calquées sur le régime général de la liberté d'expression, comme la Cour l'a exposé de manière pédagogique dans son arrêt *Karatas c. Turquie*. Ainsi, elle a rappelé que, outre la condition classique de légalité de l'ingérence, les seuls buts légitimes que l'ingérence peut poursuivre sont énumérés dans l'article 10, § 2, à savoir « la sécurité nationale », « l'intégrité territoriale » ou « la sûreté publique », « la défense de l'ordre » et « la prévention du crime », « la protection de la santé ou de la morale », « la protection de la réputation ou des droits d'autrui », « pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

De manière générale, le régime constitutionnel belge se montre soucieux de la liberté d'expression dont la liberté artistique est une composante. Ainsi, il ajoute au régime européen l'interdiction de toute mesure d'interdiction préventive (même si, comme on le verra, cette interdiction a été nuancée, voy. *infra*). Les articles 19 et 25 de la Constitution belge établissent une liberté dans la responsabilité[1880]. Cette interdiction de mesures préventives implique, par exemple, que les métiers d'éditeur et d'imprimeur ne peuvent faire l'objet d'un système d'autorisation ou de brevet[1881]. Sont inconstitutionnelles les normes imposant des conditions à l'établissements de bibliothèques libres, d'entreprises graphiques, de libraires ou les limitations à l'accès aux professions d'éditeur, d'imprimeur ou de libraire[1882]. L'interdiction de mesure d'interdiction *a priori* implique également l'impossibilité de demander des autorisations

(1880) Comme nous le verrons *infra*, si le principe apparaît simple, la délimitation du moment à partir duquel il est possible constitutionnellement de limiter la liberté d'expression reste délicate.

(1881) O. Orban, *Droit constitutionnel de la Belgique*, III, Liège, H. Dessain, 1911, p. 441 ; P. Wigny, *Droit constitutionnel : principes et droit positif*, Bruxelles, Bruylant, 1952, p. 371.

(1882) J. Velaers, « De kunstvrijheid als vrijheid van meningsuiting en de grenzen ervan », *op. cit.*, p. 169 ; P. Wigny, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 351 ; Corr. Bruxelles, 14 juillet 1982, *J.T.*, 1983, p. 104 ; Corr. Bruxelles,

pour des activités artistiques, sauf en ce qui concerne les manifestations en plein air sur la voie publique ou accessible au public, qui relèvent alors des lois de police, selon l'article 26 de la Constitution(1883). À l'exception de l'ordre public, aucun autre motif n'est en principe recevable pour limiter les manifestations artistiques et les conditions dans lesquelles cette compétence communale peut s'exercer sont strictes(1884).

Le droit constitutionnel américain est souvent considéré comme étant plus restrictif que les autres régimes sur les possibilités de restriction de la liberté d'expression. En principe, la liberté d'expression ne peut subir de limites que dans des cas très précis(1885). Il n'y a pas, à cet égard, de traitement différent pour la liberté artistique, qui suit le régime général de la liberté d'expression.

§2. *L'effectivité de l'obligation de respecter et de protéger les spécificités de la création artistique*

600. L'apport du droit de participer à la vie culturelle pour la liberté artistique est fondamental : il rappelle la spécificité de cette liberté par rapport à la liberté d'expression, et implique des obligations particulières de reconnaissance, de respect et de protection. C'est que la liberté de création, prérogative du droit à la culture, est essentielle pour le droit à la culture car elle conditionne l'ensemble de celui-ci. C'est pourquoi le droit à la culture implique des obligations spécifiques de respecter et de protéger la liberté artistique, qui interagissent avec celles découlant notamment de la Convention sur la diversité des formes culturelles, visant à prévenir la négligence dont fait parfois l'objet cette liberté. Le droit à la culture implique ainsi une revalorisation et une autonomisation de

15 novembre 1982, *J.T.*, 1983, p. 101 ; Bruxelles, 20 décembre 1983, *J.T.*, 1984, p. 74 ; Cass., 27 juin 1985, *R.W.*, 1985-1986, pp. 1444-1447.

(1883) Des règlements communaux peuvent alors régler cette matière afin de maintenir l'ordre public.

(1884) F. Perin, « Le statut juridique des spectacles et la liberté d'opinion », *op. cit.*, p. 430 ; C.E., arrêt *Universal Films*, n° 44, du 9 mai 1949 et arrêt *N.V. Benelux Films*, n° 5504, du 19 février 1957.

(1885) Premier amendement : « Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof ; or abridging the freedom of speech, or of the press ; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances ».

la liberté artistique, que la doctrine a d'ailleurs souvent appelée de ses vœux[1886].

La création ne peut donc être simplement réduite à une catégorie de la liberté de communiquer des informations et des idées. En effet, elle n'est pas simplement soluble dans le régime général de la liberté d'expression, qui fait la part belle à l'expression d'opinions d'intérêt général, d'idées et d'informations, de discours linéaires et rationnels, et qui met en valeur les fonctions assumées par ce type de communications. Or, l'expression artistique ne se caractérise pas forcément par l'expression d'un message ou d'une information, mais plutôt par la transformation du regard sur le monde que l'œuvre opère et par la mise en perspective qu'elle implique.

L'expression artistique assume ainsi des fonctions particulières de « production du sens »[1887] dans nos démocraties, qui ne sont pas traduites dans le régime général de la liberté d'expression et qui ne sont donc pas prise en compte dans ce régime. À côté du régime protecteur des informations et des idées, fondé peu ou prou sur la théorie du « marketplace of ideas »[1888], la création doit recevoir un traitement particulier qui soit le miroir de ses fonctions particulières dans le débat démocratique : cristalliser les mouvements critiques, sublimer certaines questions, mettre en œuvre une démarche critique et créative grâce à la fiction et à la subversion ou encore susciter des prises de position novatrices et créatives.

Établir une présomption favorable à l'art ou un régime spécifique ne revient évidemment pas à accorder l'immunité à l'expression artistique. La responsabilité de l'artiste ne peut être écartée simplement parce qu'il se réclame de son art. Simplement, une attention soutenue doit être accordée aux mécanismes fondateurs de l'expression créative, à sa spécificité, à la critique qu'elle emporte, aux perspectives qu'elle donne à voir. On s'en doute, les limites de cette présomption favorable seront difficiles à établir : comment protéger

(1886) Ainsi, Paul Kearns considère que la position dominante du système juridique dans la définition des concepts comme l'art peut avoir de nombreuses conséquences sur la sphère artistique. Dès lors, il préconise que les juristes prennent en compte la nature particulière de l'art et de ses procédés. Voy. P. Kearns, *The Legal Concept of Art*, *op. cit.*

(1887) Voy. première partie.

(1888) *Ibid*.

les spécificités de la création artistique tout en excluant que l'art puisse bénéficier d'une totale immunité[1889] ?

601. Quel est, aujourd'hui, l'effet de ces obligations de prendre en compte les spécificités et de les respecter de manière spécifique de l'expression artistique ? La protection apportée à la création artistique est-elle suffisamment adaptée aux spécificités de la création artistique ? La protection de la liberté artistique traduit-elle la contribution spécifique de cette forme d'expression à la démocratie ? Doit-on considérer, comme Karel Rimanque et Filip Reyntjens en 1984, qu'il existe une présomption favorable à la création artistique dans les ordres juridiques belges et européens[1890] ? Ou, au contraire, faut-il insister avec Marc Verdussen, sur la nécessité de conférer enfin à l'expression artistique une place plus importante dans l'ensemble des régimes juridiques[1891] ?

(1889) Ainsi, doit-on partager le questionnement de Patrick Wachsmann, qui se demande si « Faute de pouvoir être celui de l'immunité, le régime qui régit la liberté de création artistique est-il au moins un statut privilégié? La réponse est loin d'être assurée et revêt un aspect extrêmement ambivalent, comme à chaque fois que la société est confrontée au questionnement que lui impose l'art. Avoir pour l'art une authentique considération implique- t-il de le singulariser, de le mettre à part, ou, au contraire, de le traiter selon le droit commun? Le débat sur la responsabilité de l'artiste, on le rappelle, n'est pas qu'un débat juridique. Diriger une œuvre musicale au cours d'une manifestation organisée par le régime nazi, par exemple *Les maîtres chanteurs de Nuremberg* lors du congrès du parti, composer une ode à Staline, exposer des sculptures ou réaliser un film glorifiant des corps athlétiques selon les canons de l'idéologie régnante, faire l'apologie de la collaboration et exprimer sa haine des Juifs peut-il être rendu moins grave, 'excusé', voire 'pardonné' dans une mesure quelconque par la qualité d'artiste de l'intéressé ou le mode d'expression qui est le sien? » (P. Wachsmann, « Vers un affaiblissement de la protection de la liberté d'expression par la Cour européenne des droits de l'homme ? », *op. cit.*, p. 494). Dans l'établissement d'une présomption favorable à la création artistique et d'un traitement spécifique à la création, on veillera à ne pas « traiter l'artiste et son œuvre par le mépris, les renvoyant à un statut littéralement infantilisant, parce que rien de ce qui en relèverait ne serait vraiment pris au sérieux [...] » (*ibid.*). Au contraire, il nous semble simplement que ces deux aménagements sont nécessaires pour prendre l'expression artistique et culturelle au sérieux, en les spécifiant.

(1890) K. Rimanque et F. Reyntjens, « Kunst en de vrijheid van expressie en haar beperkingen », *op. cit.*, p. 14.

(1891) M. Verdussen, « Les droits de l'homme et la création artistique », *op. cit.*, pp. 1001-1016.

A. **En droit belge**

602. En Belgique, la liberté artistique occupe historiquement une place particulière en raison du rôle attribué à *La Muette de Portici* dans le déroulement de la Révolution belge. La liberté des spectacles a été reconnue avant même que la Constitution belge de 1830 ne soit adoptée[1892]. Celle-ci fut confirmée par une décision du 21 octobre 1831 qui a reconnu entière liberté pour élever des théâtres et pour y faire représenter des pièces[1893].

Le système belge continue aujourd'hui de témoigner d'une mansuétude particulière à l'égard de la création. La jurisprudence du Conseil d'État quant à la liberté des spectacles démontre une grande sévérité dans son examen des limites posées dans la liberté d'expression. Ainsi, selon Jan Velaers, s'il n'existe pas d'*exceptio artis*, il existe bel et bien une présomption favorable à l'art, qui veut que le juge respecte le principe « *in dubio pro arte* »[1894]. François Tulkens place quant à lui l'expression artistique dans une position relativement confortable dans son tableau sur la liberté d'expression[1895].

603. Cependant, de nombreuses incohérences dans le traitement juridictionnel d'affaires concernant la liberté d'expression artistique démontrent qu'une présomption favorable ne prévaut pas dans les faits et que le rattachement de la liberté artistique à la liberté d'expression reste inadéquat et insatisfaisant.

D'abord, *l'importance* conférée à la liberté d'expression artistique en droit belge reste bien moindre que celle conférée au discours politique, surtout en période électorale[1896] et que celle accordée à la presse d'information. C'est d'ailleurs lorsque l'expression artistique conjugue à la fois les champs de l'expression politique, de la presse

(1892) *Pandectes belges*, n° 23.

(1893) Voy. *supra*, note n° 764.

(1894) J. Velaers, « De kunstvrijheid als vrijheid van meningsuiting en de grenzen ervan », *op. cit.*, pp. 24-25.

(1895) F. Tulkens, « La liberté d'expression », in *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, M. Verdussen et N. Bonbled (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 821-844.

(1896) Voy. F. Tulkens, « La liberté d'expression », *op. cit.*

Voy. notamment Anvers, 9 juin 1999, *R.W.*, 2001-2002, p. 564.

et de la création, dans l'expression satirique ou caricaturale, qu'elle fait l'objet de la plus grande protection. Dans ces cas, au nom du droit à l'humour et du respect de la presse, sont tolérés l'exagération, le ton mordant et les critiques, même vives, tant que la satire ne vise pas à nuire et n'injurie pas l'individu[1897]. La protection du discours artistique est encore amoindrie lorsque l'expression artistique sert à un discours publicitaire, qui peut faire l'objet de nombreuses restrictions[1898]. On voit que la hiérarchie établie entre les types d'expression ne profite pas toujours à l'expression artistique en raison de la difficulté qu'éprouvent les juges à saisir l'importance spécifique de l'expression artistique dans le débat démocratique.

(1897) Les genres littéraires de la caricature et de la satire reçoivent une clémence particulière de la part des juges, qui veulent ainsi protéger un certain « droit à l'humour », et ne sanctionnent que « les abus des abus » (voy. notamment Bruxelles, 19 mai 2005, *A&M*, 2006, p. 81 ; Bruxelles, 31 juillet 2009, *A&M*, 2010, n° 1, p. 90 ; Gand, 6 juin 2005, *A&M*, 2005, n° 5, pp. 444 et s. Voy. M. Isgour, « La satire : réflexions sur le droit à l'humour », *op. cit.*, pp. 59-68). Ainsi, les juges reconnaissent que ce genre « plaisant, souvent même pédagogique », qui « prête peu le flanc à la critique lorsqu'elle se contente de viser, en termes généraux, des modes de pensées, les passions des hommes, des attitudes types, des groupes sociaux ». Selon les juges, « la satire est une forme d'expression artistique et de commentaire social qui, de par l'exagération et la déformation de la réalité qui la caractérise, vise naturellement à provoquer et à susciter l'agitation. [...]. Ainsi, toute atteinte au droit d'un artiste de recourir à pareil mode d'expression doit être examinée avec une attention particulière » (Bruxelles, 31 juillet 2009, *A&M*, 2010, n° 1, p. 90). Pour les juges, si certains peuvent se sentir blessés par la satire, « c'est une affaire de sensibilités (susceptibilités ?) blessées qui auraient de la peine à se faire entendre sur le terrain du droit » (Bruxelles, 31 juillet 2009, *A&M*, 2010, n° 1, p. 90). Une certaine jurisprudence a tendance à offrir à la presse satirique une protection étendue, ne sanctionnant que les propos extrêmes. La satire, qui est une forme essentielle de la liberté d'expression, doit bénéficier d'une certaine tolérance, dès lors que l'excès et l'outrance sont les lois du genre. Seuls « les abus des abus » peuvent être sanctionnés (Bruxelles, 19 mai 2005, *A&M*, 2006, p. 81, K. Lemmens, « Politie uit de kleren ? Humo uit de rekken ! », *A&M*, 2010, pp. 91-99). « L'humour peut être malicieux, exagéré, brutal ou mordant et c'est pour cette raison qu'il est acceptable, ce qui implique que des accusations pointues et très critiques peuvent être formulées dans la presse satirique. L'humour, qui n'a que pour seule intention de se moquer de la réputation, de l'estime ou de l'honneur d'une personne, est inacceptable » (Gand, 6 juin 2005, *A&M*, 2005, p. 444).

(1898) Civ. Bruxelles, Réf., 25 janvier 2001, *Journ. proc.*, n° 409, 23 février 2001, obs. F. Ost et F. Tulkens.

Voy., sur des arrêts admettant des restrictions dans le discours publicitaire, C.C., arrêt n° 102/1999, du 30 septembre 1999, B.24.3 ; C.C., arrêt n° 194/2009, du 26 novembre 2009, B.6.

Ensuite, force est de constater que les *formes* de l'expression artistique sont moins bien protégées que les formes « classiques » du discours politique ou de presse. Ainsi, rappelons que, dès 1964, la Cour de cassation considère, de manière tout à fait incohérente et anachronique[1899], qu'« [u]ne image, bien qu'elle soit produite par la presse dans l'acception la plus large, n'est que la représentation d'un objet matériel et n'est pas directement l'expression d'une pensée ou la manifestation d'une opinion, au sens que la Constitution attache à cette expression, de sorte que les infractions commises par la publication d'images ne peuvent être considérées, en soi, comme délits de presse »[1900]. Le refus de prendre en compte les idées véhiculées par les images – même si elles sont imprimées – est fondé sur l'exclusion des images en tant qu'opinions[1901], ce qui est particulièrement « dépourvu de sens »[1902]. La Cour de cassation considère également que « ni la radiodiffusion, ni les émissions de télévision ou de télédistribution ne sont des modes d'expression par écrits imprimés ; l'article [25] de la Constitution leur est donc étranger »[1903]. En effet, la Cour de cassation estime que cette disposition ne s'applique qu'aux « médias imprimés »[1904]. Cette jurisprudence particulièrement

(1899) Bien que totalement désuète et profondément contradictoire, cette jurisprudence de la Cour de Cassation a été confirmée dans des arrêts récents : voy. notamment Cass., 2 juin 2006.

(1900) Cass., 2 mars 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 697. Koen Lemmens fait également remarquer qu'une telle opinion fut déjà exprimée en 1839 (Cass., 28 mars 1839, *Pas.*, 1839, I, p. 55) : K. Lemmens, « Les publications sur la Toile peuvent-elles constituer des délits de presse ? », *R.D.T.I.*, 2005, n° 21, p. 78.

(1901) K. Lemmens, « Les publications sur la Toile peuvent- elles constituer des délits de presse ? », *op. cit.*, p. 78 et M. Verdussen, « Les droits de l'homme et la création artistique », *op. cit.*, p. 650.

(1902) K. Lemmens, « Les publications sur la Toile peuvent- elles constituer des délits de presse ? », *op. cit.*, p. 78. L'interprétation stricte de la Cour de cassation des délits de presse exclut de la protection constitutionnelle un bon nombre d'expressions artistiques. En effet, si les images en sont exclues, *a fortiori*, les sculptures et peintures le sont également. Le théâtre ou l'opéra n'entrent évidemment pas dans le concept, sauf en ce qui concerne le livre reprenant la pièce ou le livret d'opéra. En ce qui concerne le cinéma, de nouveau, le scénario pourra être considéré comme couvert, mais pas la représentation en tant que telle.

(1903) Cass., 9 décembre 1981, *Pas.*, I, 1982, p. 482 ; *J.T.*, 1983, p. 133, obs. L. Goffin et M. Mahieu.

(1904) Voy. *ibid.*, p. 482 et sa jurisprudence constante.

Par exemple, Cass., 2 juin 2006, p. 17. Conclusions de M. l'avocat général délégué P. de Koster, avant Cass., 2 juin 2006, RG C.03.0211.F, *Pas.*, 2006 : « Lorsque le texte est clair, il n'y a pas lieu de l'interpréter ».

stricte de la Cour de cassation implique que les images imprimées et les créations audiovisuelles et cinématographiques ne sont pas concernées par l'article 150 et par l'article 25 de la Constitution : une infraction commise par l'entremise de ces images ne constitue pas un délit de presse ou un quasi-délit de presse[(1905)]. Les images et les créations audiovisuelles et cinématographiques sont ainsi protégées uniquement par l'article 19. Cet article exclut toute forme de censure préventive[(1906)], même si la Cour constitutionnelle ne confirme cette

---

Voy. par contre, sur la notion de délit de presse, Mons, 3e ch, 14 mai 2008. La Cour y fait une interprétation évolutive de la notion de délit de presse, qui repose sur la notion d'écrits imprimés, en y englobant l'internet. Voy. plus largement, sur cette question, J. Auvret-Finck et P. Auvret, « Concrétisation et aménagement de la liberté d'expression sur internet en droit européen », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, *op. cit.*, Tome I, pp. 99-118.

(1905) Cass., 28 juin 2004.

(1906) Malgré l'existence de régimes préventifs, cette disposition, dont le libellé est moins fort que celui de l'article 25, exclut également toute mesure préventive. K. Lemmens, « 'Taisez-vous, Elkabbach !'. L'interdiction de censure à la lumière des pratiques sociales », *op. cit.*, pp. 398 et s. Il semble en effet établi que telle était la volonté du Constituant. En effet, cette volonté du Constituant de bannir ces restrictions a été établie, à la fois dans le contexte de l'article 19 et dans celui de l'article 25, après une analyse fouillée des travaux préparatoires par Jan Velaers (J. Velaers, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, *op. cit.*, p. 112 et pp. 514-516). Voy., pour d'autres auteurs sur ce point, D. Voorhof, *Handboek Mediarecht*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 25-26 et pp. 60 et s. ; K. Lemmens, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 321 ; M. Kadaner et R. Coirbay, « Audiovisuel : quelques décisions récentes », *A&M*, 1997, p. 157 ; J. De Meyer, « Enkele overwegingen betreffende de drukpersvrijheid », *T.B.P.*, 1978, p. 3 ; K. Rimanque, « De vrijheid van informatie en de vrijheid van mening in verband met de uitzendingen van radio en televisie », *R.W.*, 1969-1970, p. 1601 ; O. Orban, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, III, *op. cit.*, p. 440 ; N. Bonbled, « La conciliation des restrictions constitutionnelles et conventionnelles à la liberté d'expression : le cas des discours haineux », *R.B.D.C.*, 2005, n° 3-4, pp. 421 et s. Voy. également Cass., 29 juin 2000, *A&M*, 2000, pp. 446 ; C.E., arrêt *Van Rossen*, n° 89.216, du 7 août 2000.

« Les dispositions des articles 19 et 25 de la Constitution ne font pas obstacle à ce que des délits de presse ainsi que des délits commis lors de l'exercice de la liberté d'expression soient punis. Elles interdisent qu'un contrôle préalable soit instauré sur l'usage de ces libertés, en d'autres mots que les intéressés ne soient autorisés à diffuser des imprimés et à exprimer des opinions avant qu'une autorité administrative ou d'autres tiers se soient exprimés à propos de leur admissibilité » (C.E., arrêt *Van Hecke*, n° 89.368, du 28 août 2000). C.C., arrêts n° 17/2009, du 12 février 2009, B.61.2 et n° 40/2009, du 11 mars 2009, B.49/2. Ainsi, la Cour admet les sanctions établies à l'encontre

exclusion qu'« en principe »[1907], que le Conseil d'État reste timide sur ce plan[1908] et que de nombreux régimes préventifs ont été maintenus malgré l'existence de cet article[1909]. Hormis Michel Hanotiau,

---

de certaines expressions parce qu'elles ne comportent pas de mesures préventives : C.C., arrêts n° 45/1996, du 12 juillet 1996 (propos négationnistes) ; n° 10/2001, du 7 février 2001 (partis liberticides).

(1907) Voy. F. Tulkens, « La liberté d'expression », *op. cit.* ; C.C., arrêt n° 195/2009, du 3 décembre 2009, B.34. Nicolas Bonbled constate ainsi que la Cour constitutionnelle ne semble pas considérer l'interdiction des mesures préventives comme un « impératif catégorique ». N. Bonbled, « La conciliation des restrictions constitutionnelles et conventionnelles à la liberté d'expression : le cas des discours haineux », *op. cit.*, p. 479.

(1908) Il a d'abord rejeté un système d'autorisations administratives obligatoires et préalables pour la distribution de tracts ; tout en reconnaissant cependant que l'article 19 et l'article 25 n'autorisent « formellement l'autorité à subordonner l'exercice du droit en question à des mesures préventives, même si elles n'interdisent pas non plus de manière générale de telles mesures » (C.E., arrêt *Van der Vinck.,* n° 80.282, du 18 mai 1999). Le Conseil d'État a annulé un système par lequel la Poste s'autorisait le droit de ne pas distribuer des écrits discriminatoires ou liberticides, se fondant sur l'interdiction qu'« un contrôle préalable de la liberté d'expression et de presse soit instauré » (C.E., arrêt *Van Hecke,* n° 98.368, du 28 août 2000 et arrêt *Van Hecke,* n° 116.818, du 10 mars 2003). Dans l'arrêt *Mbala Mbala*, le Conseil d'État rappelle, à propos du spectacle de Dieudonné interdit à Saint-Josse, que « le collège des bourgmestre et échevins, en effet, n'a pas reçu pour mission de veiller préventivement à la correction politique ou morale, voire même pénale, des spectacles et moins encore à celle, supposée, des artistes qui en donnent la représentation » et « qu'à supposer que des propos tombant sous le coup de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie risquent d'être tenus au cours du spectacle interdit par l'arrêté attaqué, ceux-ci ne pourraient justifier que des poursuites répressives, mais non une mesure préventive de police » (C.E., arrêt *Mbala Mbala,* n° 191.742, du 23 mars 2009).

(1909) Dès lors, Michel Hanotiau considère que l'article 19 de la Constitution n'interdit pas les mesures préventives, en se fondant sur la nécessité d'un effet utile de l'article 19 par rapport à l'article 25. Par conséquent, cet auteur tolère largement les mesures préventives. M. Hanotiau, « Le droit à l'information », *Rev. trim. dr. h.,* 1993, pp. 43 et s. La Cour constitutionnelle a par ailleurs, de manière très critiquable, jugé conforme à l'article 19 le vieil arrêté-loi de guerre de 1945 qui soumettait l'affichage à l'accord écrit du propriétaire, en considérant, étonnamment, que les sanctions n'étaient applicables qu'après la diffusion des opinions alors que l'interdit, lui, était établi avant la diffusion des opinions (C.C., arrêt n° 136/2003, du 22 octobre 2003). La Cour de cassation a développé, en la matière, une jurisprudence similaire, qui reconnaît la possibilité de réglementer la liberté de manifester ses idées sur la voie publique (Cass., 19 octobre 1953, *Pas.*, 1954, I., p. 109 ; Cass., 29 octobre 1973, *Pas*., 1974, I., p. 232) et qui admet les mesures préventives prononcées par le juge (sur la base des articles 144 de la Constitution et du Code judiciaire) lorsqu'elles ont pour but la protection des droits

aucun auteur de doctrine consulté et aucun jugement étudié n'admet, en ce qui concerne l'article 19, de mesures préventives, sauf le cas de la nécessaire conciliation avec d'autres dispositions relatives aux droits fondamentaux et sauf lorsque la Constitution est lacunaire, comme pour ce qui concerne l'audiovisuel. Une doctrine très largement majoritaire confirme ainsi le principe de l'interdiction des mesures préventives tout en admettant certaines d'entre elles dans des conditions strictes(1910) lorsqu'elles émanent d'un juge(1911), lorsque leur but est de conserver les droits d'autrui(1912) et à l'exclusion de tout autre motif lié au contenu(1913).

---

de la personne (Cass., 29 juin 2000, Cass., 2 juin 2006). D'autres auteurs considèrent que les mesures préventives existent malgré le texte constitutionnel : K. LEMMENS, « 'Taisez-vous, Elkabbach !'. L'interdiction de censure à la lumière des pratiques sociales », *op. cit.*, p. 386 ; J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Publiek Recht*, Brugge, die Keure, 1994, pp. 242-243.

(1910) Ainsi, Koen Lemmens, qui est pourtant un ardent défenseur de l'interprétation selon laquelle l'article 19 en soi interdit les mesures préventives estime qu'il faut « relativiser cette interdiction » et appelle à ouvrir le débat sur la réécriture de cet article de la Constitution (K. LEMMENS, « 'Taisez-vous, Elkabbach !'. L'interdiction de censure à la lumière des pratiques sociales », *op. cit.*, pp. 398 et s.).

(1911) Ce n'est que pour ces mesures judiciaires que la Cour de cassation a admis les mesures préventives (Cass., 29 juin 2000 et Cass., 2 juin 2006). Par conséquent, la plupart des auteurs qui ont analysé ces arrêts partent du postulat que les mesures préventives sont le fait d'un juge.

(1912) Notamment dans la lutte contre les idées racistes : P. VANDERNOOT, « La Constitution belge et la diffusion d''idées' racistes : mieux vaut prévenir que guérir ? », in *Liber amicorum Paul Martens, L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 521-568.

(1913) P. MARTENS, « Un juge peut-il être un censeur ? », *op. cit.*, p. 346.

Ainsi, Koen Lemmens considère, à la suite de Marie-Françoise Rigaux, qu'il faut adopter une position plus neutre à l'égard des mesures préventives, en ce que celles-ci « peuvent aussi constituer des éléments précieux pour une meilleure protection des droits fondamentaux » (K. LEMMENS, « 'Taisez-vous, Elkabbach !'. L'interdiction de censure à la lumière des pratiques sociales », *op. cit.*, p. 390 ; M.-F. RIGAUX, « La licéité des restrictions et des interventions préventives – Quelques réflexions », *Rev. trim. dr. h.*, 1993, n° 13, pp. 59 et s.).

Dans le même sens, d'autres auteurs considèrent que la protection des droits fondamentaux par le régime répressif belge ne peut être considéré comme supérieure à celle de la Convention européenne des droits de l'homme : S. VAN DROOGHENBROECK, « L'horizontalisation des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 379-388 ; M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 439-442).

L'idée est que, comme l'écrivent Nicolas Bonbled et Matthieu Lys, « à l'instar de vases communicants, le primat conféré au droit à la liberté d'expression des uns ne peut alors se traduire que par une diminution de la protection

Contrairement à l'expression politique et de presse, la création artistique, imagée ou cinématographique, fait l'objet de mesures préventives importantes(1914) comme en témoigne la loi de 1920 qui contrôle l'accès aux salles de cinéma et qui continue de postuler l'interdiction de cet accès aux mineurs(1915). Les arts de la scène, protégés par l'article 19 de Constitution, sont également soumis à des contrôles préventifs. Si la « police des spectacles », qui autorise le bourgmestre à restreindre la liberté des spectacles, est désormais

---

des droits conventionnellement garantis à d'autres personnes » (N. Bonbled et M. Lys, « L'affaire Leempoel et Ciné Revue : le mot de la fin ? », *J.T.*, 2006/41, n° 6247, p. 791). Cette approche de l'article 19 de la Constitution présente en outre l'avantage de dépasser la cristallisation du conflit entre l'article 19 de la Constitution et l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'application de l'article 53 de la Convention (qui fait prévaloir le régime le plus protecteur des droits de l'homme. En effet, par l'intervention des droits d'autrui, il n'est pas certain que le régime le plus protecteur soit celui de l'article 19 de la Constitution belge.

Dans ce cadre, seraient admissibles les ingérences préventives qui sont nécessaires au respect par l'autorité de ses obligations positives découlant d'autres droits fondamentaux (voy. S. van Drooghenbroeck, « L'horizontalisation des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 379-388).

(1914) Voy., pour la création cinématographique, audiovisuelle ou radiophonique, F. Jongen, « La censure administrative en Belgique », in *Censure-Censuur, Actes du 16 mars 2003*, Bruxelles, Larcier, pp. 58-67.

(1915) Le cinéma fait l'objet d'une mesure de censure administrative préventive relativement large, en ce que la loi du 1er septembre 1920, dans son premier article, interdit, en principe, l'entrée dans les salles de spectacles cinématographiques aux « mineurs des deux sexes âgés de moins de 16 ans accompagnés ». En vertu de cette loi, l'accès aux salles demeure une exception pour cette catégorie de spectateurs, qui ne peuvent qu'assister aux films frappés du signe « Enfants Admis » (Loi du 1er septembre 1920, *Mon. b.*, 18 février 1921, p. 1250, modifiée par l'article 4 de la loi du 27 avril 2007 portant des dispositions diverses, *Mon. b.*, 8 mai 2007) Toutefois, l'effectivité de ce mécanisme doit être nuancée en raison de l'imbroglio juridique relatif aux autorités compétentes pour assurer cette régulation (voy. *supra*) et en raison de l'absence presque totale de contrôle du respect de cette loi (voy. d'ailleurs un jugement du tribunal de police de Liège refusant d'appliquer la loi de 1920 en estimant qu'il serait « invraisemblable, voire ubuesque de sanctionner pénalement ledit comportement en ne tenant pas compte de l'évolution des moeurs et des techniques audiovisuelles dont le législateur ne semble pas vraiment s'être préoccupé ces derniers temps ». Il a également critiqué les services du parquet, qui « malgré leurs très larges pouvoirs d'appréciation quant à l'opportunité des poursuites, estimèrent néanmoins impérieux de devoir traduire (sans doute pour l'exemple !) devant le tribunal de police (pourtant ô combien encombré) les contrevenants à cette législation dont le texte vierge de toute modification date du 1er septembre 1920 ». Pol. Liège, 19 novembre 1996, *Journ. proc.*, 10 janvier 1997, n° 318, p. 29, obs. J. M. Dermagne.

très étroitement encadrée par le Conseil d'État[1916], d'autres mesures préventives subsistent, de manière totalement inconstitutionnelle. Mentionnons notamment les règlements communaux de la ville de Bruxelles et de Liège qui soumettent à des conditions strictes l'exercice des activités des artistes de rue dans les rues de ces deux villes[1917].

(1916) Voy. G. Ninane, « Une police administrative des spectacles ligotée par le droit fondamental à la liberté d'expression », *J.L.M.B.,* 2009, n° 20, pp. 943-947 ; C.E., arrêt *Mbala Mbala,* n° 191.742, du 23 mars 2009 ; C.E. (6e ch.), arrêt *S.P.R.L. Bonnie production–Dieudonné,* n° 146.226, du 17 juin 2005, p. 6 ; *R.R.D.,* 2005, liv. 116, p. 284. Rappelons en effet que le motif de l'ordre public est le seul motif recevable pour limiter en public les manifestations artistiques et que les conditions dans lesquelles cette compétence communale peut s'exercer sont très strictes : F. Perin, « Le statut juridique des spectacles et la liberté d'opinion », *op. cit.*, p. 430 ; C.E., arrêt *Universal Films*, n° 44, du 9 mai 1949 et arrêt *N.V. Benelux Films*, n° 5504, du 19 février 1957.

(1917) Voy. le Règlement de la ville de Bruxelles sur les artistes de rue (http://www.bruxelles.be/dwnld/11611765/R%C3%A8glement%20art%20de%20rue%20d%C3%A9f%20de%20d%C3%A9f%20_2_.pdf). Ceux-ci sont définis comme toute personne qui pratique une activité artistique publique dans les domaines de la musique, des arts de la scène, des arts plastiques ou du cirque, à l'exclusion de toute activité de nature commerciale (Art. 1, a, Règlement sur les artistes de rue). L'autorisation est soumise à deux conditions qui semblent particulièrement attentatoires à la liberté d'expression artistique : la possession d'un diplôme « à vocation artistique » et l'accord d'un jury artistique. Cette autorisation n'est valable qu'un mois et renouvelable que trois mois par an, elle ne peut par ailleurs être mise en œuvre que dans les endroits désignés à cet effet par le Collège des bourgmestre et échevins et qu'à certaines heures de la journée. Quant aux artistes utilisant des supports sonores, ils ne pourront exercer leur art que durant les heures paires... Sous l'angle de la liberté d'expression, cette mesure apparaît comme étant inconstitutionnelle. Cependant, si on l'appréhende à travers l'article 26 de la Constitution, c'est-à-dire au travers du prisme du droit de s'assembler pacifiquement sur les voies publiques, une restriction préventive peut être justifiée. Mentionnons également, à titre d'exemple, les conséquences de la réglementation drastique relative à la protection des animaux du cirque. Cette réglementation entrave véritablement l'exercice des arts du cirque mais cette conséquence n'a pas été envisagée comme telle lors des décisions.

Voy. le Règlement communal de la ville de Liège du 22 février 2010, n° 10 (http://www.liege.be/telechargements/pdf/securite/reglements/reglement-artistes-rue-22-02-2010.pdf) qui soumet à autorisation l'exercice de toute forme d'art dans la rue pour les artistes de rue.

B. **Le droit de la Convention européenne des droits de l'homme**[1918]

604. Si la Cour a désormais établi l'obligation de ne pas « empiéter indûment »[1919] sur la liberté d'expression des artistes, accorde-t-elle pour autant une protection adéquate à la liberté artistique ? Quel est l'impact de l'obstination des juges européens à rattacher la liberté artistique à la généralité du régime de la liberté de communiquer des idées et des informations ?

1. La jurisprudence antérieure à l'arrêt *Apocalypse*

605. Avant l'arrêt *Apocalypse*, la Cour a développé une jurisprudence conservatrice sur cette question, qui tranchait avec ses positions libérales dans d'autres domaines. Les premiers arrêts de la Cour sur la liberté artistique témoignent du peu de crédit accordé à cette liberté par les juges européens. Le premier arrêt rendu par la Commission dans cette matière a été catastrophique : dans une décision du 6 octobre 1983 la Commission n'a pas condamné un cas de violence policière à l'encontre d'artistes de rue[1920]. Par après, d'autres arrêts de la Cour ont témoigné d'une « réticence manifeste

(1918) Nous étudierons en particulier le droit de la Convention européenne en raison de son importance en droit belge. En effet, la Convention et les arrêts de la Cour revêtent dans l'ordre juridique belge un effet à nul autre pareil. Comme notre démonstration est rivée sur l'effectivité du droit à la culture et se concentre, dans cette troisième partie, sur l'analyse, en droit national, du point de vue belge, de la mise en œuvre concrète de ce droit, cette priorité accordée au droit de la Convention européenne des droits de l'homme s'explique par son statut dans l'ordre juridique belge. Voy., par ailleurs, pour plus d'informations sur les droits culturels dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, Research Division – Division de la Recherche, *Cultural rights in the case-law of the European Court of Human Rights*, Publications du Conseil de l'Europe, janvier 2011, www.echr.coe.int.

(1919) Cour eur. D.H., arrêt *Müller c. Suisse* du 24 mai 1988, § 33 : « Ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensable à une société démocratique. D'où l'obligation, pour l'État, de ne pas empiéter indûment sur leur liberté d'expression ». Voy. également P. Tavernier, « L'art et la Cour européenne des droits de l'homme», in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, *op. cit.*, Tome II, p. 1537.

Voy. également Cour eur. D.H., arrêt *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche* du 25 janvier 2007, § 26.

(1920) Comm. Décision du 6 octobre 1983, req. n° 103117/83, *H. & K. c. Royaume-Uni*.

à garantir à l'artiste une liberté d'expression significative »[1921], qui se manifestait notamment par l'absence de position de principe et de directive d'interprétation traduisant l'importance particulière de l'expression artistique, à rebours de l'emphase de la Cour concernant la liberté d'expression des journalistes[1922].

606. Par la suite, dans les arrêts *Müller*, *Otto-Preminger-Institut* et *Wingrove*, la Cour développe une jurisprudence qui tend déprécier le monde des images, de l'irrationnel et de l'imaginaire, au profit du discours rationnel, politique et des informations et des idées.

Dans l'arrêt *Müller*, la Cour considère compatibles avec l'article 10 la condamnation pénale et la confiscation, pendant huit années, de tableaux, sur la base des « devoirs et responsabilités » incombant au titulaire de la liberté d'expression dont « [l]'étendue dépend de sa situation et du procédé utilisé »[1923]. Dans l'appréciation de l'étendue de ces devoirs et responsabilités, la Cour, refuse de prendre en compte la dimension symbolique des images et le public restreint. La Commission avait par ailleurs estimé que « toute appréciation esthétique ou symbolique mise à part », les juridictions internes compétentes pouvaient raisonnablement qualifier les toiles d'obscènes[1924]. Elle laisse ainsi au juge national une marge d'appréciation très large dans les affaires touchant à la morale, notion que la Cour ne se résout pas à définir[1925] sans insister sur l'importance que revêt la liberté de création.

Dans l'arrêt *Otto-Preminger-Institut*, la Cour déclare conforme à l'article 10 la saisie et la confiscation du film « Le Concile de l'amour », réalisé d'après une pièce de théâtre écrite au début du siècle et racontant le procès pour blasphème tenu à l'encontre d'un écrivain (!) et projeté dans un petit cinéma d'art et d'essai respectant la législation protectrice des mineurs. La Cour, dans

(1921) M. Verdussen, « Les droits de l'homme et la création artistique », *op. cit.*, p. 1010.

(1922) La Cour rappelle en effet, de manière constante, son attachement à la liberté d'expression des journalistes, considérés comme des « chiens de garde » de la démocratie.

(1923) Citant Cour eur. D.H., arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, § 40 ; Cour eur. D.H., arrêt *Müller c. Suisse* du 24 mai 1988, § 34.

(1924) Cour eur. D.H., *Müller c. Suisse* du 24 mai 1988 § 31.

(1925) *Ibid.*, § 35 ; Cour eur. D.H., arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, § 48. La Cour ne semble pas réellement tenir compte de l'évolution de la morale sexuelle, même si elle la reconnait au § 36.

cet arrêt, atténue la portée de la protection de l'article 10 en ce qui concerne la création artistique en admettant que le « dénigrement » d'une religion puisse être un motif suffisant pour restreindre la liberté artistique. Elle reconnaît des devoirs particuliers à l'égard de la religion[(1926)] « dans le contexte des opinions et croyances religieuses ». Elle reconnaît ainsi « une obligation d'éviter autant que faire se peut des expressions qui sont gratuitement offensantes pour autrui et constituent donc une atteinte à ses droits et qui, dès lors, ne contribuent à aucune forme de débat public capable de favoriser le progrès dans les affaires du genre humain »[(1927)]. La Cour admet ainsi largement, au terme d'un raisonnement dont la doctrine n'a pas manqué de souligner le caractère flou[(1928)], les mesures visant à « protéger le droit pour les citoyens de ne pas être insultés dans leurs sentiments religieux par l'expression publique des vues d'autres personnes »[(1929)]. Comme l'ont souligné de nombreux commentateurs très critiques[(1930)], cet arrêt « consacre ainsi une notion de 'diffamation collective' en ce qu'il protège non des personnes individuelles mais le sentiment identitaire d'une communauté »[(1931)] et en ce qu'il reconnaît la validité de la protection de la protection de la morale « régionale ». Par ailleurs, la Cour balaye d'un revers de la main la valeur artistique de l'œuvre en cause ou sa contribution au débat public[(1932)]. En admettant que le « caractère provocateur »

(1926) Voy. *infra*.

(1927) Cour eur. D.H., arrêt *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* du 23 août 1994, § 49. Voy., sur ce point, l'opinion dissidente commune à M. Palmet, M. Pekkanen et M. Makarczyk, § 3.

(1928) La Cour justifie en effet l'ingérence tantôt sur la base de la défense de l'ordre, tant sur d'énigmatiques « droits d'autrui » dont elle ne précise ni les titulaires ni l'étendue ni l'ancrage juridique exact (P. Wachsmann, « La religion contre la liberté d'expression : sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.U.D.H.*, 1994, p. 442).

(1929) Cour eur. D.H., arrêt *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* du 23 août 1994, § 48.

(1930) Voy. F. Rigaux, « La liberté d'expression et ses limites », *Rev. trim. dr. h.*, 1995, p. 401 ; G. Haarscher, « Le blasphémateur et le raciste », *Rev. trim. dr. h.*, 1995, p. 417 ; P. Wachsmann, « La religion contre la liberté d'expression : sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 441.

(1931) P. Martens, « Réflexions sur l'actualité juridique du blasphème », *Rev. dr. ULB*, 2007, n° 35, p. 31.

(1932) En admettant simplement que les juridictions autrichiennes « n'ont pas considéré que la valeur artistique du film ou sa contribution au débat public dans la société autrichienne l'emportaient sur les caractéristiques qui

du film en question suffise pour motiver sa confiscation et toute forme de projection[1933], la Cour ne semble pas considérer que les symboles et les images qu'il contient, qui relayaient de nombreuses interrogations quant au rôle et aux fondements de la religion catholique, puisse rentrer dans la catégorie des propos qui « heurtent, choquent ou inquiètent ». Par ailleurs, alors qu'il s'agissait en l'espèce de mesures préventives très lourdes, la Cour omet de rappeler sa jurisprudence concernant le caractère dangereux de ces mesures, nécessitant un contrôle renforcé de la Cour[1934].

Enfin, dans l'arrêt *Wingrove*, la Cour avalise le refus, basé par la loi anglaise sur le blasphème, de délivrer un visa d'exploitation au film « Visions of Ecstasy ». La Cour y confirme « dans le contexte des croyances religieuses, [...] l'obligation d'éviter autant que faire se peut des expressions qui sont *gratuitement offensantes* pour autrui et profanatrices »[1935] de manière totalement contradictoire par rapport à sa jurisprudence selon laquelle les propos qui heurtent, choquent ou inquiètent sont protégés par la liberté d'expression. Par ailleurs, la Cour ne semble pas intégrer les messages véhiculés par le film dans le « domaine du discours politique et des questions d'intérêt général » pour lesquels l'article 10, § 2 de la Convention « ne laisse guère de place pour des restrictions »[1936]. Elle consi-

---

le rendaient offensant pour le public en général dans leur ressort » (Cour eur. D.H., arrêt *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* du 23 août 1994, § 56).

(1933) Cour eur. D.H., arrêt *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* du 23 août 1994, § 56.

(1934) Cour eur. D.H., arrêt *Observer et Guardian c. Royaume-Uni* du 26 novembre 1991, série A n° 216, p. 30, § 60 et les arrêts précités.

(1935) Cour eur. D.H., arrêt *Wingrove c. Royaume-Uni* du 25 novembre 1996, § 52.

(1936) *Ibid*., § 58. La Cour considère en effet que « Cependant, une plus grande marge d'appréciation est généralement laissée aux États contractants lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression sur des questions susceptibles d'offenser des convictions intimes, dans le domaine de la morale et, spécialement, de la religion. Du reste, comme dans le domaine de la morale, et peut-être à un degré plus important encore, les pays européens n'ont pas une conception uniforme des exigences afférentes à 'la protection des droits d'autrui' s'agissant des attaques contre des convictions religieuses. Ce qui est de nature à offenser gravement des personnes d'une certaine croyance religieuse varie fort dans le temps et dans l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une multiplicité croissante de croyances et de confessions. Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leurs pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences par rapport aux

dère simplement que « le film n'essayant nullement d'approfondir la signification des images et se bornant à inviter le spectateur au 'voyeurisme érotique', la diffusion d'un tel film vidéo pourrait heurter et outrager les sentiments religieux des chrétiens et constituer de la sorte le délit de blasphème »[(1937)]. La Cour ne tient même pas compte de la discrimination contenue dans la loi britannique sur le blasphème, qui ne concerne que la religion catholique à l'exclusion des autres religions[(1938)]. Finalement, après s'être contentée d'évoquer le caractère préalable et par conséquent la nécessité d'un « examen particulier » de sa part, sans en tirer aucune conséquence particulière, la Cour confirme l'ingérence, pourtant très lourde, dans la liberté artistique[(1939)].

Cette jurisprudence[(1940)] est très loin de reconnaître la spécificité de la création artistique. Au contraire même : elle semble la pénaliser.

---

droits d'autrui comme sur la 'nécessité' d'une 'restriction' destinée à protéger contre ce genre de publications les personnes dont les sentiments et les convictions les plus profonds en seraient gravement offensés ».

(1937) *Ibid*., § 61.

(1938) *Ibid*., § 50 : « Il est exact que le droit anglais sur le blasphème ne concerne que la foi chrétienne. La Divisional Court a d'ailleurs reconnu l'anomalie de cette situation dans une société multiconfessionnelle, avec son arrêt *R. v. Chief Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Choudhury*. Il n'appartient cependant pas à la Cour de se prononcer *in abstracto* sur la compatibilité du droit interne avec la Convention. Le degré de protection assuré par le droit anglais aux autres croyances n'est pas en jeu devant la Cour, laquelle doit se borner à examiner l'affaire dont elle est saisie. Le fait incontesté que le droit sur le blasphème ne traite pas à égalité les différentes religions professées au Royaume-Uni n'enlève rien à la légitimité du but poursuivi dans le présent contexte ».

Voy., sur ce point, M. Candela Soriano et A. Defossez, « La liberté d'expression face à la morale et à la religion : Analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2006, n° 68, p. 830.

(1939) Cour eur. D.H., arrêt *Wingrove c. Royaume-Uni* du 25 novembre 1996, opinion dissidente Lohmus, § 3. Voy., sur ce point, J.-M. Larralde, « La liberté d'expression et le blasphème », obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Wingrove c. Royaume-Uni* du 25 novembre 1996, *Rev. trim. dr. h.*, 1997, n° 32, p. 725.

(1940) Confirmée notamment dans Cour eur. D.H., arrêt *I.A. c. Turquie* du 13 septembre 2005, mais à une très courte majorité. Voy. l'opinion dissidente Costa, Cabral Barreto et Jungwiert dans cet arrêt : « [...] [N]ous ne sommes pas convaincus par ces précédents. D'une part, un film ou une vidéo sont susceptibles d'un impact bien plus grand qu'un roman faiblement diffusé, ce qui suffirait à distinguer ces trois affaires. D'autre part, les arrêts Otto-Preminger-Institut et Wingrove ont été, à l'époque, très controversés (la Commission européenne des Droits de l'Homme avait d'ailleurs, à de fortes majorités, conclu pour sa part à la violation de l'article 10). Enfin il est peut-être temps de 'revisiter' cette jurisprudence,

Pourtant la Cour y établit aussi certains principes protecteurs de la liberté d'expression artistique, notamment en rappelant constamment la jurisprudence découlant de l'arrêt *Handyside*, qui établit une protection pour les propos qui « heurtent, choquent ou inquiètent »[(1941)]. Ainsi, dans l'arrêt *Müller*, la Cour a rappelé que la liberté artistique rentrait dans le champ d'application de l'article 10 de la Convention, notamment en évoquant l'article 19 du Pacte. Elle a établi une obligation particulière pour les États de ne pas porter atteinte à la liberté d'expression des auteurs en précisant que « [c]eux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensable à une société démocratique. D'où l'obligation, pour l'État, de ne pas empiéter indûment sur leur liberté d'expression »[(1942)]. La Cour y a également rappelé l'importance pour la démocratie de l'échange d'informations culturelles et l'inclusion dans l'article 10 de l'expression artistique en évoquant notamment l'article 19 du Pacte relatif aux droits civils et politiques[(1943)].

607. Par la suite, la Cour s'est appuyée sur ces principes favorables à la liberté artistique égrénés dans ces arrêts pour infléchir sa position et condamner certaines ingérences dans les arrêts *Öztürk c. Turquie*, *Karatas c. Turquie*, *Klein c. Slovaquie*, *Alinak c. Turquie* et *Ekin c. France*. Dans ces arrêts, la Cour reconnaît, de façon parfois maladroite, une certains spécificité à l'expression artistique. Dans

---

qui nous semble faire la part trop belle au conformisme ou à la pensée unique, et traduire une conception frileuse et timorée de la liberté de la presse ».

(1941) Cour eur. D.H., arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, § 49.

(1942) Cour eur. D.H., arrêt *Müller c. Suisse* du 24 mai 1988, § 33 ; Cour eur. D.H., arrêt *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* du 23 août 1994, § 5 ; Cour eur. D.H. (G.C.), arrêt *Karatas c. Turquie* du 8 juillet 1999, § 49.

(1943) Cour eur. D.H., *arrêt Müller c. Suisse* du 24 mai 1988, § 27 : « Sans doute l'article 10 (art. 10) ne précise-t-il pas que la liberté d'expression artistique, qui se trouve en cause, entre dans son champ d'application ; il ne distingue pas pour autant les diverses formes d'expression. Comme les comparants s'accordent à le reconnaître, il englobe la liberté d'expression artistique – notamment dans la liberté de recevoir et communiquer des informations et des idées – qui permet de participer à l'échange public des informations et idées culturelles, politiques et sociales de toute sorte. S'il en était besoin, la justesse de cette interprétation trouverait une confirmation dans la seconde phrase du paragraphe 1 de l'article 10 (art. 10-1) car les activités des 'entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision' s'étendent au domaine de l'art. De son côté, l'article 19 § 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui désigne explicitement comme un élément de la liberté d'expression les informations et idées revêtant 'une forme [...] artistique', montre que la notion de liberté d'expression est assez large pour inclure l'expression artistique ».

l'arrêt *Karatas*, la Cour, dans l'appréciation des poèmes litigieux, a établi que « quant au ton des poèmes en l'espèce – que la Cour n'a pas à approuver – il y a lieu de rappeler que, outre la substance des idées et informations exprimées, l'article 10 protège aussi leur mode d'expression »[(1944)] et qu'il fallait tenir compte de « la teneur de l'ouvrage litigieux » et du « contexte dans lequel il fut publié »[(1945)] mais également du fait que « parce qu'il s'agit de poèmes, ces textes constituent une forme d'expression artistique qui s'adresse à une minorité de lecteurs qui y sont sensibles »[(1946)].

Dans l'arrêt *Alinak c. Turquie*, la Cour a insisté sur la nécessité de prendre en compte la nature particulière du roman, qui, en l'espèce, remettait en cause l'organisation politique en Turquie et appelait au sacrifice pour le Kurdistan[(1947)]. Elle a considéré que « [p]ris au pied de la lettre, certains d'entre eux pourraient être interprétés comme incitant les lecteurs à la haine, à la révolte et au recours à la violence. Pour décider s'ils sont effectivement de nature à produire cet effet, il convient néanmoins de garder présent à l'esprit que le média utilisé par le requérant est le roman, forme d'expression artistique qui s'adresse à un public relativement étroit comparé, par exemple, aux mass médias »[(1948)].

Après avoir insisté sur le caractère fictionnel du récit, même s'il relate des faits réels, la Cour déclare que « si certains passages du livre sont en effet très hostiles dans le ton, la Cour considère que la nature artistique de l'ouvrage et son impact limité le réduisent davantage à une expression de profond désarroi face à des événements tragiques plutôt qu'à un appel à la violence »[(1949)]. Cette déclaration est d'une importance capitale, même si elle reste isolée : la Cour y reconnaît une certaine spécificité à l'expression artistique (même si cette reconnaissance est extrêmement maladroite voire dénigrante)[(1950)]. Dans l'affaire *Ekin c. France*, similaire à *Karatas* et *Alinak*, la requérante

(1944) Cour eur. D.H. (G.C.), arrêt *Karatas c. Turquie* du 8 juillet 1999, § 49.

(1945) *Ibid*., § 48.

(1946) *Ibid*., § 49.

(1947) *Ibid*.

(1948) Cour eur. D.H., arrêt *Alinak c. Turquie* du 29 mars 2005, § 41.

(1949) *Ibid*., § 45. Voy. également dans le même sens, dans l'arrêt *Klein,* où le caractère limité de la publication a été crucial (Cour eur. D.H., arrêt *Klein c. Slovaquie* du 31 octobre 2006, § 48).

(1950) Ceci a cependant été fortement contesté : voy. l'opinion partiellement dissidente commune sous l'arrêt *Karatas c. Turquie* du 8 juillet 1999.

empruntait le registre romanesque pour dénoncer le sort réservé au pays basque. La Cour a considéré que l'arrêté d'interdiction du livre *Euskadi en guerre* violait la liberté d'expression.

608. Même si, dans cette jurisprudence antérieure à l'arrêt *Apocalypse*, certains principes rappelés par la Cour pouvaient augurer d'une protection plus adéquate de la liberté artistique, sa jurisprudence restait peu avenante pour cette forme d'expression sauf dans les cas où elles véhiculaient un message politique. La Cour confirmait ainsi la prévalence du contenu politique et de la critique politique(1951) et son obstination à vouloir prendre en compte les informations et les idées dont l'œuvre serait forcément le vecteur sans avoir égard à ses spécificités esthétiques(1952). Dans les arrêts envisagés, la Cour appréhende maladroitement la provocation et l'exagération, des mécanismes pourtant fondateurs de l'art, et en particulier de l'art postmoderne, parce qu'ils cherchent à créer une distance par rapport au réel et à interroger cette distance. Dans le contrôle de proportionnalité de l'ingérence, la Cour confère à ces formes d'expressions une dimension de « gratuité », dès lors qu'ils sont étrangers aux discours rationnels, linéaires et discursifs, présumés « riches » pour le débat public. Il semble que « la forme des œuvres conduira facilement à relever, dans le contexte des convictions religieuses, la gratuité de l'offense et l'absence de toute contribution au débat d'intérêt public, d'autant que le contrôle européen opéré en la matière est restreint »(1953). Cette considération de la « gratuité » sera décisive, à la fois dans le domaine des convictions

(1951) Voy., par exemple, Cour eur. D.H. (G.C.), arrêt *Ayse Öztürk c. Turquie* du 28 septembre 1999. Cette affaire concernait la condamnation pénale d'un éditeur pour la publication *Devant le témoignage de la vie – Journal d'une mort sous la torture,* qui relatait la vie du fondateur du Parti communiste de Turquie. Chaque chapitre s'ouvrait par des poèmes ayant suscité la polémique. Ce livre, « à vocation politique », fait selon la Cour partie des expressions du « domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général » (§ 66), dans lesquelles « la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions » (§ 66).

(1952) Voy. également, sur les difficultés qu'éprouve la Cour « à se départir de l'idée qu'il convient de prendre en compte les informations ou les idées transmises par l'œuvre », J. Englebert et B. Michaux, « La bande dessinée et la liberté d'expression y compris par rapport aux droits des tiers », in *Bande dessinée et droit d'auteur*, E. Cornu (dir.), Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 44-45.

(1953) C. Ruet, « L'expression artistique au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme : analyse de la jurisprudence européenne », *op. cit.*, p. 922.

religieuses, comme l'atteste *Otto-Preminger*[1954], mais aussi dans de domaine de la morale, comme le prouve l'arrêt *Müller*[1955]. Enfin, le raisonnement dans la Cour dans les arrêts où l'expression artistique véhiculait des expressions politiques n'est pas exempt d'un certain dénigrement à l'égard des formes d'expressions artistiques, en ce que la Cour, pour justifier la protection particulière du roman, tient compte de « l'impact très restreint » de cette forme d'expression[1956].

2. L'arrêt *Apocalypse*

609. L'arrêt *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche,* dénommé *Apocalypse* d'après le nom de la peinture objet du litige, concerne une exposition intitulée « Le siècle de la liberté artistique », montée pour l'anniversaire de la « sécession viennoise »[1957] par l'association d'artistes *Vereinigung Bildender Kunstler*[1958]. La peinture d'Otto Mühl, qui était à la source des procédures à l'encontre de l'association *Vereinigung Bildender Künstler,* reposait sur la technique du collage et représentait, notamment, une multitude de personnages publics dont « [l]es corps nus des personnages étaient peints, tandis que les têtes et visages étaient figurés au moyen d'agrandissements de photos extraites de journaux »[1959]. L'agent de l'artiste, la veille de l'exposition, fit ajouter de l'adhésif noir sur certains visages, dont celui de M. Meischberger, « secrétaire général du FPÖ jusqu'en 1995, qui était à l'époque des faits député (*Nationalratsabgeordneter*), mandat qu'il conserva jusqu'en avril 1999 »[1960]. Ce dernier intenta une action contre l'association pour diffamation et

(1954) Cour eur. D.H., arrêt *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* du 23 août 1994, § 49.

(1955) Cour eur. D.H., arrêt *Müller c. Suisse* du 24 mai 1988, § 31.

(1956) Cour eur. D.H., arrêt *Karatas c. Turquie* du 8 juillet 1999, § 49.

(1957) La sécession viennoise regroupe un ensemble de créateurs autrichiens qui quitta le classicisme de la Maison des artistes conformistes pour créer un mouvement contestataire. Cette association a accueilli des personnalités comme Gustav Klimt ou Egon Schiele et s'est démarquée par ses positions d'avant-garde.

(1958) Cette association, qui tient une galerie indépendante appelée Secession, se consacre exclusivement aux expositions d'art contemporain.

(1959) Cour eur. D.H., arrêt *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche* du 25 janvier 2007, § 5.

(1960) *Ibid*.

violation de son droit à l'image en raison des relations sexuelles dans lesquelles il était représenté, alors qu'il avait « bénéficié » par ailleurs de l'acte de vandalisme d'un militant catholique. La Cour suprême d'Autriche avait considéré que la liberté de l'art, consacrée explicitement à l'article 17 de la Constitution autrichienne, ne l'emportait pas sur la protection de la personnalité(1961).

610. La Cour a condamné cette ingérence des autorités autrichiennes par quatre voix contre trois en opérant un changement d'attitude par rapport aux arrêts *Otto-Preminger* et *Wingrove*, en insistant sur la spécificité de l'expression artistique et en reconnaissant l'admissibilité de l'exagération, de la provocation et de l'imaginaire dans ce type d'expressions. Quant au caractère outrageant de l'œuvre, la Cour a pris en compte une série de circonstances comme l'importance des autres personnages représentés à côté de Meichsberger et la dégradation de l'œuvre qui ont « éclipsé » l'importance du personnage représentant Meichsberger dans l'œuvre(1962). Considérant avec un certain humour « que l'on peut difficilement considérer que le tableau décrit des détails de la vie privée de M. Meischberger »(1963), la Cour relève qu'« [...] il faut souligner que le tableau n'utilisait des photos que pour les têtes de ces personnes, et que leurs yeux étaient cachés par des bandes noires et leurs corps peints de manière irréaliste et exagérée » et que, par conséquent, « le tableau ne visait à l'évidence nullement à refléter ou même à évoquer la réalité ». La Cour qualifie l'œuvre de « caricature des personnes concernées au moyen d'éléments satiriques », qui doit donc bénéficier de la protection particulière accordée à la satire(1964).

(1961) Cour suprême d'Autriche, 18 juillet 2000 (cité dans Cour eur. D.H., arrêt *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche* du 25 janvier 2007, § 16). La Cour a considéré que la Cour d'appel avait correctement mis en balance la liberté d'expression artistique et la protection des droits d'autrui.

David Lefranc s'interroge sur cette mise en balance entre une liberté constitutionnelle et un droit protégé seulement par la loi sur les droits d'auteur, et non pas par un texte constitutionnel. Nous reviendrons sur cet aspect dans le point suivant.

(1962) Cour eur. D.H., arrêt *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche* du 25 janvier 2007, § 35. La Cour estime en effet que la présence d'autres personnages bien plus connus que Meichsberger conduisait à éclipser la présence de celui-ci.

(1963) *Ibid*., § 34.

(1964) *Ibid*., § 33. La Cour rappelle que la satire est une forme d'expression artistique et de commentaire social qui, de par l'exagération et la déformation de la réalité qui la caractérisent, vise naturellement à provoquer et à agiter.

Par conséquent, la Cour considère qu'« il n'est pas déraisonnable » de considérer que « la scène représentant M. Meischberger pouvait se comprendre comme une forme de contre-attaque visant le Parti libéral autrichien, dont les membres avaient vivement critiqué le travail du peintre »(1965).

En condamnant l'Autriche, cet arrêt marque une ouverture considérable de la jurisprudence strasbourgeoise sur la liberté artistique. La courte majorité des juges s'est délestée des réticences et des difficultés que la Cour avait montrées dans l'appréhension des œuvres d'art les plus avant-gardistes et expérimentales, qui peuvent éventuellement secouer les mentalités. Les blocages et les jugements de valeurs qui égrenaient les arrêts de la Cour rendus en la matière se retrouvent concentrés dans une opinion dissidente du juge Loucaides, tout empreinte de subjectivité(1966). Est-ce à dire que l'arrêt *Apocalypse* marque un tournant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en supprimant la discrimination dont souffrait l'expression artistique, en reconnaissant sa spécificité et en instaurant une présomption favorable à l'art ?

Si la conclusion favorable de la Cour dans l'arrêt *Apocalypse* pouvait augurer une réponse positive à cette question, une analyse plus pointue du contexte et des motifs de la décision font ressurgir certains blocages.

Le contexte, d'abord. Il n'est pas évident *a priori* de tirer du raisonnement tenu dans *Apocalypse* un enseignement général pour tous les motifs de restrictions dans la liberté de l'artiste. La Cour souligne d'ailleurs elle-même cette particularité de l'espèce

C'est pourquoi il faut examiner avec une attention particulière toute ingérence dans le droit d'un artiste à s'exprimer par ce biais.

(1965) *Ibid*., § 34. La Cour a, sur ce point, été attentive aux arguments de l'A.A.P.

(1966) Voy., par exemple, « [o]n ne peut juger de la nature, de la signification et de l'effet de toute image figurant dans un tableau en se fondant sur ce que le peintre a voulu transmettre. Ce qui compte est l'effet sur l'observateur de l'image qu'il voit. De plus, ce n'est pas parce qu'une image est produite par un artiste que le résultat final est obligatoirement 'artistique'. De même, une image n'acquiert pas un caractère 'satirique' si l'observateur ne comprend pas ou ne perçoit pas le message transmis sous la forme d'une attaque ou d'une critique pleines de sens s'appliquant à un problème particulier ou à la conduite d'une personne » (Cour eur. D.H., arrêt *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche* du 25 janvier 2007, opinion dissidente du juge Loucaides).

lorsqu'elle refuse de considérer le litige qui lui est soumis comme un litige ayant trait à la moralité publique[1967].

Quant au raisonnement des juges, il met en relief les difficultés qui continuent d'entraver la protection par la Cour de la création artistique. Ce n'est qu'au prix d'un rattachement artificiel aux figures de la liberté de la presse[1968] et d'une adaptation de ces figures, notamment la satire, au cas d'espèce que la Cour parvient à la conclusion de l'existence d'une violation. Dans l'arrêt, hormis une déclaration de principe bienvenue sur la nécessaire liberté des auteurs, la Cour nie la spécificité de la création littéraire et artistique[1969]. Elle se limite à effleurer la question – pourtant fondamentale – du régime juridique de la fiction pour directement rattacher l'œuvre au mécanisme de la satire balisé par la liberté d'expression du journaliste[1970]. Dans ce cadre, elle considère que la satire est une « forme d'expression artistique et de commentaire social [qui] par ses caractéristiques intrinsèques d'exagération et de distorsion de la réalité, [...] vise naturellement à provoquer et à susciter l'agitation »[1971]. La Cour démontre ainsi sa volonté de rattacher l'œuvre au débat public, au débat d'idées et d'opinions en niant sa spécificité artistique, qui réside dans la recherche formelle et dans son caractère subversif[1972]. Finalement, tout porte à croire que ce n'est que parce la Cour envisage l'œuvre comme une contre-attaque de l'artiste à l'encontre du personnage politique représenté qu'elle lui offre

(1967) Cour eur. D.H., arrêt *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche* du 25 janvier 2007, § 31.

D. Lefranc, « L'affaire 'Apocalypse' : un revirement dans la jurisprudence de la CEDH en matière de liberté d'expression artistique ? », *op. cit.*, p. 336.

(1968) Voy. notamment, sur les spécificités de la liberté de la presse, C. Dony et F. Jongen, « La liberté de presse », in *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, *op. cit.*, pp. 845-864.

(1969) D. Lefranc, « L'affaire 'Apocalypse' : un revirement dans la jurisprudence de la C.E.D.H. en matière de liberté d'expression artistique ? », *op. cit.*, p. 335.

(1970) Cour eur. D.H., arrêt *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche* du 25 janvier 2007.

(1971) *Ibid.*, § 33.

(1972) Voy. notamment, sur la difficulté de protéger les formes subversives en conciliant la liberté d'expression avec d'autres valeurs, A. Adler, « Post-Modern Art and the Death of Obscenity Law », *op. cit.*, pp. 1359-1378 ; A. Adler, « What's Left ? Hate Speech, Pornography, and the Problem for Artistic Expression », *op. cit.*, pp. 1499-1572.

le bénéfice d'une liberté d'expression renforcée, confirmant ainsi sa jurisprudence antérieure. En conclusion, « on est évidemment loin d'une reconnaissance de la liberté artistique en tant que telle »[(1973)].

Si l'affaire *Vereinigung Bildender* constitue un arrêt fondamental pour la liberté d'expression artistique, de sérieuses failles affectent donc l'argumentation développée. En réalité, nous ne pouvons qu'abonder dans le sens de l'analyse de David Lefranc, qui considère que cet arrêt reflète la difficulté éprouvée par les juristes à se départir d'une conception de la liberté d'expression forgée dans l'écrit et le discours linéaire pour envisager les dimensions formelles, fictionnelles et non linéaires de l'expression[(1974)]. L'arrêt *Apocalypse* est également une preuve de la présomption de « gratuité » des expressions artistiques : rien n'indique que si l'œuvre n'avait pu être rattachée au débat politique, elle aurait pu recevoir une protection adéquate de la part des juges de Strasbourg.

611. Ces failles dans l'argumentation de la Cour dans *Apocalypse*, qui trouvent leur source dans les difficultés qu'éprouve la Cour à dépasser une conception restreignant la fonction de la liberté d'expression à l'alimentation du débat d'idées de type politique, vont fragiliser l'approche ultérieure de la Cour de la liberté d'expression de l'artiste dans les cas délicats. Ainsi, même si la Cour a énoncé que « toute atteinte au droit d'un artiste de recourir à pareil mode d'expression doit être examinée avec une attention particulière »[(1975)], la volonté des juges de rattacher l'œuvre au débat politique sans prendre en compte son caractère artistique va fragiliser la thèse de l'existence d'une présomption favorable à l'art. Les conséquences de cette occasion manquée pour la Cour d'asseoir la spécificité de la création artistique n'ont pas été perçues dans l'arrêt qui a immédiatement suivi *Apocalypse* sur la question de l'expression artistique. En effet, dans l'arrêt *Ulusoy*, la Cour a condamné fermement l'interdiction d'une pièce de théâtre par des militants du P.K.K., en rappelant à de multiple reprise l'importance de la liberté de

(1973) J. Englebert et B. Michaux, « La bande dessinée et la liberté d'expression y compris par rapport aux droits des tiers », *op. cit.*, p. 46.

(1974) D. Lefranc, « L'affaire 'Apocalypse' : un revirement dans la jurisprudence de la C.E.D.H. en matière de liberté d'expression artistique ? », *op. cit.*, p. 336.

(1975) Cour eur. D.H., arrêt *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche* du 25 janvier 2007, § 33.

créer[1976]. Cependant, les arrêts qui ont suivi l'arrêt *Ulusoy* ont mis en lumière les faiblesses de l'approche de la Cour.

3. L'arrêt *Lindon*

612. Peu de temps après *Apocalypse*, la Cour est confrontée à un roman écrit par Mathieu Lindon intitulé *Procès de Jean-Marie Le Pen*. L'entremêlement de la fiction et de la réalité dans cette affaire met en relief les difficultés que la Cour éprouve à l'égard de la fiction[1977]. Le roman, publié par Otchakovsky-Laurens, relate le procès d'un jeune militant d'extrême droite, inculpé pour le meurtre d'un jeune homme d'origine maghrébine et se concentre sur la défense de ce jeune homme par un avocat juif, homosexuel et de gauche, Pierre Minne, qui veut faire endosser une partie de la responsabilité du meurtre au président du parti du Front National. Le livre entendait traiter par le biais de la fiction des positions idéologiques de l'extrême droite et de l'antiracisme, à travers la lutte – fictive, faut-il le rappeler – de l'avocat pour combattre l'extrême droite, combat que l'auteur poursuit explicitement mais qu'il relate de manière ironique et détachée.

613. En s'écartant d'une jurisprudence qui établissait que « la notion même d'œuvre de fiction implique l'existence d'une distanciation, qui peut être irréductible, entre l'auteur lui-même et les propos ou actions de ses personnages ; qu'une telle distance, appréciée sous le prisme de la fiction, est susceptible d'entraîner la disparition de l'élément matériel des délits »[1978], les juridictions françaises

(1976) Cour eur. D.H., affaire *Ulusoy et autres c. Turquie* du 3 mai 2007. Voy. la note sous cet arrêt de A. Zollinger, « La liberté artistique en grâce auprès de la CEDH », *Légipresse*, octobre 2007, n° 245, pp. 205 et s.

(1977) Comme le souligne P. Wachsmann, cet entremêlement est toujours présent, dans une certaine mesure, dans les romans. Cependant, le propre du roman *Le procès de Jean-Marie Le Pen* était de mêler réalité et fiction pour dévoiler un personnage, imaginer ses facettes cachées, quand d'autres romans se contentent de s'inspirer de faits réels ou de personnages existants (P. Wachsmann, « Vers un affaiblissement de la protection de la liberté d'expression par la Cour européenne des droits de l'homme ? », *op. cit.*, p. 495).

(1978) T. G. I. Paris, 17e ch., 16 novembre 2006, *Les Petites Affiches*, 2007, n° 240-III, pp. 72-79, note A. Tricoire, « Quand la fiction exclut le délit », pp. 57 et s. Cité dans T. Hochmann, « Le procès du *Procès de Jean-Marie Le Pen* », note sous Cour eur. D.H., arrêt *Lindon et a. c. France* du 22 octobre 2007, *Rev. dr. pén.*, 2008, n° 88, 4, p. 401.

ont fini par condamner l'auteur et l'éditeur respectivement pour diffamation et complicité de diffamation. Le directeur du journal *Libération* fut, quant à lui, condamné pour avoir publié, suite à la condamnation en première instance de M. Lindon, un article signé par nonante-sept écrivains et qui reprenait *in extenso* les passages condamnés du roman, en revendiquant leur caractère non diffamatoire et en les défendant(1979). Dans ces jugements, les juridictions françaises avaient fait peu de cas du principe de distanciation reconnu dans la jurisprudence antérieure pour considérer qu'un petit nombre de passages du livre étaient diffamatoires (le nombre de ceux-ci se réduisant d'ailleurs à chaque étape de la procédure)(1980). Certains passages incriminés provenaient complètement de l'imagination de l'auteur quand d'autres reprenaient des paroles prononcées par Jean-Marie Le Pen(1981). Pour autant, les juges français ont

(1979) Les passages sont cités, avec en sus la phrase suivante « [ce passage] n'est pas diffamatoire selon moi et je suis prêt à l'écrire dans un roman ». L'article se terminait par ce passage : « [s]i ces phrases sont jugées diffamatoires dans un roman, elles le sont aussi dans la réalité. S'ils sont logiques avec eux-mêmes, Jean-Marie Le Pen doit me poursuivre et le tribunal me condamner pour les avoir reproduites ici ».

(1980) Corr. Paris, 11 octobre 1999, *Légipresse*, n° 171-I, mai 2000, p. 52 ; Cour d'appel de Paris, 13 septembre 2000.

(1981) Les passages litigieux sont :

Page 10 : « [...] c'est combattre efficacement Le Pen que de réclamer sa mise en cause dans l'affaire, montrer qu'il n'est pas président d'un parti politique, mais chef d'une bande de tueurs, Al Capone aurait eu aussi des électeurs [il s'agit du point de vue que l'auteur prête à des manifestants antiracistes rassemblés devant le palais de justice] ».

Ce membre de phrase est précédé d'un autre, non visé par les parties civiles : « pour eux, Ronald Blistier n'est pas suffisant comme assassin » qui fait suite à la description par le narrateur de la foule des « antiracistes » regroupés devant le palais de justice pendant le procès de l'accusé, Ronald Blistier.

Page 86 : « Il [Blistier, l'accusé] cherche à te faire peur, Pierrot [l'avocat]. Il veut te marquer dans son camp ; c'est une stratégie courante du Front national afin que tu apparaisses comme un traître si tu dis ensuite le moindre mal des lepénistes ou de leur chef et qu'ils soient alors moralement habilités à te casser la gueule, à te trouver à dix contre un, armés de barres et de matraques et de godasses ferrées, un soir à la sortie de chez toi pour t'expliquer clairement que quand on a intégré un tel compagnonnage, c'est pour la vie. Personne ne quitte impunément le Front national. Ne fais pas le malin Pierrot, s'il te plaît. Je ne veux pas qu'ils te massacrent ». Ce passage ne sera pas considéré comme diffamatoire par la Cour d'appel.

Pages 105 à 106 : « Lisez les journaux, écoutez la radio et la télévision, chaque propos de Jean-Marie Le Pen est riche – ou pauvre, misérable – d'un racisme au mieux diffus. Derrière chacun de ses mots on peut en entendre

considéré que la base factuelle n'était pas suffisante et ont considéré que l'intention de l'auteur du roman était de persuader les lecteurs que l'assassinat d'un jeune maghrébin par un militant du Front National fanatisé par Le Pen pouvait se dérouler dans la réalité[1982].

614. La Cour européenne des droits de l'homme, réunie en Grande Chambre, avalise la condamnation de l'auteur, de l'éditeur et du directeur de *Libération* en considérant qu'il n'y avait pas d'ingérence dans la liberté d'expression[1983]. Elle endosse le raisonnement tenu par les juridictions françaises, refuse de prendre en compte la distanciation induite par les œuvres de fiction et exclut que la spécificité des œuvres de fiction puisse avoir des conséquences dans l'application des règles de la diffamation. Par conséquent, elle considère que la distinction entre déclarations factuelles et jugements de valeur, qui trouve à s'appliquer dans le régime commun de la diffamation « [...] retrouve néanmoins toute sa pertinence dès lors que, comme en l'espèce, l'œuvre litigieuse ne relève pas de la pure fiction mais intègre des personnages ou des faits réels »[1984].

Finalement, la Cour retient deux passages, dans lesquels l'auteur qualifie Le Pen de « chef de bande de tueurs » et de « vampire qui se nourrit de l'aigreur de ses électeurs mais aussi parfois de leur

---

d'autres, et derrière chacune de ses propositions on peut aussi voir le spectre des pires abominations de l'histoire humaine. Tout le monde le sait, tout le monde le dit. Ce que Ronald Blistier a fait, c'est ce que recommande Jean-Marie Le Pen. Oh pas explicitement, il tâche de rester dans le cadre des lois, même s'il n'y arrive pas toujours. Mais les situations dans lesquelles il parle, les sous-entendus qu'il profère, les personnalités de ceux auxquels il apporte son soutien ne laissent aucun doute [c'est l'avocat qui s'exprime ainsi devant la Cour] ».

Page 136 : après le suicide en prison de l'accusé, son avocat déclare à la télévision : « Comment laisser Jean-Marie Le Pen se poser en victime après le suicide de Ronald Blistier, le Président du Front national est un vampire qui se nourrit de l'aigreur de ses électeurs, mais parfois aussi de leur sang, comme du sang de ses ennemis, non ? Pourquoi Le Pen accuse-t-il les démocrates du prétendu assassinat de Ronald Blistier ? Parce que le mensonge ne lui fait pas peur, parce que porter la diffamation dans le camp adverse lui paraît toujours utile, certes, mais aussi tout bêtement pour détourner les soupçons, pour être celui qui crie le plus fort dans l'espoir que ses hurlements couvriront les accusations portées contre lui-même ».

(1982) N. Mallet-Poujol, « De la biographie à la fiction : la création littéraire au risque des droits de la personne », *Legicom*, 2001, n° 24, p. 115.

(1983) Cour eur. D.H. (G.C.), arrêt *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France* du 22 octobre 2007, §§ 57-60.

(1984) *Ibid.*, §§ 54-55.

sang »[1985]. Elle se contente de considérer que ces passages « manquaient de mesure »[1986] pour avaliser la décision de condamnation. Elle exclut le raisonnement des requérants[1987], qui refusent que « la pensée de l'auteur » soit recherchée « dans des propos tenus par des personnages de fiction dans une situation elle-même fictive » et que la diffamation soit établie « selon la distance prise ou non par l'auteur par rapport auxdits propos ». Quant à la personnalité de M. Le Pen, la Cour n'en tient pas compte, considérant que « […] la réputation d'un politicien, fût-il controversé, doit bénéficier de la protection garantie par la Convention » et qu'elle « porte attention à la nature des termes employés, notamment à l'intention qu'ils expriment de stigmatiser l'adversaire, et au fait que leur teneur est de nature à attiser la violence et la haine, excédant ainsi ce qui est tolérable dans le débat politique, même à l'égard d'une personnalité occupant sur l'échiquier une position extrémiste »[1988].

615. Dans cet arrêt, la Cour est, à notre sens, revenue sur des acquis fondamentaux consacrés par l'arrêt *Apocalypse* : la reconnaissance de la spécificité de la fiction et la nécessité d'établir un équilibre entre expression artistique et diffamation concernant des personnages publics.

D'abord, la Cour, malgré ses déclarations de principe[1989], refuse de prendre réellement en compte l'essence fictive du roman et sa

(1985) *Ibid*., § 57.

(1986) *Ibid*., § 56.

(1987) *Ibid*., § 51.

(1988) *Ibid*., § 56. Voy. plus largement, sur cette question, K. Bertrams et P.-O. De Broux, « Du négationnisme au devoir de mémoire : l'histoire est-elle prisonnière ou gardienne de la liberté d'expression ? », *Rev. dr. ULB*, 2007, n° 35, pp. 75-134 ; F. Dubuisson, « L'incrimination générique du négationnisme est-elle conciliable avec le droit à la liberté d'expression ? », *Rev. dr. ULB*, 2007, n° 35, pp. 135-195.

(1989) Cour eur. D.H., arrêt *Lindon c. France*, § 47 : « […] l'ouvrage dont la publication a conduit à la condamnation des requérants pour diffamation et complicité de diffamation est un 'roman', une 'œuvre d'imagination' ». Elle rappelle en outre que « le roman relève de l'expression artistique, laquelle entre dans le champ d'application de l'article 10 en ce qu'elle permet de participer à l'échange public d'informations et idées culturelles, politiques et sociales de toutes sortes ». En outre, la Cour, « dans le cadre de l'examen de la 'nécessité' d'une ingérence », rappelle qu'il faut « prendre en compte le fait que le roman est une forme d'expression artistique qui, bien que susceptible d'atteindre un lectorat sur une période plus longue, s'adresse généralement à un public plus restreint que la presse écrite […]. En conséquence, le nombre de personnes

fonction de transformation de la réalité. La distanciation propre à l'œuvre de fiction entre l'auteur et les personnages est exclue dans *Lindon*(1990) alors qu'elle joue un rôle important dans le raisonnement de la Cour excluant l'existence d'une diffamation dans *Apocalypse*(1991). L'affaire *Lindon* confirme en quelque sorte l'importance d'une reconnaissance de la spécificité des expressions artistiques et leur fonction particulière dans le débat démocratique, qui découle de la distanciation qu'elles impliquent avec le réel. C'est parce que la Cour ne reconnaît pas cette spécificité et cette distanciation qu'elle en vient à avaliser les condamnations. Pour les juges dissidents au contraire, il convient d'accorder « un grand poids à la nature de l'ouvrage » sans « mettre la création artistique et littéraire à l'abri de tout reproche »(1992). Dès lors, ils contestent le choix des juridictions françaises et de la majorité de la Cour, qu'ils estiment « radical », de refuser de considérer la spécificité du régime de la fiction(1993) alors que même s'il intègre des personnages réels, « un roman-réalité reste en grande partie un roman tout comme un documentaire fiction reste, pour l'essentiel, une fiction »(1994). Les juges dissidents estiment « tout simplement inexacte »(1995) l'idée de la Cour selon laquelle

---

ayant eu connaissance des propos en cause en l'espèce et, en corollaire, le cas échéant, l'ampleur de l'atteinte aux droits et à la réputation de M. Le Pen et de son parti, étaient vraisemblablement modérés ».

(1990) La Cour ne reprend pas les idées développées dans *Apocalypse* au sujet de la distance entre la fiction et la réalité. Bien au contraire, elle se contente de constater que « le roman s'inspire de faits réels mais en y ajoutant des éléments fictifs » : Cour eur. D.H., arrêt *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France* du 22 octobre 2007.

(1991) Cour eur. D.H., arrêt *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche* du 25 janvier 2007, § 33 : « Les juridictions internes de tous les niveaux ont communément estimé que le tableau ne visait à l'évidence nullement à refléter ou même à évoquer la réalité ». § 34 : « En l'espèce, la Cour estime que l'on peut difficilement considérer que le tableau décrit des détails de la vie privée de M. Meischberger ; elle pense plutôt qu'il se rapporte à la situation de celui-ci : un homme politique membre du FPÖ ».

(1992) Cour eur. D.H. (G.C.), arrêt *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France* du 22 octobre 2007, opinion dissidente des juges Rozakis, Bratza, Tulkens et Šikuta, II. 1.

(1993) *Ibid*. Les juges dissidents relèvent par ailleurs « malicieusement » que la jurisprudence citée par les juges majoritaire comme cadre de référence concernait... une publicité pour les micro-ondes ! (T. Hochmann, « Le procès du *Procès de Jean-Marie Le Pen* », *op. cit.*, p. 402).

(1994) Cour eur. D.H. (G.C.), arrêt *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France* du 22 octobre 2007, opinion dissidente, V.

(1995) *Ibid*., opinion dissidente, II. § 4.

un roman, dès qu'il intègre des personnages réels, perd son statut de fiction. Ils considèrent que cette idée implique un recul par rapport à la jurisprudence de la Cour sur l'expression artistique[1996].

En assimilant le récit fictionnel romanesque à n'importe quel autre, la Cour s'oblige à lui appliquer les règles classiques du régime de la diffamation[1997], ce qu'elle avait refusé de faire dans l'arrêt *Apocalypse* sans aucun ménagement, en recherchant l'intention et l'opinion de l'auteur dans les propos du roman et en vérifiant si une base factuelle suffisante peut être invoquée pour justifier les accusations portées contre Jean-Marie Le Pen. Elle analyse les passages litigieux en eux-mêmes, sans les remettre dans le contexte plus large de la fiction du roman. Cette démarche de la Cour de « plaquer » les règles de la diffamation sur une création artistique est incohérente, dangereuse et impraticable. Les juges dissidents considèrent ainsi qu'« en recherchant la pensée de l'auteur dans les propos tenus par des personnages de fiction dans une situation fictive, la cour d'appel enferme la littérature dans des règles rigides, incompatibles avec la liberté de création et d'expression artistique »[1998]. En effet, la démarche de la Cour revient à rechercher l'intention de l'auteur dans la bouche des personnages qu'il invente. Elle est vouée à l'échec par l'essence de la fiction, qui est de donner à voir un monde imaginaire, à travers des personnages fictifs. Plus largement, on peut se demander s'il est « tout simplement *possible* de déceler *la* signification d'un roman ? »[1999]. Quand elle s'oblige à évaluer si les passages litigieux reposent sur une base factuelle avérée, la Cour en vient à dénaturer leur caractère romanesque, poétique et métaphorique. Alors que ces formes littéraires se situent volontairement hors du réel pour provoquer la réflexion, comment en effet y trouver une réelle « base factuelle »[2000] ?

(1996) *Ibid*., opinion dissidente, II. 2.

(1997) *Ibid*., §§ 51-52. Dans le paragraphe 49, elle constate que la personnalité de Jean-Marie Le Pen est centrale dans le roman.

(1998) Cour eur. D.H. (G.C.), arrêt *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France* du 22 octobre 2007, opinion dissidente des juges Rozakis, Bratza, Tulkens et Šikuta, II. 1.

(1999) T. Hochmann, « Le procès du *Procès de Jean-Marie Le Pen* », *op. cit.*, p. 402. Souligné dans le texte.

(2000) Voy. notamment P. Wachsmann, « Vers un affaiblissement de la protection de la liberté d'expression par la Cour européenne des droits de l'homme ? », *op. cit.*, pp. 491-511.

Enfin, signalons que, à rebours d'une jurisprudence établie depuis l'arrêt *Alinak c. Turquie*(2001), la Cour, dans l'arrêt *Lindon*, anticipe avec une extrême prudence les conséquences éventuelles du roman sur le débat politique. Elle ne tient par ailleurs pas compte, dans son raisonnement, de sa jurisprudence relative aux personnages publics, développée depuis l'arrêt *Lingens*, et qui tolère une plus grande critique envers ceux-ci(2002).

616. En dénaturant l'essence même de ce qu'est une fiction, en soumettant l'expression créative aux règles de la bienséance – alors même qu'elle a un contenu politique – et en adoptant une position « sécuritaire » quant aux conséquences éventuelles du roman, la Cour, dans l'affaire *Lindon*, fragilise la protection de la création artistique et ébranle les bases de la construction d'une présomption favorable à la création ou d'un régime juridique adapté. Cet arrêt implique un recul par rapport à d'autres arrêts de la Cour, notamment *Apocalypse* et *Alinak*, dans lesquels la Cour avait établi une certaine protection de la fiction. Dans des arrêts ultérieurs, la Cour s'est tantôt conformée aux enseignements de l'affaire *Lindon*(2003), tantôt s'en est écartée, en refusant, dans l'arrêt *Leroy c. France*, de prendre en compte l'intention poursuivie par l'auteur(2004) ou,

(2001) Cour eur. D.H., arrêt *Alinak c. Turquie* du 29 mars 2005, § 45. Voy. également dans le même sens, l'interprétation de la blague dans l'arrêt *Klein c. Slovaquie*, pour laquelle le caractère limité de la publication a été crucial (Cour eur. D.H., arrêt *Klein c. Slovaquie* du 31 octobre 2006, § 48).

(2002) Cour eur. D.H. (G.C.), arrêt *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France* du 22 octobre 2007, opinion dissidente, II. 4. Voy. e.a. Cour eur. D.H., arrêt *Oberschlick c. Autriche* du 1er juillet 1997, *Rec.*, 1997-IV, §§ 331-33.

(2003) Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Aguilera Jimenez et autres c. Espagne* du 8 décembre 2009, §§ 25-37 : dans cet arrêt, le licenciement de représentants syndicaux pour leurs œuvres satiriques, parodiant leurs patrons suite à un âpre conflit social dans l'entreprise, a été jugé conforme à l'article 10 sans qu'aucun raisonnement ne soit développé sur le caractère satirique et parodique des articles et dessins, et sur la « gratuité », l'exagération et le burlesque que ces modes créatifs impliquent.

(2004) Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Leroy c. France* du 2 octobre 2008. Deux jours après les attentats du 11 septembre, un hebdomadaire basque avait publié le dessin d'un caricaturiste, évoquant la chute des deux tours et accompagnée du pastiche d'un slogan publicitaire rédigé en ces termes : « Nous en avions tous rêvé, le Hamas l'a fait ». La Cour a considéré que, « À cet égard, si les juridictions internes n'ont pas pris en compte l'intention du requérant, elles ont en revanche, en vertu de l'article 10, examiné si le contexte de l'affaire et l'intérêt du public justifiaient l'éventuel recours à une dose de provocation ou d'exagération. Force est de constater à cet égard que la caricature a

en prenant en compte, dans l'affaire *Alves da Silva c. Portugal*, le caractère artistique et satirique d'une caricature d'un maire(2005).

4. L'arrêt *Akdas*

617. Jusqu'à présent, les décisions envisagées ne reconnaissent pas la spécificité de la création artistique ou, si elles le font au plan des principes, n'en tirent aucune conséquence. Dans l'arrêt *Akdas*(2006), la Cour semble enfin élargir le périmètre des libertés artistiques protégées par l'article 10, en se dégageant de ses faiblesses, en renouant avec sa jurisprudence *Ulusoy*(2007) et *Alinak* et en la transposant hors du contexte politique. Ainsi, il faut considérer que cet arrêt ouvre la voie d'une reconnaissance pleine et

---

pris une ampleur particulière dans les circonstances de l'espèce, que le requérant ne pouvait ignorer. Le jour des attentats, soit le 11 septembre 2001, il déposa son dessin et celui-ci fut publié le 13 septembre, alors que le monde entier était sous le choc de la nouvelle, sans que des précautions de langage ne soient prises de sa part. Cette dimension temporelle devait passer, selon la Cour, pour de nature à accroître la responsabilité de l'intéressé dans son compte-rendu – voire soutien – d'un événement tragique, qu'il soit pris sous son angle artistique ou journalistique. De plus, l'impact d'un tel message dans une région politiquement sensible n'est pas à négliger ; nonobstant son caractère limité du fait de sa publication dans l'hebdomadaire en question, la Cour constate cependant que celle-ci entraîna des réactions (paragraphe 10 *supra*), pouvant attiser la violence et démontrant son impact plausible sur l'ordre public dans la région » (§ 45).

(2005) Cour eur. D.H., arrêt *Alves da Silva c. Portugal* du 20 octobre 2009, §§ 27-28. La Cour a considéré que la condamnation d'une mise en scène satirique d'un maire, réalisée au moyen d'un guignol, lors des festivités du carnaval, constitue une violation de la liberté d'expression artistique. La Cour a, dans cet arrêt porté une grande attention à « la nature », « la teneur », et au contexte dans lequel s'est déroulé la satire, qui impliquait « que l'on pouvait difficilement prendre à la lettre les accusations du requérant à l'égard du plaignant ».

(2006) Cour eur. D.H., arrêt *Akdas c. Turquie* du 16 février 2010. Voy., sur cet arrêt, C. Ruet, « L'expression artistique au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme : analyse de la jurisprudence européenne », *op. cit.*, pp. 917-935 ; A. Latil, *op. cit.*, pp. 769-780 ; M. Levinet, « Condamnation d'une entrave à l'accès du public à une œuvre du patrimoine littéraire européen », *op. cit.*, p. 261 ; J.-P. Marguenaud et B. Dauchez, « Les onze mille verges fondatrices du patrimoine littéraire européen », *op. cit.*, p. 1051 ; A. Zollinger, « CEDH : nouvel équilibre entre liberté artistique et protection de la morale », *op. cit.*, p. 78.

(2007) Cour eur. D.H., affaire *Ulusoy et autres c. Turquie* du 3 mai 2007. Voy. la note sous cet arrêt de A. Zollinger, « La liberté artistique en grâce auprès de la CEDH », *op. cit.*, pp. 205 et s.

entière de la spécificité artistique, même s'il la limite aux œuvres du « patrimoine européen ».

Dans l'arrêt *Akdas*, la Cour a jugé la Turquie responsable d'une violation de la liberté d'expression artistique en raison de la condamnation par celle-ci d'un éditeur de l'ouvrage *Les onze mille verges* de Guillaume Apollinaire et de la saisie de l'ouvrage en question, traduit en turc par l'éditeur. Pour la première fois, la Cour condamne un État pour violation de la liberté artistique en se fondant non pas sur son message politique mais uniquement sur les caractéristiques intrinsèques de ce livre publié pour la première fois en 1907 et qui, par sa valeur artistique, la reconnaissance de son auteur et son entrée dans la collection la Pléiade, participe, selon la Cour, au « patrimoine littéraire »[(2008)]. Cette innovation jurisprudentielle a permis à la Cour d'employer une méthode d'interprétation originale[(2009)] et plus soucieuse de la dimension artistique[(2010)].

618. Certes, la Cour ne consacre pas explicitement la spécificité artistique de l'œuvre (elle laisse « soigneusement de côté dans sa motivation toute analyse de la spécificité de l'œuvre, de son esprit ou de son ton »[(2011)]) mais la reconnaissance de cette spécificité est implicite puisque la Cour rattache l'œuvre non plus seulement au droit à l'information ou à la liberté de la presse mais également à l'importance de « l'accès du public d'une langue donnée, en l'occurrence le turc, à une œuvre figurant dans le patrimoine littéraire européen »[(2012)].

(2008) Voy., sur ces variables qui constituent la notion de patrimoine culturel européen pour la Cour, A. Latil, *op. cit.*, pp. 776-777.

(2009) Voy. A. Latil, *op. cit.*, pp. 769-780.

(2010) M. Levinet, « Condamnation d'une entrave à l'accès du public à une œuvre du patrimoine littéraire européen », *op. cit.*, p. 261 ; J.-P. Marguenaud et B. Dauchez, « Les onze mille verges fondatrices du patrimoine littéraire européen », *op. cit.*, p. 1051 ; A. Zollinger, « CEDH : nouvel équilibre entre liberté artistique et protection de la morale », *op. cit.*, p. 78 ; C. Ruet, « L'expression artistique au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme : analyse de la jurisprudence européenne », *op. cit.*, pp. 917-935 ; A. Latil, *op. cit.*, p. 769.

On ne peut toutefois pas s'empêcher de penser que la Cour était quelque peu « obligée » de conclure à la violation par la Turquie de l'article 10. En effet, elle ne pouvait se permettre d'avaliser une censure d'un auteur porté au panthéon des monstres de la littérature française, faute de quoi elle aurait renoué avec d'antiques décisions judicaires de censure tant moquées aujourd'hui.

(2011) C. Ruet, *op. cit.*, p. 928.

(2012) Cour eur. D.H., arrêt *Akdas c. Turquie* du 16 février 2010, §§ 29-30.

Même si force est de constater, à regret, que la Cour passe à côté du réel enjeu de cette affaire (l'accès à la diversité culturelle dans sa propre langue[2013]), il faut se réjouir de la petite révolution que la Cour opère en reconnaissant un droit du public d'accéder au patrimoine, qui est l'aspect passif de la liberté d'expression artistique[2014]. Cette révolution se traduit notamment par la consécration de la notion de patrimoine culturel commun comme rempart supplémentaire à la fragile protection de la liberté d'expression artistique. En effet, l'utilisation du concept de patrimoine culturel européen, tel qu'il est prôné par le Conseil de l'Europe, vient légitimer une restriction à la marge d'appréciation des États en matière de liberté artistique[2015] et permet ainsi d'offrir de nouvelles perspectives pour leur protection, à ce jour encore trop dépendante des particularismes locaux en matière de protection de la religion ou de la morale[2016]. En cela, cet arrêt récent illustre à notre estime un revirement d'attitude de la Cour à l'égard de la liberté d'expression artistique, qui s'exprime notamment dans la mise en balance qu'elle effectue entre liberté d'expression artistique et morale[2017], patrimoine européen et singularités culturelles. La Cour a en effet eu l'audace de condamner une ingérence dans la liberté d'expression artistique motivée par la protection de la morale, alors qu'elle reconnaît, depuis l'affaire *Müller*, une large marge d'appréciation aux États[2018]. Ainsi faut-il désormais considérer que la marge d'appréciation de l'État se réduit lorsqu'une limite est posée à l'accès à une œuvre relevant du patrimoine littéraire et à la liberté artistique[2019].

619. Cette décision de la Cour comporte cependant des limites qui tiennent notamment à l'absence de consécration explicite,

(2013) C. Ruet, *op. cit.*, p. 928 ; A. Latil, *op. cit.*, pp. 775 et 776, n° 11 et n° 12.

(2014) M. Levinet, « Condamnation d'une entrave à l'accès du public à une œuvre du patrimoine littéraire européen », *op. cit.*, p. 261 ; A. Latil, *op. cit.*, p. 769.

(2015) C. Ruet, *op. cit.*, p. 930.

(2016) Voy., sur l'équilibre entre liberté d'expression et liberté religieuse, P.-F. Docquir, « La Cour européenne des droits de l'homme sacrifie-t-elle la liberté d'expression pour protéger les sensibilités religieuses ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2006, n° 68, pp. 839-849.

(2017) Voy. A. Zollinger, « CEDH : nouvel équilibre entre liberté artistique et protection de la morale », *op. cit.*, p. 78.

(2018) Cour eur. D.H., arrêt *Akdas c. Turquie* du 16 février 2010, §§ 27 et 30-31. Voy. également *infra*, sur l'évolution de la morale comme motif de limitation de la liberté d'expression artistique.

(2019) A. Latil, *op. cit.*, p. 773.

générale et systématique d'une spécificité à l'expression artistique. Ces limites tiennent aussi à la notion de patrimoine européen. En effet, l'on peut se demander si les expressions artistiques, nombreuses, qui ne seront pas considérées comme relevant de ce patrimoine, continueront à subir le même sort que celui réservé par la jurisprudence antérieure de la Cour. En effet, la notion de patrimoine culturel européen de la Cour est limitative, et ne vise pas, sauf à être interprétée dans un sens extensif, l'ensemble de la vivacité et la diversité de la création culturelle contemporaine. Cette notion risque, selon A. Latil, de figer l'expression artistique, de la muséifier, de la limiter à des « grands noms » et de faire la part belle à un certain « corporatisme »[(2020)]. Les critères retenus en l'espèce par la Cour, à savoir l'entrée du livre dans la collection de la Pléiade et la reconnaissance depuis des décennies de la valeur de l'écrivain, semblent bien trop timorés et conservateurs pour permettre une appréhension adéquate de la liberté artistique. Il s'agit d'éviter que la notion de patrimoine culturel européen ne devienne trop limitative et ne concerne qu'un nombre restreint d'œuvres à l'exclusion de la création contemporaine.

Par ailleurs, la Cour a suffisamment insisté sur les « singularités culturelles » pour que l'interprète comprenne que le concept de patrimoine culturel, s'il peut rassembler[(2021)], doit également composer avec les exigences « du pluralisme culturel »[(2022)]. L'arrêt évoque ainsi la prise en compte, par l'État, des diverses « communautés culturelles, religieuses ou philosophiques »[(2023)], pour définir la morale… Pour Céline Ruet, finalement, la Cour « procède donc à une conceptualisation et à un infléchissement »[(2024)] des notions restées floues dans les arrêts *Otto-Preminger* et *Wingrove* : alors que la notion de patrimoine culturel permettait de se dégager des limites de cette jurisprudence, l'institution d'une mise en balance avec les singularités culturelles empêche la Cour de se démarquer radicalement de sa jurisprudence. Tout dépendra, *in fine*, de l'appréciation

(2020) *Ibid*., p. 780.
(2021) C. Ruet, *op. cit.*, p. 931.
(2022) Cour eur. D.H., arrêt *Akdas c. Turquie* du 16 février 2010, § 27.
(2023) *Ibid*.
(2024) C. Ruet, *op. cit.,* p. 931.

que la Cour livrera des notions de « patrimoine littéraire européen », de « singularités » et « pluralisme culturel ».

C. **En droit comparé**

620. La reconnaissance pleine et entière de la liberté artistique est problématique dans de nombreux ordres juridiques. On retrouve ainsi, à la fois en droit français (1) et en droit constitutionnel américain (2), une difficulté à appréhender les fonctions de la création artistique qui se traduit par des jugements sur le caractère « gratuit » de certaines formes artistiques.

1. Le droit public français

621. En droit français, une ordonnance de 1945 établissait une distinction entre les « spectacles sérieux » et les « spectacles de curiosités »[(2025)] pour lesquels l'artiste devait demander une autorisation aux autorités municipales compétentes[(2026)]. Le régime d'autorisation a été abrogé, mais il a été en quelque sorte dépassé par un système d'autorisation préalable : l'obligation d'obtenir une licence d'entrepreneur de spectacles vivants[(2027)]. Par ailleurs, il semble que la différenciation entre « spectacles de curiosité » et « spectacle nobles » soit toujours bien ancrée dans la jurisprudence administrative française, ce qui implique une protection différenciée selon les formes d'expression et de spectacles[(2028)]. La hiérarchie induite par l'ordonnance reflète des jugements de valeur de la part du

(2025) Ordonnance du 13 octobre 1945 relative aux spectacles, n° 45-2339.

(2026) Art. 13 de l'ordonnance du 13 octobre 1945 relative aux spectacles : « Les spectacles visés au 6° de l'article 1er de la présente loi sont soumis à une autorisation du maire. Ne sont pas soumis à ladite autorisation les théâtres ambulants ou démontables qui ne présentent au public que des spectacles d'art dramatique, lyrique ou chorégraphique, visés à l'article 1er, 3°. Toutefois, les exploitants de ces théâtres sont tenus de solliciter, le cas échéant, de l'autorité municipale, un permis de stationnement. Ils restent assujettis aux dispositions de la loi du 16 juillet 1912 sur l'exercice des professions ambulantes ».

(2027) Décret 2000-609 du 29 juin 2000 pris pour l'application des articles 4 et 10 de l'ordonnance 45-2339 du 13 octobre 1945 ; Arrêté du 29 juin 2000 modifié pris en application du deuxième alinéa de l'article 4 du décret 2000-609 du 29 juin 2000 pris pour l'application des articles 4 et 10 de l'ordonnance 45-2339 du 13 octobre 1945.

(2028) J.-M. Pontier, *Le contentieux culturel devant le juge administratif*, *RDP*, 1989, pp. 1627-1631.

législateur national, qui indique les formes artistiques valorisées et celles qui sont moins estimées. Bien sûr, d'autres arguments tenant à la sécurité publique, à la protection des animaux, au maintien de l'ordre public, viennent justifier ces distinctions. Mais il est certain que celle-ci est surtout motivée par la « défiance » globale et le dénigrement que subissent ces formes artistiques et leurs acteurs. À partir d'un jugement sur le mérite des « spectacles de curiosité », les autorités françaises ont considéré qu'il n'y avait pas de lien fort entre ces spectacles et la liberté d'expression et de pensée[2029].

Le droit français fait également preuve d'une certaine suspicion à l'égard du cinéma[2030]. Ce dernier s'est peu à peu détaché de la catégorie juridique des spectacles de curiosité pour constituer une forme d'expression réglée de manière autonome[2031]. Si le régime actuel de contrôle du cinéma en France met en lumière une évolution libérale, il existe toujours deux polices particulières contrôlant l'image cinématographique et audiovisuelle : le contrôle national du cinéma et la police municipale. Au niveau national, le code de l'industrie cinématographique continue d'instituer bon nombre d'autorisations préalables notamment pour exploiter la salle, pour obtenir le titre de producteur[2032]. Quant au niveau local, les compétences des maires en matière de contrôle des films ont été restreintes au fil du temps mais l'objet de la censure s'est en quelque sorte déplacé : les maires répugnent à utiliser leurs pouvoirs pour contrôler les films en eux-mêmes, mais ils déploient par contre leurs compétences en matière de contrôle des affiches ou de la publicité et en matière de contrôle des professionnels du cinéma[2033]. Ainsi, en France, si la censure du

(2029) A. Zollinger, *Droits d'auteur et droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 193 ; J. Rivero, *Les libertés publiques, tome II : le régime des principales libertés*, Paris, P.U.F., 6e édition, 1996, p. 315.

(2030) Voy., de manière générale, J.-M. Pontier, « Sur la censure », *Dalloz*, 1994, chron. p. 45.

(2031) À partir de 1916, il fait l'objet de deux mécanismes de contrôle autonomes et spécifiques : une police nationale et une police générale des maires au niveau local.

(2032) Code du cinéma et de l'image animée. Ce code fut très largement inspiré des décisions des juges administratifs (voy. O. Lecucq, « L'expression cinématographique, le juge administratif et la Constitution », *Les Petites Affiches*, 2000, n° 250, p. 15).

(2033) J.-P. Jeancolas, « Cinéma, censure, contrôle, classement », in *La censure en France à l'ère démocratique*, P. Ory (dir.), Paris, Complexe, 1997, p. 217, cité dans A. Zollinger, *Droits d'auteur et droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 206.

cinéma est désormais très nettement adoucie, il n'en demeure pas moins que le régime de contrôle du cinéma reste ambigu[2034].

2. Le droit constitutionnel des États-Unis

622. Le droit constitutionnel des États-Unis adopte également une attitude ambiguë à l'égard de certaines formes artistiques. La Cour suprême a reconnu[2035] au cas par cas que le premier amendement protégeait les arts plastiques, la poésie et le dessin[2036], la sculpture, la peinture et la gravure[2037], mais aussi les arts vivants tels que la musique[2038], le cinéma[2039], les spectacles de danse, en ce compris dénudés[2040]. Cependant, comme dans les autres ordres

(2034) A. Zollinger, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 206.

(2035) Voy. particulièrement *Miller v. California*, 413 U.S. 15, 24, 1973. Voy. cependant *Young American v. Mini – Theaters*, 427 U.S. 50, 70, 1976, où la Cour remet en question l'application du Premier amendement aux formes artistiques.

Voy. globalement, sur cette question, E.-J. Eberle, « Art as Speech », *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, 2007-2008, n° 11, pp. 1-28.

Voy. aussi *Bery v. City of New York*, 1995 WL 638797 (S.D.N.Y. Oct. 27, 1995).

(2036) *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston*, 515 U.S. 557, 569 (1995) : la peinture, la musique et la poésie sont « unquestionably shielded by the First Amendment ».

(2037) *Kaplan v. California*, 413 U.S. 115, 1973.

(2038) *Ward v. Rock against Racism*, 491 U.S. 781, 1989 : « Music, as a form of expression and communication, is protected under the First Amendment ». Voy. John Frohnmayer, *Out of Tune : Listening to the First Amendment*, Golden, North American Press, 1995, 138 pp.

(2039) *Burstyn Inc. v. Wilson*, 343 U.S. 495, 501 (1952) : « [M]otion pictures are a significant medium for the communication of ideas. They may affect public attitudes and behavior in a variety of ways, ranging from direct espousal of a political or social doctrine to the subtle shaping of thought which characterizes all artistic expression ».

(2040) *Dallas v. Stanglin*, 490 U.S. 19, 25, 1989, où la Cour décide qu'une association qui se préoccupe de danse de façon amateure ne bénéficie pas de la protection du Premier amendement.

Barnes v. Glen Theater, Inc., 501, U.S. 560, 565, 1991, les danses dévêtues de « divertissement » (*entertainment*) ne sont protégées que « marginalement » par le Premier amendement. L'opinion concurrente de Souter J. indique que ce type de danse provoquerait une toute autre analyse juridique si elle véhiculait une réflexion et se déroulait dans un autre contexte que purement divertissant, en se référant aux danses des comédies musicales *Hair* ou *Equus*. L'opinion dissidente de White J. estime que même dans un contexte de divertissement, les danses dévêtues doivent être considérées comme protégées par le Premier amendement, parce qu'elles génèrent « des pensées, des idées, des émotions qui constituent l'essence de la communication » (traduction libre).

juridiques, la Cour suprême fait varier la protection de la liberté d'expression. Elle consacre ainsi une large prévalence à la liberté d'expression politique, et, plus largement, au discours linéaire, rationnel. Prolongeant cette prévalence, la Cour suprême a établi une distinction entre les expressions considérées comme des « speech » ou comme des « conduct »(2041). Dans l'arrêt *Barnes v. Glen Theatre Inc.*, la Cour a considéré que tous les comportements véhiculant une expression(2042), n'étaient pas toujours protégés par la Constitution. Globalement, l'on constate les mêmes tendances que pour la Cour européenne des droits de l'homme : une valorisation des expressions rationnelles, discursives et linéaires.

623. De manière générale la Cour suprême développe une jurisprudence contrastée en ce qui concerne les images, qui n'a pas manqué d'être critiquée par certains auteurs. Adhérant à la théorie « marketplace for ideas »(2043) comme justification de la protection de la liberté d'expression, la Cour suprême protège surtout les idées politiques, rationnelles, qui contiennent un message, discursif et direct(2044) au détriment de l'expression artistique. Par conséquent, la jurisprudence témoigne d'une certaine crispation par rapport à la création artistique.

Sur le « nude dancing » voy. *Schad v. Mount Ephraim*, 452 U.S. 61, 65, 1981 : « entertainment [such as nude dancing] as well as political and ideological speech, is protected » ; *Doran v. Salem Inn. Inc.*, 422, U.S. 922, 932, 1975 ; *California v. Larue*, 409, U.S. 109, 118, 1972.

Voy. aussi *Paris Adult Theater I. v. Slaton*, 413, U.S. 49, 63, 1973, « the well nigh universal belief that good books, plays and art hift the spirit, improve the mind, enrich the human personality and develop character » et le diktat dans *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 18-19, 1971 sur l'importance de la valeur émotive des expressions.

Schad v. Mount Ephraim, 452 U.S. 61, 1981 ; *Barnes v. Glen Theater Inc.*, 501 U.S. 560 1991.

(2041) Voy. notamment, sur les « conducts », A. R. Amar, « The Case of the Missing Amendments : *R.A.V. v. City of St. Paul* », *Harvard Law Review*, novembre 1992, n° 106, p. 124.

(2042) *Barnes v. Glen Theatre Inc.*

(2043) Voy. Cour suprême, *New York Times v. Sullivan*, 376, U.S. 254, 279, n° 19, 1964.

(2044) A. Adler, « The Art of Censorship », *op. cit.*, p. 209. Celle-ci cite notamment un passage de *Roth v. United States*, dans lequel la Cour établit bien que :

« The protection given speech and press was fashioned to assure unfettered interchange of ideas for the bringing about of political and social changes desired by the people » (*Roth v. United States*, 354 U.S. 476 1957).

Ainsi, les mesures préventives s'appliquant aux communications audiovisuelles ne bénéficient pas de la présomption d'inconstitutionnalité affectant les autres mesures préventives[(2045)]. L'expression diffusée par radio ou par télévision peut être régulée selon les règles générales gouvernant ces médias[(2046)]. Quant au cinéma, il peut faire l'objet de mesures préventives en cas de circonstances exceptionnelles[(2047)].

De la même manière, la Cour suprême fait preuve d'une certaine difficulté d'appréhender le cinéma autrement que par le biais de la reconnaissance de son rôle dans la création de l'opinion publique[(2048)]. En ce qui concerne les restrictions pour discours obscènes ou pornographiques, les poursuites se sont concentrées, ces dernières années, sur les images, à l'exclusion des textes[(2049)]. De plus, les critères dans la définition de l'obscénité sont largement inadéquats à l'expression artistique[(2050)], impliquant une marge de

(2045) *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697, 713, 1931.

(2046) *FCC v. Pacifica Foundation* : « [P]atently offensive, indecent material presented over the airwaves confronts the citizen, not only in public, but also in the privacy of the home, where the individual's right to be left alone plainly outweighs the First Amendment rights of an intruder. [...]. Because the broadcast audience is constantly tuning in and out, prior warnings cannot completely protect the listener or viewer from unexpected program content ».

Suite à cet arrêt de la Cour suprême, la FCC a régulé les heures pendant lesquelles des expressions « profanes » pouvaient être diffusées ou non.

(2047) *Joseph Burstyn Inc v. Wilson*, 343 U.S. 495, 1952.

(2048) Dans *Joseph Burstyn Inc v. Wilson*, la Cour reconnaît la valeur du cinéma en réduisant le statut des films à des « significant medium for the communication of ideas ».

(2049) A. Adler, « The Art of Censorship », *op. cit.*, p. 210.

La prévalence du texte qui résulte de ce choix jurisprudentiel et politique est par ailleurs assumée par la Cour : « [a] book [as opposed to pictures] seems to have a different and preferred place in our hierarchy of values, and so it should be ». Voy. dans *Mutual Film Corp v. Industrial Comm.* (236 U.S. 230, pp. 243-244, 1915) : « les films ne sont pas 'organs of public opinion' mais seulement 'mere representation of events of ideas and sentiments' ». Les poursuites pour pornographie infantile ne concernent quant à elles que les images, à l'exclusion des textes, la Cour ayant établi, dans *New York v. Ferber*, que les écrits dépeignant des comportements sexuels chez les enfants bénéficiaient de la protection du Premier amendement (à condition qu'ils ne soient pas obscènes) : « the distribution of descriptions or other depictions of sexual conduct [by children], not otherwise obscene, which do not involve live performance or photographic or other visual reproduction of live performance, retains First Amendment protection » (*New York v. Ferner*, 458 U.S. 747, 764, 1982).

(2050) Voy. *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973). La Cour suprême des États-Unis, dans cet arrêt, définit constitutionnellement ce que recouvre la

manœuvre dans la mise en place de la censure (puisque l'expression artistique obscène n'ayant pas de « valeur artistique sérieuse » n'est tout simplement pas protégée par le Premier amendement). Enfin, la volonté – légitime – de réprimer la para-pédopornographie(2051) a induit une censure importante d'œuvres artistiques(2052) sans aucun rapport avec la pédopornographie, comme en témoignent les pour-

notion d'« obscénité ». La Cour distingue l'obscénité de l'art sexuellement explicite (« sexually explicit art »), et protège les œuvres « sexuellement explicites » à la condition que celles-ci fassent preuve de « serious ... artistic value » (§ 24). Les problèmes posés par ce test ont trait à la définition de l'obscénité retenue et à celle de la « valeur artistique sérieuse ». Voy. A. ADLER, « Post-Modern Art and the Death of Obscenity Law », *op. cit.*, pp. 1359-1378 ; A. ADLER, « What's Left? Hate Speech, Pornography and the Problem for Artistic Expression », *op. cit.*, pp. 1541-1566. En effet, comme le reconnaît la Cour elle-même : « What is good literature, [...] what is good art, varies with individuals as it does from one generation to another », *Hannegan v. Esquire, Inc.*, 327 U.S. 146, 157 (1946). Amy Adler souligne par ailleurs que ce sont souvent les artistes marginaux et non reconnus qui font avancer la démarche esthétique et artistique. (A. ADLER, « Post-Modern Art and the Death of Obscenity Law », *op. cit.*, p. 1377). Les critères proposés semblent d'ailleurs profondément insatisfaisants. L'approche proposée par le juge Stewart pour détecter s'il s'agit d'art ou non (« I know it when I see it ») ne semble en effet pas de nature à définir juridiquement une sphère de protection des expressions artistiques (*Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 197 (1964) (Stewart J. concurring)).

(2051) C'est-à-dire des créations purement imaginaires représentants des enfants dans des positions suggestives et qui n'impliquent pas, ni dans le processus de création ni de diffusion, d'enfants réels.

(2052) Inaugurée par le procès intenté contre le directeur du Contemporary Arts Center de Cincinnati pour obscénité, cette tendance s'est renforcée ces dernières années. Au cœur du procès contre le directeur du Centre d'art contemporain, se trouvaient plusieurs photographies de Robert Mapplethorpe, dont les photographies Jesse et Rosie. Ces photographies, qui représentaient deux petits enfants dans leur vie quotidienne, n'étaient pas exemptes d'une esthétisation des corps des enfants, mais ne correspondaient en aucune façon aux critères de la pornographie ou même de l'érotisme : le photographe talentueux avait réussi à saisir l'innocence de ces deux enfants. Après un procès retentissant, le jury américain considéra que les cinq photographies litigieuses n'étaient pas obscènes et les poursuites furent annulées (*Cincinnati v. Cincinnati Contemporary Art Center*, 5 octobre 1990. Cet arrêt se base évidemment sur les deux arrêts de principes (*Kois v. Wisconsin,* 408 U.S. 229 (1972) et *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973)) et sur le « test d'obscénité » développé dans Miller : « (1) the average person, applying contemporary community standards, would find that the material as a whole appeals to the prurient interest ; (2) the material depicts or describes sexual conduct in a patently offensive way ; and (3) the material, as a whole, lacks serious literary, artistic, political or scientific value »).

suites lancées à l'encontre de photographes renommés(2053) ou les poursuites et la condamnation d'amateurs d'art pour détention de matériel pédopornographique(2054). Dans ce domaine en effet, on constate le retour d'un « autoritarisme moral »(2055) par rapport à la création artistique, rendu possible par le caractère vague des termes utilisés dans les lois américaines pénalisant la pédopornographie et

(2053) Ainsi, dans certains pays d'Europe une censure inquiétante s'exerce sur des artistes dont les créations ne relèvent manifestement pas de la pornographie ni même de l'érotisme. En Grande-Bretagne, l'artiste Tierney Gieron a été inquiétée pour des photographies prises de ses propres enfants en bas âge qui, selon la critique, ont réussi à capter l'innocence de l'enfance. Ces photographies, sorte d'instantanés familiaux à l'esthétique particulière, ont fait l'objet d'un raid de la police lors de l'exposition *I am a Camera* à la galerie Saatchi de Londres. La galerie, puissante, a refusé d'obéir aux pressions policières, et a continué à exposer les deux photographies litigieuses. Suite à une pression médiatique intense, l'État britannique a finalement abandonné les poursuites. Voy. notamment l'article écrit par l'artiste, où elle explique sa démarche : « Where is the sex ? Tierney Gieron defends her photographs ».

(2054) Ces poursuites illustrent un certain glissement de la censure : si la liberté de l'artiste de créer des images est plus ou moins établie, celle de les acquérir et de recevoir les idées et les informations est en perte de vitesse. Ainsi, Roger Moody, un des admirateurs du travail de Sally Mann et de Jock Sturges, qui comptent des photographies les plus réputées du 20e siècle a ainsi été poursuivi pour détention de matériel indécent notamment en raison de certains livres de ces deux photographes. Inculpé en vertu du *Protection of Children Act*, alors même que les livres de Sally Man sont librement vendus en Grande-Bretagne, la plupart des charges ne furent abandonnées contre lui que lorsque des experts sont venus rappeler la grande valeur artistique des photographies en question, des œuvres qui se ressemblent par la présence de la nature, par la recherche esthétique sur le corps humain et leur simplicité. Ces poursuites illustrent un déplacement du curseur des censeurs : Sally Mann n'a jamais été inquiétée, mais la liberté d'acquérir et de recevoir ses œuvres est mise à l'épreuve. Tout se passe comme si les censeurs recherchent désormais l'intention des acquéreurs des expressions artistiques... Face à des œuvres dont le contenu est parfois bien innocent, comme dans l'affaire de Roger Moody, où étaient en cause deux photographies de Sally Mann de sa série « Art Twelve », représentant des jeunes adolescentes entre l'enfance et l'âge adulte, exposant simplement la vie de jeunes adolescentes. Comme dans « Candy Cigarette », où la photographe essaie de faire un clin d'œil au politiquement correct et de travailler sur la conception de l'enfant et de la famille.

(2055) J. Phoenix et S. Oerton, *Illicit and illegal – Sex, regulation and social control*, UK, William publishing, 2005, 209 p., cité par F. Gazan et B. Vangierdegom, « Pornography sector » *in* G. Vermeulen, *EU quality standards in support of the fight against trafficking in human beings and sexual exploitation of children*, Antwerp, Maklu, 2007, pp. 152-153.

la para-pédopornographie(2056). Soulignons que ce retour d'un autoritarisme moral et judiciaire sur la représentation des enfants dans les œuvres d'art est également, dans une certaine mesure, observable dans certains pays d'Europe(2057).

624. Selon Amy Adler, les images et la création artistique restent moins bien protégées que le discours rationnel, linéaire et politique car « by bypassing reason and appealing directly to the senses, images fail to participate in the marketplace of ideas »(2058).

Mais, pour cette auteure, il y a un paradoxe dans l'attitude des juges à l'égard de la création. En effet, derrière la prévalence de l'écrit sur l'image, se cache une reconnaissance de la force supérieure des images. Cette attitude ambiguë est le reflet de celle de la société(2059), et trouve ses sources dans l'inquiétude que suscite la force de ces images et de l'art(2060). Les mêmes peurs se cristal-

(2056) Désormais, le seul critère aux poursuites pour diffusion, vente, production de matériel pédopornographique réside dans la connaissance par l'auteur de la minorité des victimes et du contenu « sexually explicit » qui est notamment attesté par des poses « inappropriées d'enfants », ou encore la simple nudité de celui-ci, et l'ensemble des images « appelant une réponse sexuelle de la part du spectateur » (voy. A. Adler, « The Perverse Law of Child Pornography », *op. cit.*, pp. 209-273 ; D. D. Burke, « The criminalization of virtual Child Pornography : a constitutional question », *Harv. Law Journal on Legislation*, 1997, Vol. 34, p. 441, note 10).

(2057) Voy., par exemple, la polémique sur l'interdiction aux personnes de moins de 18 ans de l'accès à l'exposition de Larry Clark (intitulée *Kiss the past hello*) au Musée d'art moderne de Paris organisée par les pouvoirs publics et qui a fait la une du quotidien *Libération* (jeudi 7 octobre 2010). Voy. également l'interdiction émanant des responsables du métro londonien d'afficher une publicité pour une exposition de peintures de Lucas Cranach l'ancien, qui reprenait la célèbre « Vénus » de celui-ci (« Venus'By Lucas Cranach the Elder Is Too Overtly Sexy For Transport for London », 15 février 2008, www.artdaily.com) qui a finalement été réformée après intervention du ministère de la culture (« La Vénus nue de Cranach autorisée à prendre le métro de Londres », *Libération*, 18 février 2008, www.liberation.fr).

(2058) A. Adler, « The Art of Censorship », *op. cit.*, p. 213.

(2059) En effet, depuis les poursuites lancées à l'encontre du directeur du musée de Cincinnati et les « culture wars » les intimidations policières, judiciaires et administratives à l'égard des artistes plasticiens, photographes et autres augmentent. Voy. A. Adler, « The Art of Censorship », *op. cit.*, p. 207.

(2060) A. Adler, « The Art of Censorship », *op. cit.,* p. 211.

L'auteur retourne aux sources de la peur du pouvoir des images et de l'art, en rappelant que les mêmes peurs du pouvoir sensuel, passionnel et séducteur des images, « au-delà des mots », qui ont conduit à l'iconoclasme et à la censure, se retrouvent dans les textes bibliques (dans l'histoire du veau d'or) et

lisent autour des discours symboliques : des actes, comme le refus de saluer le drapeau[2061] ou le fait de brûler le drapeau national[2062], recouvrent une force bien plus grande que les mots. La Cour suprême américaine a d'ailleurs déjà reconnu le pouvoir spécifique de la création et des images en soulignant que « [s]ymbolism is a primitive but effective way of communicating ideas. The use of an emblem or flag [...] is a short cut from mind to mind »[2063] et en refusant, au nom de la force du discours symbolique, que le gouvernement puisse limiter les différentes significations construites autour d'un symbole[2064].

Amy Adler suggère de dépasser ce paradoxe. Elle considère que la reconnaissance de la force « magique », « mystique » et talismanique des images, qui a souvent motivé la censure, devrait au contraire, fonder une protection plus étendue par le Premier amendement : « [t]he tremendous power of visual images shows us that the very thing that often provokes censorship of art is the very thing that ought to *invoke* First Amendment protection for it »[2065]. « The force of visual images so evident in these cases illuminates both why we censor art but, more importantly, why we should protect it »[2066].

D. **Mieux assumer les spécificités de la liberté artistique**

625. À notre sens, il est tout à fait primordial d'assurer l'effectivité de l'obligation de prendre en compte les spécificités de la création artistique, qui découle du droit à la culture et de la liberté d'expression. Cette obligation met en effet en valeur les fonctions particulières assumées par les expressions artistiques et est, à ce

---

tout au long de l'histoire (A. ADLER, « The Art of Censorship », *op. cit.*, pp. 212-213).

(2061) *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, 1943.

(2062) *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, 1989.

(2063) *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, 1943 § 632.

(2064) *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, 1989, § 417 : « To conclude that the government may permit designated symbols to be used to communicate only a limited set of messages would be to enter territory having no discernible or defensible boundaries ».

Et le juge Rehnquist, dans son opinion dissidente, semble justement avoir succombé à la force des images et des symboles. Cette opinion dissidente constitue donc en elle-même une preuve de la force de ce symbole.

(2065) A. ADLER, « The Art of Censorship », *op. cit.,* p. 213.

(2066) *Ibid*., p. 217.

titre, particulièrement légitime. Comme on a eu l'occasion de le rappeler dans la première partie, l'art et la culture participent de manière singulière à la construction du sens dans une société démocratique et constituent un des vecteurs privilégiés de l'analyse critique, de l'expressivité et de la construction de la citoyenneté. Le système juridique doit refléter ce rôle singulier dans sa définition de la création artistique protégée par la liberté d'expression car les définitions juridiques ont un impact qui dépasse de loin la seule sphère du droit[2067].

626. Pour assurer l'effectivité de cette obligation de respecter les spécificités de la création artistique, il faut d'abord reconnaître les fonctions démocratiques essentielles qu'endosse la création artistique : donner à voir autrement, libérer les perspectives, élargir les conceptions du monde, établir une distanciation et un recul critique par rapport aux problèmes sociétaux, susciter la critique et l'expressivité. Il faut également assurer la reconnaissance de la nature particulière des mécanismes propres à la création[2068] : la fiction, la subversion, le recours aux images, à l'exagération et à l'imaginaire.

627. Concrètement, trois critères spécifiques devraient idéalement être mobilisés lorsque la liberté artistique est au cœur d'un litige.

D'abord, il faudrait tenir compte de l'importance de l'expression en cause pour le débat esthétique, indépendamment de sa valeur par rapport au débat d'idées politiques, rationnelles et linéaires. L'œuvre d'avant-garde qui bouscule les codes de la création doit pouvoir être protégée pour son rôle dans le débat culturel même si elle sort des classifications usitées. Ce type d'expression, spécialement si elle relève du postmodernisme, devrait pouvoir être reconnue comme de l'art et comme une expression digne de protection, et non pas simplement être « tolérée de manière purement cosmétique »[2069].

Ensuite, la création de présomptions favorables pour la fiction et la subversion s'impose en raison de leur rôle fondamental dans le débat démocratique par la distanciation, la mise en perspective

(2067) P. Kearns, *The Legal Concept of Art, op. cit.*
(2068) *Ibid.*
(2069) *Ibid.*, p. 192.

et le recours à l'imaginaire qu'elles autorisent. Nous sommes ainsi favorable à une exclusion pure et simple des œuvres de fiction du champ d'application des règles de la diffamation, sauf lorsque l'injure ou l'atteinte à l'honneur est manifeste et patente. Il est par ailleurs urgent d'établir une présomption de non-diffamation dans le cas des œuvres artistiques qui ne puisse être dépassée que si le plaignant montre que l'œuvre d'art a été créée dans le but de le diffamer et que cette œuvre lui a effectivement porté atteinte[2070].

En outre, il faudrait, pour distinguer l'art de l'obscénité ou de la pornographie, avoir d'abord égard aux critères établis sur le plan esthétique, qui différentient l'art de l'obscénité sur la base du mode opératoire spécifique à la création artistique, avant d'appliquer les législations relatives aux bonnes mœurs, par ailleurs largement désuètes.

628. Enfin, de manière générale, toujours dans le domaine de la morale, il est urgent d'adapter les normes formelles et les législations pénalisant l'outrage aux bonnes mœurs et d'enfin protéger les « new sensuous artistic versions of reality » inhérentes à l'art postmoderne[2071]. Dans ce cadre, un statut juridique spécifique et favorable devrait voir le jour pour les images, les sons, les performances et les procédés spécifiques à l'expression artistique au nom de leur valeur particulière dans la construction du sens. Ce statut établirait une présomption favorable de contribution au débat d'intérêt général qui tienne compte de la difficulté d'appréhender leur valeur spécifique.

Section II. – L'obligation de respecter l'accès à l'information culturelle

629. Le droit de participer à la culture implique un droit de ne pas subir d'entraves dans l'accès au patrimoine et à la création. Cette liberté particulière recouvre plusieurs libertés, dont la liberté de recevoir des informations en matière culturelle. Le droit à la culture, qui la consacre explicitement, met en lumière cet aspect particulier de cette liberté, en l'établissant comme un droit à part entière. Cette

(2070) Comp. avec P. Kearns, *The Legal Concept of Art*, *op. cit.*, p. 204.
(2071) *Ibid.*, p. 197.

liberté est fondamentale pour le droit de participer à la vie culturelle, tant elle détermine les modalités d'accès et de participation.

630. Même si l'article 19 de la Constitution belge ne garantit pas explicitement le droit à recevoir des idées et des informations, il convient cependant, à notre sens, d'interpréter le droit à l'épanouissement culturel, inscrit à l'article 23 de la Constitution belge, comme impliquant la liberté de recevoir et de communiquer des informations et des idées en matière culturelle et d'accéder sans entraves au patrimoine culturel. Par ailleurs, en droit belge, la Cour de cassation, dans un arrêt du 25 septembre 2003[(2072)], a reconnu que le droit à la liberté d'expression garanti par différents instruments qui revêtent un effet direct en droit belge implique la liberté de recevoir des informations. Enfin, le Pacte international sur les droits civils et politiques comprend également la liberté de recevoir, de communiquer et de rechercher des informations et des idées[(2073)].

631. Grâce à ce recoupement avec le droit du public à l'information, le droit de recevoir et de communiquer des informations en matière culturelle est protégé au niveau du droit de la Convention européenne des droits de l'homme qui consacre explicitement, à l'article 10, un droit à recevoir des idées et des informations. La Cour européenne des droits de l'homme a affirmé très tôt que ce droit « interdit essentiellement à un gouvernement d'empêcher quelqu'un de recevoir des informations que d'autres aspirent ou peuvent consentir à lui fournir »[(2074)]. Ainsi, l'État ne peut en principe pas poser d'entraves à la libre communication des informations et des idées en matière culturelle sans violer cette liberté fondamentale, qui suit le régime général de la liberté de recevoir des informations et des idées.

(2072) Cass., 25 septembre 2003, *A&M*, 2004, n° 1, p. 29.

(2073) General Comment n° 10, Freedom of expression, art. 19, 19th session, 1983, § 2.

(2074) Cour eur. D.H., arrêt *Roche c. Royaume-Uni* du 19 octobre 2005, § 172 ; Cour eur. D.H., arrêt *Leander c. Suède* du 26 mars 1987, série A n° 116, p. 29, § 74 ; Cour eur. D.H., arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, § 52 ; Cour eur. D.H., arrêt *Guerra et autres c. Italie* du 19 février 1998, § 53.

SECTION III. – L'OBLIGATION DE RESPECTER L'ACCÈS AUX PATRIMOINES ET AUX CULTURES

632. Le droit de participer à la vie culturelle implique un autre droit fondamental : le droit de ne pas être entravé dans l'accès et la participation à la culture. L'obligation de respecter la liberté des individus d'accéder aux patrimoines et aux cultures de leur choix est, à notre sens, dotée d'un effet direct « au sens restreint » lorsqu'elle est considérée par rapport aux pouvoirs publics.

§ 1. *Les fondements de la liberté d'accéder aux patrimoines et aux cultures*

633. Le droit de participer à la culture implique un droit de ne pas subir d'entraves et d'accéder librement aux institutions de la culture et aux biens et services culturels mais également le droit de participer librement aux activités culturelles. Cette liberté particulière recouvre à la fois la liberté d'aller et venir, la liberté de circulation des biens et services culturels et la liberté de mouvement. Le droit à la culture revalorise cet aspect particulier de ces libertés, en les réunissant.

L'article 15 du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels met particulièrement bien en valeur cette liberté qui découle du droit à la culture en reconnaissant le droit de participer *librement* à la culture. Il est par ailleurs invoqué à plusieurs reprises dans l'Observation générale n° 21, qui établit « le droit de chacun d'accéder et de participer à des échanges d'informations variés et d'accéder aux biens et services culturels, considérés comme des vecteurs d'identité, de valeurs et de sens »[(2075)] et qui rappelle que « les États doivent respecter le libre accès des minorités à leur culture, leur patrimoine et autres formes d'expression qui leur sont propres, ainsi que le libre exercice de leur identité et de leurs pratiques culturelles »[(2076)].

634. Ce droit d'accéder au patrimoine et à la création est doté de l'effet direct « au sens restreint » lorsqu'il est opposé à l'État. Il recoupe alors la liberté de recevoir des idées et des informations garantie par la

(2075) Observation générale n° 21, E/C.12/GC/21, § 49, p. 12, b).
(2076) *Ibid*., § 49, d).

Convention européenne des droits de l'homme (voy., sur ce point, la section précédente). Enfin, le Pacte international sur les droits civils et politiques comprend également la liberté de recevoir, de communiquer et de rechercher des informations et des idées(2077).

La liberté d'accéder aux patrimoines et aux créations et de participer librement à la culture suit le même régime que la liberté de recevoir et de communiquer des informations et des idées. Ainsi, l'État doit s'abstenir de toute ingérence dans cette liberté, qui se présente comme l'aspect « passif »(2078) de la liberté artistique.

§2. *La portée de la liberté d'accéder aux patrimoines et aux cultures*

635. Le droit d'accéder et de participer à la culture implique le droit de ne pas subir d'entrave dans l'accès et la participation à la culture.

Ce droit découle à la fois du droit de participer à la vie culturelle et de la liberté de recevoir des informations et des idées. Rien n'exclut que la liberté de recevoir et de communiquer des informations et des idées concerne également les œuvres, et soit ainsi transposée dans le domaine de la culture en un droit d'accéder aux œuvres. À notre estime en effet, l'interdiction faite à l'État d'entraver la liberté de réception des idées et des informations existe aussi en matière culturelle et artistique.

636. L'arrêt *Akdas* de la Cour européenne des droits de l'homme a confirmé cette interdiction. Dans cet arrêt, commenté *supra*, la Cour a reconnu que « la portée de cette marge d'appréciation, en d'autres termes, la reconnaissance accordée aux singularités culturelles, historiques et religieuses des pays membres du Conseil de l'Europe, *ne saurait aller jusqu'à empêcher l'accès du public* d'une langue donnée, en l'occurrence le turc, *à une œuvre figurant dans le patrimoine littéraire européen* »(2079). L'originalité de l'arrêt *Akdas*

(2077) General Comment n° 10, Freedom of expression, art. 19, 19th session, 1983, § 2.

(2078) A. Strowel et F. Tulkens, « Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur. À propos de la liberté de créer et d'user des œuvres », in *Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, A. Strowel et F. Tulkens (dir.), Bruxelles, Larcier, 2006, p. 13.

(2079) Cour eur. D.H., arrêt *Akdas c. Turquie* du 16 février 2010, § 30. Nous soulignons.

réside dans ce que la Cour y est très explicite sur l'existence d'un droit du public d'accéder au patrimoine, en « mettant en évidence un aspect passif de la liberté d'expression : le droit du public à l'accès aux ouvrages du patrimoine »[(2080)]. Comme le souligne Arnaud Latil :

> « Ce droit d'accès évoque inévitablement le droit du public à l'information, également fondé sur l'article 10 de la Convention. Le droit du public à l'information et le droit d'accès aux ouvrages du patrimoine partagent une communauté de fondement et d'objet. Les deux droits reposent sur la composante 'passive' de la liberté d'expression, et visent à autoriser l'accès à des créations véhiculant une valeur informative ou culturelle »[(2081)].

Cet arrêt semble contredire l'idée suivant laquelle « un 'droit d'accès' aux œuvres ou aux informations qu'elles contiennent [...] ne peut, même de prime abord, être déduit de la CEDH ou du Pacte »[(2082)]. La Cour, en se fondant sur la liberté de diffuser les œuvres qu'elle avait déjà reconnue à de multiples reprises[(2083)], a en effet, dans l'arrêt *Akdas*, consacré de manière explicite un droit du public d'accéder au patrimoine littéraire européen et une exclusion de principe des entraves émanant des États. Ainsi, la liberté d'accéder au patrimoine culturel est tout à fait établie s'agissant des œuvres libérées du droit d'auteur.

637. Soulignons cependant que, d'emblée, la Cour reconnaît, dans l'arrêt *Akdas*, que ce droit peut faire l'objet de restrictions, comme d'ailleurs la facette active de la liberté d'expression[(2084)]. Ces restrictions sont relativement nombreuses en droit belge. Ainsi l'accès à certaines salles peut être interdit pour des motifs liés à la sécurité et à la protection contre l'incendie, une matière gérée par

(2080) A. Latil, *op. cit.*, p. 770.

(2081) *Ibid.*, p. 772.

(2082) F. Dubuisson, « Quand le 'droit' du public à l'information rencontre les 'droits' sur l'information : vrai ou faux débat ? », in *Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, *op. cit.*, p. 72.

(2083) Cour eur. D.H., arrêt *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche* du 25 janvier 2007, § 26 ; Cour eur. D.H., arrêt *Müller et autres c. Suisse* du 24 mai 1988, §§ 32-33, série A, n° 133.

(2084) A. Strowel et F. Tulkens, « Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur. À propos de la liberté de créer et d'user des œuvres », *op. cit.*, p. 13.

le fédéral[2085] mais également par les Régions, qui ont la compétence d'édicter des règlements régionaux sur les bâtisses concernant, notamment, toutes les dispositions générales de nature à assurer la sécurité – en particulier la protection contre l'incendie et l'inondation – des constructions, des installations et de leurs abords[2086]. Par ailleurs, la protection de la jeunesse peut venir justifier des restrictions à cette liberté d'accès[2087]. Enfin, un troisième motif de limitation se situe au niveau de la sécurité publique. Dans des arrêts retentissants, le Conseil d'État a eu l'occasion de se pencher sur les limitations à la liberté de participer et d'accéder aux activités culturelles par le biais de la police des spectacles exercée par le collège des bourgmestre et échevins, en l'examinant sous l'angle de la liberté de l'artiste de s'exprimer[2088]. Nous avons cependant déjà eu l'occasion de préciser que cette police des spectacles est fortement limitée par la liberté d'expression[2089].

638. Il s'agit cependant de ne pas conférer une portée erronée au droit d'accéder sans entraves au patrimoine et à la création. Ce droit concerne, dans l'arrêt *Akdas*, une œuvre relevant du domaine public : l'application des droits d'auteur était donc exclue. Dès lors, le droit d'accès au patrimoine est opposé, dans cet arrêt, non pas à des droits d'auteur, mais à une valeur collective, la morale. Ainsi, dans le cas d'espèce, « le droit d'accès du public n'est plus confronté à un intérêt individuel (le droit des auteurs), mais à un intérêt collectif (la protection de la morale) »[2090]. Cet arrêt ne porte pas sur la question de savoir si la liberté de recevoir et de communiquer des informations « s'applique à des œuvres, sur lesquelles l'auteur s'est vu reconnaître, par les conventions internationales pertinentes, des droits *exclusifs* »[2091].

(2085) *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1970-1971, Rapport fait au nom de la Commission de révision de la Constitution par M. Van Bogaert, 497, RA 8633, p. 3.

(2086) C.C., arrêt n° 25, du 26 juin 1986, 2.B.3.

(2087) C.E. (15e ch.), arrêt *S.A. Cineart et autres*, n° 137.262, du 18 novembre 2004, p. 8.

(2088) C.E. (6e ch.), arrêt *S.P.R.L. Bonnie production–Dieudonné*, n° 146.226, du 17 juin 2005, p. 6, *R.R.D.*, 2005, liv. 116, p. 284.

(2089) G. Ninane, « Une police administrative des spectacles ligotée par le droit fondamental à la liberté d'expression », *op. cit.*, pp. 939-947.

(2090) A. Latil, *op. cit.*, p. 772.

(2091) F. Dubuisson, « Quand le 'droit' du public à l'information rencontre les 'droits' sur l'information : vrai ou faux débat ? », *op. cit.*, p. 95.

SECTION IV. – L'OBLIGATION DE PROTÉGER LA LIBERTÉ ARTISTIQUE ET LA PARTICIPATION ACTIVE CONTRE LES EXCÈS DU DROIT D'AUTEUR

639. La liberté artistique et la participation à la culture sont non seulement dotées d'un effet direct au sens restreint en ce qui concerne les obligations de « respecter » mais également en ce qui concerne une obligation de « protéger » particulière : l'État a l'obligation de protéger la liberté artistique d'une intrusion trop importante des ingérences des individus, notamment par le biais des droits d'auteur.

§ 1. *La contextualisation de l'obligation de protéger la liberté artistique*

640. Selon Alain Strowel et François Tulkens, en cas de conflit entre la liberté artistique et droit d'auteur, une « balance pour la création »[(2092)] doit être mise en place. Quand « aucun substitut à l'expression protégée ne peut être réalisé »[(2093)], il faudrait pour ces auteurs, appliquer un test qui prenne en compte l'élément de substituabilité et donc la possibilité et le coût de développer des formes alternatives d'expression[(2094)]. Sur ce point, il semble que ces auteurs sont suivis.

Là où la doctrine est divisée, c'est sur l'opportunité d'une mise en balance « externe » : certains auteurs estiment que le droit d'auteur internalise déjà suffisamment les intérêts de la liberté d'expression dans le régime des exceptions et des limites au droit d'auteur[(2095)]. D'autres considèrent que la liberté d'expression doit être prise en compte comme étant la règle et le droit d'auteur

(2092) A. STROWEL et F. TULKENS, « Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur. À propos de la liberté de créer et d'user des œuvres », *op. cit.*, p. 10.

(2093) *Ibid.*, p. 18. Selon ces auteurs, il faudrait alors appliquer un test qui prenne en compte l'élément de substituabilité et donc la possibilité de développer des formes alternatives d'expression.

(2094) Ils considèrent toutefois que ce test ne peut pas justifier l'idée de copier des œuvres par manque de temps ou d'énergie mais qu'il faut mettre en balance le temps et l'investissement que des individus doivent fournir pour créer des formes alternatives à celles protégées.

(2095) A. LUCAS, « Droit d'auteur, liberté d'expression et 'droit du public à l'information' (libres propos sur deux arrêts des Cours de cassation belge et française) », *op. cit.*, p. 18.

comme une exception à interpréter, en conséquence, de manière restrictive.

641. À notre sens, le juge peut légitimement mettre en œuvre une mise en balance externe parce que l'obligation de protéger la liberté artistique et la participation active à la culture est suffisamment contextualisée en droit belge pour qu'il puisse reconnaître un titre à statuer au titulaire de la liberté artistique sans méconnaître le principe de séparation des pouvoirs. En effet, de nombreuses dispositions internes détaillent ce droit. Par ailleurs, les institutions judiciaires sont aptes à honorer la prétention ainsi reconnue. Aucune modification normative lourde ne devra être menée en conséquence. Enfin, la séparation des pouvoirs ne sera, à notre sens, pas malmenée par la reconnaissance d'un droit subjectif découlant de l'obligation de protéger la liberté artistique et la participation à la culture face aux droits d'auteur. Cette reconnaissance a d'ailleurs déjà été effectuée par certains juges minoritaires qui n'ont pas hésité à convoquer directement la liberté artistique pour justifier des limites au droit d'auteur.

A. **Le droit belge**

642. En droit belge, la loi sur le droit d'auteur contextualise avec précision l'obligation de protéger la liberté artistique dans les limites posées au droit d'auteur au profit de la liberté d'expression. Nous étudions *infra* chacune de ces limites, qui ne peuvent être revendiquées que lorsque l'œuvre a été licitement publiée[2096].

1. La citation

643. Pour être admise, la citation doit être brève[2097] et viser un but « de critique, de polémique, de revue, d'enseignement, ou dans

(2096) Art. 22, § 1er, de la LDA.

(2097) Quant au caractère bref de la citation, selon Alain Berenboom, même si la loi de 2005 a supprimé l'exigence de brièveté de la citation, « l'utilisation du substantif 'citation' suppose que l'œuvre ainsi reproduite le soit de façon limitée, dans la mesure nécessaire à son objet ; autrement dit l'extrait de l'œuvre doit rester bref, il ne se suffit pas à lui-même ». Voy. A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 171, n° 93. Séverine Dusollier considère plus largement que « la notion même de citation vise une référence à une œuvre existante pour formuler un discours prenant appui sur celle-ci,

des travaux scientifiques, conformément aux usages honnêtes de la profession et dans la mesure justifiée par le but poursuivi »[2098]. L'usage de l'exception de citation sera limité dans le cas d'une œuvre d'appropriation qui ne se limite pas à utiliser des références pour illustrer son message. En effet, ce qui est au cœur même de l'œuvre contemporaine d'appropriation c'est l'utilisation de l'œuvre originale pour transformer, par le décalage et la critique, le regard du spectateur sur la société et pas sur l'œuvre originale[2099]. S'agissant des œuvres plastiques, elles peuvent être reproduites dans un but de critique ou de polémique mais il faut que cette reproduction « s'inscrive dans le cadre plus vaste d'un apparat critique et qu'elle ne viole pas la règle des trois étapes »[2100]. Le collage n'est ainsi pas admis : l'œuvre résultant d'un collage d'œuvres encore protégées constitue une œuvre dérivée qui est soumise à l'autorisation des auteurs des peintures utilisées et non une citation[2101].

2. La parodie

644. L'article 22, § 1er, 6°, LDA prévoit que l'autorisation de l'auteur ne doit pas être demandée pour « la caricature, la parodie ou le pastiche, compte tenu des usages honnêtes ». La loi de 1994 a inscrit la parodie, le pastiche et la caricature dans les exceptions aux droits d'auteur. Cette inscription vise « une forme particulière de critique qui, au lieu d'être scientifique, fait appel à l'imaginaire »[2102] et qui doit respecter les « lois du genre ». Les critères permettant d'identifier la parodie charrient bon nombre de paradoxes[2103]. À la suite de Dirk Voorhof et Alain Berenboom, il est

l'utilisant à des fins d'illustration » (S. Dusollier, « Le droit d'auteur et l'appropriation artistique », *Art'Icle*, février 2006, pp. 8-9).

(2098) Ces citations doivent « faire mention de la source et du nom de l'auteur, à moins que cela ne s'avère impossible » (voy. art. 21, LDA).

(2099) S. Dusollier, « Le droit d'auteur et l'appropriation artistique », *op. cit.*, pp. 8-9.

(2100) A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 172, n° 93.

(2101) Civ. Bruxelles, 2 mars 1999, *A&M*, 1999, p. 367.

(2102) A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 175, n° 96.

(2103) D. Voorhof, « La liberté d'expression est-elle un argument légitime ? La parodie en tant que métaphore », in *Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones d'Europe et d'ailleurs*, *op. cit.*, pp. 61-62.

possible d'identifier les critères qui rentrent en compte dans ce que les juges appellent « les lois du genre ». D'abord, une reproduction de l'œuvre travestie est nécessaire pour qu'il y ait parodie, mais il ne peut y avoir plagiat[2104]. La parodie doit « être elle-même une œuvre originale : l'auteur de la parodie doit montrer une facture personnelle et être suffisamment éloignée de l'œuvre d'origine »[2105]. De plus, l'emprunt doit être « significatif » mais, s'il peut y avoir ressemblance, il ne peut y avoir ni confusion, ni dénigrement, ni atteinte à l'auteur pastiché : l'auteur ne peut qu'« emprunter les éléments apparents de l'œuvre et strictement nécessaires à la caricature pour ne pas entraîner de confusion »[2106]. Enfin, la parodie se doit d'être humoristique et critique vis-à-vis de l'œuvre existante : elle doit avoir pour but de railler cette dernière, mais elle ne peut être diffamatoire[2107]. Elle doit avoir un « ton humoristique » et remplir une « fonction critique »[2108]. Dans cet esprit, les tribunaux ont plus d'une fois toléré des parodies de marques en refusant le qualificatif de concurrence déloyale[2109]. Par ailleurs, un critère économique, d'impact sur le marché, est souvent mis en œuvre : la mesure de l'étendue de l'atteinte aux droits de l'auteur reste importante.

L'exception de parodie profite à la création artistique comme à d'autres formes d'expression. Cependant, remarquons que cette exception n'est pas toujours aisément applicable aux œuvres d'art transformatives nées de matériaux existants et qui ne visent pas

(2104) Alain Berenboom souligne ainsi que la parodie peut comporter « l'essentiel des traits extérieurs de l'ouvrage critiqué [...] pourvu que ces emprunts soient limités à ce qui est nécessaire pour permettre la critique satirique ». (A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 176, n° 96). Ainsi, dans l'affaire de la parodie de *Miffy* sur la couverture du magazine *Deng*, le juge a considéré qu'il y avait eu trop d'emprunts à l'œuvre originale. Civ. Anvers, 12 mai 2005, *A&M*, 2005, n° 4, p. 304. D. Voorhof, « Konijn beschermd door auteursrecht Nijntje mag van rechter geen drugs gebruiken », *De Juristenkrant*, n° 112, pp. 1 et 12.

(2105) A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 177, n° 96. Voy. également la jurisprudence citée par l'auteur.

(2106) *Ibid*.

(2107) Ainsi, le créateur ne peut diffamer l'œuvre de l'auteur.

(2108) A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 177, n° 96. Voy. également la jurisprudence citée par l'auteur.

(2109) Bruxelles, 22 décembre 2004, *A&M*, 2005, p. 123 ; voy. notamment, sur cet arrêt, P. Martens, « L'art et le droit », in *L'art et le droit*, G. Keutgen (dir.), Bruxelles, Larcier, 2010, p. 23.

tellement à parodier mais plutôt à mettre en perspective voire à rendre hommage à l'œuvre à la source du travail artistique.

Un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 17 juin 2007[(2110)] semble toutefois permettre de dépasser ces difficultés et paraît reconnaître un effet direct au sens restreint à l'obligation de protéger la liberté artistique. Étaient en cause deux peintures d'Ahlberg, un artiste danois. L'exposition de ces tableaux en 1998 a été perturbée par les lettres recommandées de la société *Moulinsart*, qui ont poussé la galerie *Racines et L'Œil* à retirer les tableaux. En 2002, la galerie, en coopération avec l'ambassade du Danemark, décide d'exposer à nouveau deux œuvres d'Ahlberg. Le premier s'intitule « [R]eprésentation interdite » et « met en scène les détective(s) Dupont (et/ou) Dupond se démultipliant, dans un univers qui évoque celui du peintre René Magritte dans la toile intitulée 'Golconde', réalisée en 1953 ». Le deuxième représente « le capitaine Haddock tombant à la renverse devant le tableau d'une femme dans une position et tenue érotique »[(2111)]. La société Moulinsart décide d'envoyer un huissier de justice sur les lieux, et s'associe au légataire des droits de Magritte pour réclamer, sur la base des droits d'auteur – et, pour Hergé, des droits moraux[(2112)] – l'interdiction d'exposer les tableaux et la destruction de ceux-ci.

En réaction, l'artiste plasticien intente une action en cessation prévue par l'article 87, § 1er, de la LDA pour atteinte à ses droits d'auteur. Considérant que les œuvres relevaient de la liberté d'expression de l'artiste[(2113)], les juges de la Cour d'appel estiment que l'auteur a un droit subjectif à s'opposer aux atteintes à ses

(2110) Le tableau « Visite impromptue », « représente de façon hyperréaliste le personnage de Tintin [...] dans une position exprimant la surprise ou l'étonnement, face à un tableau qui réalise la fusée lunaire rouge et blanche bien connue des albums *Objectif Lune* et *On a marché sur la Lune*, placée entre les pieds d'une femme se déplaçant en talons aiguilles et jarretelles ». L'autre tableau s'appelait « Sight seeing » et représentait « Tintin et Milou contemplant un ciel aux formes suggestives », Bruxelles, 22 décembre 2007, *A&M*, 2008, n° 1, p. 24.

(2111) Bruxelles, 22 décembre 2007, *A&M*, 2008, n° 1, p. 24.

(2112) La demande se fonde notamment sur la violation du droit moral d'Hergé en raison de « la présentation des personnages d'Hergé dans un contexte à forte connotation sexuelle » (Bruxelles, 22 décembre 2004, *A&M*, 2008, n° 1, p. 24).

(2113) Bruxelles, 22 décembre 2007, *A&M*, 2008, n° 1, p. 26.

œuvres[2114]. La Cour juge que les « pressions lourdes » que les deux intimés ont exercées « pour obtenir, dans l'urgence mais sans recourir d'office au juge, le retrait des toiles contestées », constituent des atteintes à son « droit de communiquer des œuvres au public »[2115]. À notre sens, la Cour a, dans cette affaire, reconnu un effet direct « au sens restreint » au droit à une protection de la liberté artistique.

Pour reconnaître cet effet direct, la Cour a dû inaugurer une nouvelle interprétation de la parodie car les œuvres en cause ne visaient pas à se moquer des réalisations d'Hergé ou de Magritte et n'avaient pas de connotation humoristique : la Cour a cependant considéré qu'elles ressortaient de l'exception de parodie[2116]. La Cour a considéré que l'humour ne peut « être réduit à la qualité de ce qui provoque le rire » mais qu'il est plutôt « la forme d'esprit qui consiste à présenter les choses de manière à en dégager les aspects plaisants et insolites » et que l'humour « peut être noir et froid »[2117]. C'est par cette nouvelle approche de l'humour que les associations d'images contenues dans les œuvres ont pu être considérées comme ayant un « caractère humoristique », car étant « absurdes et burlesques si on les met en relation avec l'œuvre originale » puisque « chacun sait que l'érotisme et la pornographie ne font pas partie des sources d'inspiration du célèbre dessinateur »[2118]. Dans cet arrêt, la Cour d'appel libère les artistes de l'obligation d'attendre qu'une œuvre tombe dans le domaine public pour l'utiliser[2119]. Elle donne ainsi une protection juridique aux mécanismes artistiques

(2114) *Ibid*.

(2115) Bruxelles, 22 décembre 2007, *A&M*, 2008, n° 1, p. 27.

(2116) *Ibid*., pp. 26-27 : « Contrairement à ce que prétendent les intimés, pour qu'il y ait parodie, il n'est pas requis que l'œuvre qui emprunte des éléments à une œuvre préexistante soit perçue comme une critique de l'œuvre première ou comme l'expression d'un mépris ou d'un dédain envers l'œuvre particulière ou d'une intention de tourner l'auteur de l'œuvre première en ridicule [...]. Pour examiner le caractère parodique d'une œuvre, il importe d'avoir égard aux sentiments que suscitent respectivement l'œuvre première et l'œuvre qui emprunte des éléments à l'œuvre première puisqu'il s'agit de vérifier si l'emprunt est perçu par l'observateur comme impertinent, extravagant, insolent. Il est clair qu'en l'espèce, la réunion de l'image de personnages ou d'objets de la création d'Hergé à l'image de fantasmes érotiques ou à l'image du monde mystérieux des toiles de Magritte interpelle, choque, et déroute ».

(2117) Bruxelles, 22 décembre 2007, *A&M*, 2008, n° 1, p. 27.

(2118) *Ibid*.

(2119) D. Voorhof, « Parodie, kunstvrijheid en auteursrecht », *A&M*, 2008, n° 1, p. 36.

contemporains de réappropriation, en permettant aux personnages de Tintin et à l'œuvre de Magritte de vivre une « seconde vie » transformés en icônes et en symboles[2120].

3. Autres exceptions

645. L'article 21 comprend également d'autres exceptions au profit de la liberté artistique, qui contextualisent l'obligation de protéger cette liberté. Ainsi, il existe une dérogation pour l'anthologie lorsqu'elle est « destinée à l'enseignement qui ne recherche aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect » mais cette dérogation « requiert l'accord des auteurs dont des extraits d'œuvres sont ainsi regroupés »[2121]. Ces anthologies doivent impliquer une rémunération équitable des auteurs. Quant à la reproduction provisoire, elle est autorisée à certaines conditions[2122]. Cette reproduction est analysée dans le point concernant le droit d'accéder aux œuvres et aux patrimoines mais elle peut concerner, indirectement, la création. Enfin, l'article 22, § 1er, 1°, autorise la reproduction d'une œuvre dans des comptes rendus d'événements d'actualité :

(2120) *Ibid*. Par ailleurs, Dirk Voorhof souligne que Magritte lui-même était friand de ce genre de procédé et qu'il l'a utilisé sur des œuvres du domaine public.

L'arrêt de la Cour est également exemplaire en ce qui concerne la revendication liée au droit moral. Les ayants droit d'Hergé estimaient que les œuvres d'Ahlberg constituaient une violation du droit moral d'Hergé sur son œuvre parce qu'Ahlberg plaçait les œuvres dans un contexte « inapproprié » en l'espèce, érotique ou pornographique. La Cour refuse de juger de ce qui relève « dans le domaine de l'art, du 'bon goût' ». Son seul angle d'appréciation est le suivant : les juges estiment qu'il n'y a pas de preuve d'atteinte à l'honneur et à la réputation d'Hergé, « dès lors que chacun sait que l'érotisme et la pornographie ne font pas partie des sources d'inspiration du célèbre dessinateur » (*ibid*., p. 27).

(2121) Après le décès de l'auteur, le consentement de l'ayant droit n'est pas requis à condition que le choix de l'extrait, sa présentation et sa place respectent les droits moraux de l'auteur et qu'une rémunération équitable soit payée, à convenir entre parties ou, à défaut, à fixer par le juge conformément aux usages honnêtes.

(2122) Art. 21, § 3 : « L'auteur ne peut pas interdire les actes de reproduction provisoires qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre :

– une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ; ou

– une utilisation licite d'une œuvre protégée, et qui n'ont pas de signification économique indépendante ».

le droit d'auteur ne peut s'opposer à « la reproduction et la communication au public, dans un but d'information, de courts fragments d'œuvres ou d'œuvres plastiques dans leur intégralité à l'occasion de comptes rendus d'événements de l'actualité »[2123].

646. L'article 22, § 1er, 2° prévoit également que « la reproduction et la communication au public de l'œuvre exposée dans un lieu accessible au public, lorsque le but de la reproduction ou de la communication au public n'est pas l'œuvre elle-même ». *A contrario*, lorsque le but de la reproduction ou de la communication est l'œuvre elle-même, comme dans le cas de photographies, de cartes postales ou de publicités, le consentement de l'auteur d'une sculpture installée dans un lieu public, mais aussi celui de l'auteur de peintures murales doit être obtenu[2124].

647. L'ensemble de ces dispositions légales précisent à notre sens suffisamment l'obligation de protéger la liberté artistique et la participation « active » à la culture pour que le juge puisse tirer de cette contextualisation un titre à statuer pour le justiciable sans contrevenir au principe de séparation des pouvoirs. En effet, il ressort de la précision du droit belge sur ce point une volonté de garantir une protection à la liberté artistique contre les excès du droit d'auteur. Ainsi, il faut considérer que l'obligation de protéger la liberté de créer est dotée, en droit belge, d'un effet direct, comme semble d'ailleurs le confirmer l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles. La vision de la Cour de cassation, qui a jugé que « le droit de liberté d'expression, garanti à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'article 19 du Pacte international sur les droits civils et politiques ne s'oppose pas à la protection d'une œuvre littéraire ou artistique par le droit d'auteur »[2125], doit être dépassée. Cette affirmation de la Cour présente un certain aveuglement face à la complexité des droits fondamentaux à leurs interdé-

(2123) Les œuvres reproduites « ne peuvent constituer que l'accessoire du reportage et non son objet principal » et la source et l'auteur doivent être mentionnés : voy. A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, pp. 173-174, n° 94.

(2124) A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 174, n° 95.

(2125) Cass., 25 septembre 2003, *A&M*, 2004, n° 1, p. 29. A. Lucas, « Droit d'auteur, liberté d'expression et 'droit du public à l'information' (libres propos sur deux arrêts des Cours de cassation belge et française) », *op. cit.*, p. 13.

pendances et à leurs possibles contradictions, qui doit être traitée par la mise en œuvre des règles des conflits de droit.

B. **Le droit de la Convention européenne des droits de l'homme**

648. À notre connaissance, la Cour n'a jamais eu à traiter de conflit entre droit d'auteur et liberté d'expression. Par contre, elle a déjà eu l'occasion de constater que le droit d'auteur est protégé dans la Convention par l'article 1er du 1er Protocole additionnel(2126). La Cour a également considéré que l'article 1er impose une mise en balance du droit d'auteur considéré comme un bien et l'intérêt public(2127). Ainsi, la Cour européenne laisse entendre que « l'intérêt général [peut] dans des circonstances exceptionnelles s'imposer à la protection du droit d'auteur »(2128).

C. **Le droit comparé**

649. En droit français, les exceptions aux droits d'auteur en faveur de la liberté artistique et de la participation à la culture sont, comme en droit belge, « internalisées »(2129). Quant au droit des marques, il ne connaît pas légalement l'exception de parodie. Cependant, la

(2126) Voy. notamment Cour eur. D.H. (G.C.), arrêt *Anheuser-Busch c. Portugal* du 11 octobre 2005.

(2127) Cour eur. D.H., arrêt *X. c. Moldavie* du 29 janvier 2008.

(2128) A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 168, n° 92.

(2129) Le Code de la propriété intellectuelle instaure certaines exceptions au profit du titulaire de la liberté d'expression. Voy., pour une analyse approfondie de ces exceptions jusqu'en 2004, C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Paris, L.G.D.J., 2004, pp. 224-234, nos 241-261. Ainsi, en vertu de l'article L. 222-5, sont autorisées, lorsque l'œuvre a été divulguée, sous réserve de mention de la source : les courtes citations, les diffusions de discours destinés au public, et les reproductions d'œuvres d'art graphique ou plastique figurant dans le catalogue d'une vente aux enchères publiques. La loi DADVSI du 1er août 2006 ne reprend cependant pas l'exception établie par la jurisprudence au profit de ceux qui utilisent des œuvres comme élément accessoire d'une photographie, et non comme objet principal.

En ce qui concerne la parodie, l'article L. 222-5-4° prévoit que l'auteur doit accepter la parodie, le pastiche et la caricature de l'œuvre. La liberté d'expression prévaut ici sur les droits d'auteur, pour autant que l'œuvre parodique ne porte pas confusion avec l'œuvre parodiée et qu'il y ait une intention humoristique ou satirique de la part de l'auteur de la parodie (C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, *op. cit.*, pp. 231-232, n° 260).

jurisprudence a, dans certains cas, conféré un effet direct à l'obligation de protéger la liberté artistique en appliquant les critères de la parodie pour apprécier la question de l'existence d'une violation du droit des marques[2130]. Selon Christophe Geiger, ces procès semblent impliquer que, « même en l'absence d'une disposition particulière, le droit exclusif puisse céder lorsque les impératifs de la liberté d'expression et du droit du public à l'information l'exigent »[2131].

650. La relation entre droits d'auteur et droits de l'homme, et en particulier la confrontation entre droit d'auteur et liberté d'expression, est l'objet d'une vive polémique aux États-Unis, où les auteurs s'affrontent parfois durement[2132]. Ce conflit, comme en droit civil,

(2130) Voy. les affaires *Danone*, *Esso* et *Aveva* commentées et analysées dans A. Strowel et F. Tulkens, « Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur », *op. cit.*, pp. 24-27. Voy. C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, *op. cit.*, p. 232, n° 260.

(2131) C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, *op. cit.* p. 232, n° 260.

(2132) Voy. L. R. Helfer, « Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence? », *Minn. Intell. Prop. Rev.*, 2003, n° 47, p. 5 ; L. R. Helfer, « Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property », *U.C. Davis L. Rev.*, 2007, n° 40, p. 971 ; P. K. Yu, « Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework », *U.C. Davis L. Rev.*, 2007, n° 40, p. 1039 ; E. Meyers, « Art on Ice : The Chilling Effect of Copyright on Artistic Expression », *Col. J. L. & Arts*, hiver 2007, Vol. 30, n° 2, pp. 219-243 ; M. B. Nimmer, « Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press ? », *UCLA Law Review*, juin 1970, Vol. 17, n° 6, p. 1189 ; P. Bender, « Copyright and the First Amendment After *Eldred v. Ashcroft* », *Col. J. L. & Arts*, 2006-2007, Vol. 30, pp. 349-354 ; J. C. Ginsburg, « Copyright Use and Excuse on the Internet », *Col. J. L. & Arts*, 2000, Vol. 24, pp. 22-24, pp. 29-42.

Voy., sur l'empiètement du *copyright* sur les processus d'épanouissement des individus par l'expression et la communication artistique (contesté, certains considérant que cet aspect est « consumériste »), P. Loughlan, « Copyright Law, Free Speech and Self-Fulfilment », *Sydney Law Review*, 2002, n° 24, pp. 427-441.

Voy., sur le conflit entre *copyright* et *moral rights*, qui sont progressivement reconnus et étendus par le Congrès des États-Unis, K. A. Kelly, « Moral Rights and the First Amendment : Putting Honor Before Free Speech ? », *U. Miami Ent. & Sports L. Rev.*, 1993-1994, pp. 211-250 (dénonçant le déséquilibre initié par Vaca sur la liberté d'expression).

Voy. les propositions d'alternatives de P. Bernt Hugenholtz & Ruth L. Okediji, qui émanent du A2K mouvement pour l'accès au savoir, et qui tentent de rééquilibrer le copyright et la liberté d'expression, qui tentent de concilier à la fois les juristes critiques du *copyright* et les « droits de l'hommistes » : Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright 10 (2008), http://www.ivir.nl/publicaties/hugenholtz/finalreport2008.pdf. 1K2 ; et

est d'ailleurs plutôt traité sous l'angle des limites internes au droit d'auteur et de la doctrine du « fair use »[2133]. Dans l'application de cette doctrine il arrive que les juges se réfèrent au Premier amendement. Ainsi, une juridiction d'appel a déjà considéré que « l'esprit du Premier amendement s'applique au *copyright* du moins dans la mesure où les tribunaux ne devraient pas tolérer la moindre tentative d'interférence avec le droit du public à être informé à propos des matières d'intérêt général »[2134]. Un arrêt de la Cour suprême, rendu en 1985, confirme ainsi que la doctrine de l'« usage loyal » est l'unique moyen pour prendre en compte la liberté d'expression face au *copyright*[2135].

Treaty on Access to Knowledge (May 9, 2005) (draft), http://www.cptech.org/a2k/a2k_treaty_may9.pdf.

L'article de Mary W. S. Wong, « Toward an Alternative Normative Framework for Copyright : From Private Property to Human Rights », *Cardozo Arts & Ent. L.J.*, 2009, n° 26, p. 775.

Voy., sur la question particulière de l'utilisation d'images artistiques à des fins de commercialisation et sur l'appréhension du discours commercial, J. C. Ginsburg, « Exploiting The Artist's Commercial Identity : The Merchandizing of Art Images », *Col. J. L. & Arts*, 1994-1995, Vol. 19, pp. 1-22.

Voy., sur des propositions pour rendre le copyright « aimable » aux utilisateurs de la sphère internet, J. Litman, *Digital Copyright,* 2001 (L'auteure propose dans un premier temps, de libérer la sphère internet des *copyrights*…).

(2133) Le Copyright Act dispose, dans sa section 107, que l'utilisation loyale d'œuvres protégées ne constitue pas une violation des droits d'auteur. Ainsi, par exemple, l'utilisation dans un but éducatif, de recherche, de critique, de parodie ne viole pas les droits d'auteur. Cette doctrine de l'« usage loyal » et l'application souple qui en est faite, permet de concilier droits d'auteur et liberté d'expression. Voy. notamment, sur cet équilibre, M. B. Nimmer, « Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press ? », *op. cit.*, p. 1189. Une série de critères ont été établis pour déterminer si l'utilisation en cause ressort du « fair use ». L'interprète doit tenir compte du but et de la nature de l'utilisation. Ainsi, l'objectif commercial est pris en compte. Par ailleurs, la nature de l'œuvre protégée est prise en compte et son degré d'originalité. De même la grandeur de l'utilisation de l'œuvre protégée importe également. La Cour suprême a eu l'occasion de préciser que si l'emprunt est essentiel à l'œuvre, même si ce n'est qu'un petit emprunt, il peut être punissable. L'effet sur le marché économique est un facteur tout à fait primordial dans l'étude.

(2134) *Rosemont Enterprises v. Random House*, 366 F. 2d 303, 2d Circ. 1966, cert. denied, 395 US 1009 (1967), cité dans C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, *op. cit.*, pp. 409-410, n[os] 486-487. Nous reprenons la traduction de l'auteur. Voy. également H. B. Abrams, « Copyright, Misappropriation and Preemption : Constitutional and Statutory Limits of State Law Protection », *The Supreme Court Review*, 1983, pp. 509-581.

(2135) *Harper & Row Publishers Inc. v. Nation Enterprise*, 471 U.S. 539, 1985 et aussi *J.D. Salinger v. Random House*, 811 F. 2d 90 (2d Circuit Court 1987), 484

À la suite des modifications des lois américaines relatives au *copyright*[2136], la littérature a réclamé une extension des cas couverts par cette doctrine du « fair use »[2137] et la reconnaissance d'autres limites au *copyright* que celles autorisées par cette dernière. L'idée est de mettre en valeur des utilisations, dans des œuvres transformatives, d'autres œuvres, même si, parfois, cette utilisation poursuit un but commercial afin de donner « more honor to harmless uses – uses that produce results that are Pareto superior to nonuse »[2138]. La Cour suprême a partiellement répondu à ces objections de la doctrine. Ainsi, elle a nuancé l'application du *copyright* en construisant une interprétation favorable à la liberté d'expression artistique et aux œuvres transformatives. Dans l'affaire *Campbell v. Acuff-Rose Music Inc.*, la Cour suprême a ainsi considéré qu'une version rap et parodique de la chanson « Oh Pretty Woman » respectait les critères de l'« usage loyal ». La Cour a estimé que cette chanson ne constituait pas une violation des droits d'auteur, rappelant que le quatrième critère de la doctrine de l'usage loyal, qui concerne le préjudice à l'exploitation de l'œuvre initiale, n'est pas plus important que les autres[2139] et que l'ensemble des critères de la doctrine

U.S. 890 (1987), cité par C. Geiger *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, *op. cit.*, p. 410, n° 488.

(2136) Voy. notamment K. Aoki, « Authors, Inventors and Trademarks Owner : Private Intellectual Property and the Public Domain Part I », *Col. VLA J. L. & Arts*, 1992-1994, n° 18, pp. 1-73.

(2137) Voy., par exemple, pour le cas particuliers des documentaires ou des films historiques, E. High, « Holding History Hostage : Fair use in the Context of Historical Documentary », *Temple Political and Civil Rights Law Review*, 2009, n° 18, pp. 753-781. L'auteure plaide en faveur d'une consolidation de l'extension de la doctrine de l'usage loyal aux documentaires historiques et aux autres formes d'œuvres ayant des buts éducatifs. Elle considère que cette extension doit être confirmée dans une définition plus large et plus assurée de la doctrine du *fair use*, afin d'éviter que l'incertitude règne sur les initiateurs de films ou de documentaires historiques. Elle étudie l'échec d'initiatives intéressantes de transmission de l'histoire se heurtant aux *copyrights* car certains fragments de cette histoire sont encore couverte par le *copyright*, comme par exemple le discours de Martin Luther King « I have a dream... ». Elle conclut que la créativité en ce domaine serait stimulée si les créateurs et producteurs de films et documentaires historiques savaient précisément ce qui reste couvert par le *copyright* et ce qui relève de la *Fair Use Doctrine*.

(2138) W. J. Gordon, « Harmless Use : Gleaning from Fields of Copyrighted Works », *Fordham L. Rev.*, 2009, n° 77, pp. 2411-2436.

(2139) Il s'agit là d'un revirement de jurisprudence, comme le souligne C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, op. cit.*, p. 411.

de l'usage loyal doivent être interprétés par rapport au but du copyright : « to promote science and the arts, is generally furthered by the creation of transformative works »[(2140)]. Cette jurisprudence, confirmée dans *Suntrust*[(2141)], ne semble toutefois pas valoir en ce qui concerne toutes les œuvres d'appropriation, puisqu'elle a été exclue pour le *sampling*[(2142)] malgré sa fondamentalité dans le développement du rap et du hip hop[(2143)].

Parallèlement à cette protection par la doctrine de l'usage loyal de certaines œuvres d'appropriation, soulignons que la Cour, dans

(2140) *Campbell v. Acuff-Rose Music Inc*., 510 U.S., 569, 114, 1994.

(2141) *Suntrust* et la parodie « The Wind Gone Done ». Voy. également certaines décisions des cours inférieures se montrant plus sensibles à la question des œuvres d'appropriation. Confirmant une jurisprudence favorable aux œuvres transformatives, la US States Court of Appeal du Eleventh Circuit a ainsi réformé le jugement de la District Court de Géorgie du Nord par lequel étaient interdites les production, distribution et vente du livre *Le vent y en a pa'ti*, parodie de *Autant en emporte le vent*. La Cour a considéré que cette interdiction constituait une « prior restraint » incompatible avec le Premier amendement. Voy. C.A. Eleventh Circuit 25 mai 2001, http://www.ca11.uscourts.gov/, cité dans D. Voorhof, « La liberté d'expression est-elle un argument légitime ? », *op. cit.*, p. 44.

(2142) Le sampling est une technique de création qui se développe à partir du collage électronique d'extraits musicaux. Dans la décision *Bridgeport Music* les juges ont en effet clarifié l'état du droit en établissant que les auteurs d'un *sampling* (en l'occurrence, de deux secondes) qui ne bénéficie pas de l'autorisation de l'auteur de l'œuvre originale, commettent purement et simplement une violation du *copyright*. Voy. *Bridgeport Music, Inc v. Dimension Films*, 383 F. 3d 390, 398, 6th Circ. 2004. Au paragraphe 398, il est clairement établi que le *sample* sans autorisation est une violation des *copyrights*. Voy., sur cet arrêt, deux opinions opposées : L. B. Minc, « Clarity to Litigation Concerning Digitally Sampling Sound Recordings : Get a License or Do Not Sample – The *Bridgeport Music* Decision », *De Paul LCA J. Art & Ent. L.*, 2004-2005, n° 15, pp. 329-345 et C. Bartlett, « Bridgeport Music's Two-Second Sample Rule Puts the Big Chill on the Music Industry », *De Paul LCA J. Art & Ent. L.*, 2004-2005, n° 15, pp. 301-327.

(2143) Pour certains, le traitement actuel du *sampling* par les juridictions américaines est symptomatique d'une dérive du *copyright* contre la création artistique : il est en réalité presque impossible de créer des œuvres de *sampling* sans opérer une violation des *copyrights* – sauf dans le cas de l'autorisation de *tous* les ayants droit. S'il est certain qu'une compensation doit être prévue pour l'auteur de l'œuvre initiale, il ne faudrait pas que l'ère numérique galvaude l'intention des rédacteurs du Premier amendement : nombreux sont ceux qui plaident ainsi pour une adaptation du droit à la création contemporaine utilisant les nouvelles technologies. Voy. notamment W. Y. Durbin, « Recognizing the Grey : Toward a niew view of the Law governing digital Music Sampling informed by the First Amendment », *Wm. & Mary Bill Rts. J.*, 2006-2007, n° 15, pp. 1021-1052.

l'affaire *Eldred v. Ashcroft*, a refusé d'avaliser la présomption de conformité de la législation du *copyright* au Premier amendement, que la District Court semblait avoir établi[2144]. Pour la première fois, la Cour assume réellement le conflit entre *copyright* et Premier amendement et tente de concilier ces deux valeurs. Si cette démarche de la Cour a été saluée par la doctrine, certains ont regretté que la Cour, juste après avoir reconnu que le Premier amendement peut venir limiter l'exercice du *copyright*, se contente de revenir sur une conception traditionnaliste du *copyright*[2145] et renoue avec sa sévérité sur cette question[2146]. Il n'empêche, depuis cet arrêt, il paraît clair que, en droit américain, « l'exercice des droits découlant du *copyright* peut être remis en cause de l'extérieur, sur base du principe de liberté de parole, consacré dans le Premier amendement de la Constitution américaine »[2147].

§2. *L'obligation de protéger la liberté artistique face à un droit d'auteur controversé*

651. Les droits d'auteur – qui englobent les droits de l'ensemble des acteurs qui interviennent dans la création, la réception ou la diffusion des œuvres et les droits du public[2148] –, la liberté artistique et la participation à la culture ne sont pas forcément antagonistes : ils peuvent même être considérés comme étant complémentaires[2149].

(2144) *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 28, 2003. Les plaignants, dans cette affaire, s'étaient spécialisés dans la publication d'ouvrages pour lesquels la protection des *copyrights* avait expiré. L'extension de la durée de protection de ceux-ci impliquait pour eux un dommage conséquent. Était donc au centre de l'affaire la question de la constitutionnalité de l'allongement de la durée de la protection par le *copyright*. Voy. P. Bender, « Copyright and the First Amendment After *Eldred v. Ashcroft* », *Col. J. L. & Arts*, 2006-2007, n° 30, pp. 349-354.

(2145) P. Bender, « Copyright and the First Amendment After *Eldred v. Ashcroft* », *op. cit.*, p. 354.

(2146) Voy. *Kerry v. Arriba Soft*, 280 F3d. 934 9th Circ. Court 2002 ; voy., sur cet arrêt, J. C. Ginsburg, « How Copyright Got a Bad Name For Itself », *Col. J. L. & Arts*, 2002-2003, Vol. 26, pp. 61-73 ; *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F 3d 1004, 9th Circuit Court 2001, J. C. Ginsburg, « Copyright Use and Excuse on the Internet », *op. cit.*, pp. 22-24, 29-42.

(2147) A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright. Divergences et convergences*, *op. cit.*, p. 262.

(2148) Voy. *ibid.*, pp. 276 et s.

(2149) A. Lucas, « Droit d'auteur, liberté d'expression et 'droit du public à l'information' (libres propos sur deux arrêts des Cours de cassation belge et française) », *op. cit.*, p. 13.

Les relations entre ces droits et les droits d'auteur sont d'ailleurs la raison de l'intégration, dans le régime des droits d'auteur et des *copyrights*, d'importantes fonctions sociales de diffusion et de communication, protégeant le droit à l'information en matière culturelle et la liberté d'accéder aux œuvres et aux patrimoines(2150). À l'origine des droits d'auteur, il y a en effet un « idéal social : la diffusion des idées des Lumières »(2151) : libérées des privilèges, les idées protégées par le droit d'auteur pouvaient en effet plus facilement être diffusées. Ainsi donc, selon Christophe Geiger, « [l]'intérêt collectif justifie aussi bien l'existence du droit d'auteur que ses limites »(2152). Le droit d'auteur poursuit non seulement l'objectif d'inciter à la création, mais aussi de diffuser la culture et de permettre le plus large accès à celle-ci(2153). De la même manière, dans la philosophie holiste et utilitariste du *copyright*, l'intérêt public serait, en principe, placé au centre des préoccupations, contrairement à la conception occidentale des droits d'auteur, qui ferait primer les intérêts privés.

Mais l'équilibre établi entre *copyright*, droit d'auteur et autres droits fondamentaux a été considérablement bouleversé. La notion d'intérêt public dans le *copyright* a énormément évolué(2154)

(2150) Voy. e.a. C. Geiger, « Droit d'auteur et droit du public à l'information : relation conflictuelle ou pacifique ? », in *Droit d'auteur et Liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, *op. cit.*, p. 112 ; A. Lucas, « Droit d'auteur, liberté d'expression et 'droit du public à l'information' (libres propos sur deux arrêts des Cours de cassation belge et française) », *op. cit.*, p. 13 ; N. Mallet-Poujol, « Le double langage du droit à l'information », *Dalloz*, septembre 2002, n° 31/7084, p. 2424 ; A. Strowel, *Droit d'auteur et Copyright. Divergences et Convergences*, Bruxelles, Bruylant/L.G.D.J., 1993, pp. 276 et s.

(2151) C. Geiger, « Droit d'auteur et droit du public à l'information : relation conflictuelle ou pacifique ? », *op. cit.*, p. 109.

(2152) *Ibid*., p. 110.

(2153) A. Zollinger, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 79, n° 20 : « [p]arce que l'intérêt partagé du couple [créateur/amateur] prime l'antagonisme économique, le droit d'auteur protège les intérêts du public à travers les droits du créateur. De sorte que, si la construction propriétaire est recentrée sur le créateur, il serait erroné de croire que le public est laissé pour compte. Son intérêt est très sérieusement défendu, à travers un mécanisme authentiquement libéral, c'est-à-dire spontané, discret et non interventionniste ».

(2154) Voy. notamment, sur cette évolution de la conception de l'intérêt public dans le copyright américain, qui permet de remettre en perspective la primauté accordée aux droits des diffuseurs, C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, *op. cit.*, pp. 108-112, n^{os} 94-97.

« vers une fonction économique de protection de l'investissement »[2155]. Cette évolution a abouti à accorder des droits importants aux diffuseurs et a distendu le lien entre intérêt public et droits des diffuseurs[2156]. Les droits d'auteur et le *copyright* verraient ainsi s'éroder les justifications traditionnelles sur lesquelles ils reposent[2157] et s'éloigneraient de leur « fonction » culturelle et des libertés culturelles.

Les modifications profondes des justifications des droits d'auteur et des *copyrights* se sont traduites par une extension importante du champ d'application de leurs régimes de protection et un renforcement de ceux-ci[2158]. Pour faire face au bouleversement que l'irruption du numérique a entraîné quant à l'effectivité des droits d'auteur[2159] et du *copyright*, des dispositifs de protection ont vu le jour, qui bénéficient eux-mêmes d'une protection juridique spécifique. Conçues pour protéger les droits d'auteur, les « mesures techniques »[2160], en particulier, limitent la possibilité d'appliquer les

(2155) C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, *op. cit.*, p. 112, n° 97.

(2156) Voy. A. Zollinger, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 70, n° 174. En réalité, il semble que les diffuseurs usent de leur droit principalement dans un but de rentabilité économique. Dans ce cadre, il est un peu naïf de croire qu'ils prendront le risque de diffuser des œuvres avant-gardistes ou subversives, ou de favoriser l'accès à des œuvres non rentables. Ainsi, l'objectif de rentabilité économique poursuivi par ces acteurs s'avère fort éloigné de celui d'accès de tous à une culture de qualité.

(2157) Fabrice Siiriainen va même jusqu'à écrire que le droit d'auteur tel qu'il a évolué connaît un certain « dévoiement ». Selon l'auteur, ce droit « s'est dissocié de sa 'fonction' culturelle [...] il n'est plus que lui-même : un droit de propriété dans sa superbe autarcie » (F. Siiriainen, « Le droit à la culture et l'accès aux œuvres de l'esprit. Réflexions sur la fonction du droit d'auteur dans le cadre de sa 'fondamentalisation' », in *Droit économique et droits de l'homme*, L. Boy, J.-B. Racine et F. Siiriainen (dir.), Bruxelles, Larcier, 2009, p. 448).

(2158) Le droit d'auteur et le *copyright* protègent désormais de plus en plus de formes et s'étendent parfois jusqu'à certaines idées, alors que les idées sont en principe exclues de leur protection. Ce qui pose également problème pour la propriété artistique et littéraire elle-même : C. Geiger, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ? », *R.I.D.E.*, 2006, liv. 4, t. XX, pp. 389-432.

(2159) Voy., sur les modifications de la loi belge visant à s'adapter au numérique, F. Brison et B. Michaux, « La nouvelle loi du 22 mai 2005 adapte le droit d'auteur au numérique », *A&M*, 2005, n° 3, pp. 212-222.

(2160) Directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *J.O.C.E.*,

exceptions prévues dans les lois sur le droit d'auteur(2161). Ainsi, les formidables perspectives pour la création et pour l'accès ouvertes par les nouvelles technologies des communications(2162) ont été bien vite cadenassées afin de protéger le droit d'auteur. Certains considèrent que cette évolution a déséquilibré le droit d'auteur(2163) et que ce déséquilibre « ne semble plus guère satisfaire personne »(2164).

652. Pour la liberté d'expression artistique, ces évolutions du droit d'auteur sont loin d'être anecdotiques. La création artistique a, de tout temps, reposé sur des mécanismes d'emprunts, de travestissement, de citation ou de parodie(2165). Une extension des

L 167, 22 juin 2001, p. 10. Aux États-Unis, des mesures similaire ont été adoptées (Digital Millenium Copyright Act).

(2161) S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique. Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 152 et s.

(2162) Voy., pour un plaidoyer pour un accès défini à la sphère internet, C. Crawford, « Cyberplace : defining a right to internet access through public accommodation law », *Temple Law Review*, 2003, n° 76, pp. 225-280.

(2163) Beaucoup de voix, dans la doctrine, s'élèvent pour répondre positivement à cette question. Ainsi, il semble que la prise en compte des différents intérêts qui étaient conciliés dans le droit d'auteur s'est amenuisée et « au fur et à mesure de l'accroissement de l'emprise économique sur la matière, l'équilibre a progressivement été déstabilisé par un mouvement d'extension du droit et de remise en cause des espaces de libertés concédés traditionnellement au sein du droit d'auteur », si bien que le droit à la culture tout comme « le droit du public à l'information, justification partielle du droit ainsi que de ses limites, est désormais pris en compte de manière clairement insuffisante par la législation du droit d'auteur », C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, *op. cit.*, *Conclusion*, p. 414.

(2164) C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, *op. cit.*, *Conclusion*, p. 414. Même les exploitants, diffuseurs et producteurs « se retrouvent pris à leur propre piège » : non seulement le développement de modèles alternatifs se renforce (*Creative Commons*, *open source*, *open content*…) au détriment de leur industrie, mais les obstacles à l'exploitation, à la production et à la diffusion d'œuvres se sont multipliés en raison des nombreuses autorisations à obtenir.

(2165) On pense à Magritte qui dans *Perspective II*, donne sa version du *Balcon* de Manet, lequel Manet, dans son *Déjeuner sur l'Herbe*, s'inspire du dessin de Raimondi qui copie lui-même un œuvre de Raphaël. Il y a aussi la reprise par Andy Warhol des célèbres fleurs de la publicité Kodak. Plus récemment, une multitude d'œuvres irritent le droit d'auteur, de la publicité de Marithé & Françoise Girbaud, analysée *supra*, à l'utilisation par Jeff Koons dans *A String of Puppies* d'une carte postale de Art Rogers qui se base sur le tableau de Léonard de Vinci, en passant par la parodie de Mona Lisa du même peintre par Marcel Duchamp et par les photographies d'œuvres de Sherrie Levine (voy. S. Dusollier, « Le droit d'auteur et l'appropriation artistique », *op. cit.*).

prérogatives des droits d'auteur peut donc avoir des effets dommageables sur la création artistique si elle n'est pas contrebalancée par la création de nouveaux espaces de liberté. Ceci est d'autant plus vrai que la création contemporaine se caractérise par une remise en question de la figure de l'auteur comme créateur/génie – idée qui est à la source des droits d'auteur – et par l'exploration des possibilités offertes par les nouvelles technologies de transformations des matériaux existants[2166] poussée jusqu'à son paroxysme par le mouvement de *l'appropriation art*, et par l'explosion des possibilités de reproduction.

653. Dans l'appréciation de ce renforcement du conflit entre liberté d'expression et droit d'auteur, certains optent pour une analyse fondée sur la priorité accordée à l'un ou l'autre droit. Pour les défenseurs des droits d'auteur, les lois relatives au droit d'auteur contiennent déjà suffisamment de pistes d'exceptions pour la liberté artistique. Pour les tenants de la liberté d'expression, au contraire, le droit d'auteur est une restriction et doit donc être d'interprétation restrictive. Pour Alain Strowel et François Tulkens, cette analyse est tronquée car :

> « même si une exception légale se doit, en principe, d'être interprétée de manière restrictive, l'effet résultant d'une telle consécration législative [les exceptions internes au droit d'auteur] semble avoir, en pratique, plus de poids en faveur de la liberté d'expression qu'une disposition tout à fait générale en matière de liberté d'expression. Il est donc loin d'être acquis que l'invocation de dispositions de nature constitutionnelle en matière de liberté d'expression soit le meilleur moyen de mettre en œuvre les exigences découlant de la liberté d'expression et ceux qui estiment que le droit d'auteur devrait davantage tenir compte de la liberté d'expression et plaident pour la constitutionnalisation de cette question ne proposent pas nécessairement le bon remède »[2167].

(2166) Que l'on pense à des techniques aussi diverses que le remix de la musique électronique, le collage dans les arts plastiques, le *sampling*…

(2167) A. Strowel et F. Tulkens, « Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur. À propos de la liberté de créer et d'user des œuvres », *op. cit.*, p. 22. Les auteurs se fondent notamment sur les jugements rendus en droit des marques, qui, ne connaissant pas l'exception parodique, doivent sortir du droit des marques pour se fonder sur la liberté d'expression et sont moins favorables à celle-ci.

Cette analyse que nous partageons montre que la liberté d'expression peut trouver dans des consécrations légales un prolongement nécessaire pour son effectivité, parce qu'une norme claire est venue préciser la norme constitutionnelle d'où elle tire sa légitimité. Toutefois, à notre sens, elle n'exclut pas une externalisation du conflit entre droits d'auteur et liberté d'expression. En effet, dans les cas où aucune disposition ne consacre de manière satisfaisante une protection de la liberté d'expression, il reste nécessaire d'élever le conflit entre droits d'auteur et liberté d'expression au niveau des droits fondamentaux. Cette analyse serait profitable à la fois pour sauver la liberté artistique d'une « privatisation » et d'un appauvrissement mais également pour revaloriser le droit d'auteur[(2168)].

654. La reconnaissance large d'un effet direct à l'obligation de protéger la liberté artistique, contextualisée dans de nombreuses dispositions, présente plusieurs avantages non négligeables.

D'abord, elle permet d'éviter que des juridictions ne ferment les yeux sur le conflit entre droit d'auteur et liberté d'expression lorsqu'il se présente devant elles et se contentent d'appliquer des dispositions insatisfaisantes du droit d'auteur. Assumer le conflit permet ainsi de dépasser l'interprétation restrictive des limites légales du droit d'auteur, qui ne peut être tolérée dans le cadre d'un conflit de droits, pour élaborer un raisonnement juridique qui soit à la fois respectueux de la liberté d'expression et des droits d'auteur.

C'est que les règles classiques d'interprétation des systèmes fermés d'exceptions au droit d'auteur (interprétation restrictive des « exceptions », refus de l'analogie, exclusion de nouvelles « exceptions » hors du cadre légal) semblent impropres à traduire le conflit de droits qui se joue dans les limites du droit d'auteur puisqu'elles postulent une présomption favorable au droit d'auteur au détriment des autres droits. Cette présomption est hautement dommageable parce qu'elle fige la balance des intérêts à un moment donné et restreint l'interprétation, l'empêchant de s'adapter aux nouveaux déséquilibres entre les différents droits, qui se creusent[(2169)].

(2168) *Ibid*., p. 414.

(2169) Voy. *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, *op. cit.*, pp. 198-201, n[os] 224-226.

Pour mieux traduire la réalité des conflits qui se jouent dans le droit d'auteur, Christophe Geiger, après une analyse juridique rigoureuse, requalifie les « exceptions » au droit d'auteur en « limites », consacrant des droits pour les utilisateurs(2170). Pour cet auteur, il faut pouvoir mettre en perspective les droits consacrés par le biais des exceptions et le droit d'auteur, afin de « corriger par une perspective sociale les tendances de surréservation qu'entraîne l'expansion des prérogatives de l'auteur combinée avec la création de nouveaux droits »(2171). Cette mise en perspective assurerait la proportionnalité et la flexibilité dans la balance des intérêts.

Consacrer expressément le conflit entre droits d'auteur et liberté d'expression présente également l'avantage de ne pas évincer l'application des principes généraux de la liberté d'expression comme outil de vérification et de contrôle des réglementations légales qui la protègent. Par ailleurs, cette consécration plus nette permettrait sans aucun doute de légitimer les exceptions légales au droit d'auteur, comme la parodie, d'asseoir leur étendue et de les protéger(2172). Une telle consécration apparaît enfin utile pour s'assurer que l'application des limites légales offre réellement une solution équilibrée du conflit entre liberté d'expression et droit d'auteur.

655. Dès lors que l'on accepte de reconnaître explicitement l'existence d'un conflit de droits fondamentaux entre liberté artistique et droit d'auteur et que l'on exclut la « technique résiduelle de 'résolution' des conflits de droits qui réside dans la négation de

(2170) À l'appui de son raisonnement, il cite la directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information du 22 mai 2001, qui ne tranche pas entre les deux termes. En tant que techniques limitant le champ d'application des droits d'auteur, elles limites « font naître des droits au profit des utilisateurs » (C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, *op. cit.*, pp. 194-207, n^{os} 220-229).

(2171) *Ibid.*, p. 200, n° 226. L'auteur estime d'ailleurs que cette mise en perspective profiterait aux auteurs, qui sont les premiers bénéficiaires d'un assouplissement des droits d'auteur, en tant que créateurs.

Voy., sur la réservation qu'entraîne l'extension des droits d'auteur, M. BUYDENS et S. DUSOLLIER, « Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses », *Communication - Commerce électronique*, septembre 2001, p. 16.

(2172) On ne peut s'empêcher de penser que l'exception légale de parodie, par exemple, est justifiée et légitimée expressément par la liberté d'expression. Sans doute sa consécration légale ajoute-t-elle un poids important lors du traitement des conflits.

ce conflit » et dans sa redéfinition en simple cas de restriction du droit d'auteur[2173], il reste à trouver une méthode de résolution de ce conflit de droits. Or, la Cour européenne des droits de l'homme ne s'est jamais prononcée sur ce conflit de droits, même si elle a eu à traiter de questions assez semblables[2174]. Par ailleurs, les rares juridictions internes qui ont reconnu l'existence de ce conflit n'ont pas été très explicites sur la méthode à suivre pour le résoudre.

Rappelons simplement que la Cour européenne des droits de l'homme affiche sa volonté de régler, de manière générale, les conflits de droits fondamentaux à l'aune du principe de proportionnalité[2175] et d'une concordance pratique permettant de maximaliser la protection des droits fondamentaux. La Cour se fonde ainsi principalement, pour résoudre les conflits de droits, sur le principe de proportionnalité (« les ingérences subies par l'un des droits devant être proportionnées à l'intérêt découlant de la protection du droit concurrent ») et sur celui de la balance (« les différents droits devant être pesés de telle manière à aboutir à un juste équilibre entre les intérêts en présence »)[2176]. Peggy Ducoulombier

(2173) Voy., sur cette technique, P. Ducoulombier, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 456-466. Cette technique de négation du conflit par sa requalification a été celle adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt du 25 septembre 2003 précité (*A&M*, 2004, n° 1, p. 29).

(2174) Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Appleby et a. c. Royaume-Uni* du 6 mai 2004, § 43. Dans cette affaire, la liberté d'expression avait été restreinte au profit du droit à la propriété des propriétaires d'un centre commercial dans lequel les requérants étaient venus diffuser leurs idées. La Cour a explicitement reconnu l'existence d'un conflit de droits entre liberté d'expression et droit de propriété : « However, while freedom of expression is an important right, it is not unlimited. Nor is it the only Convention right at stake. Regard must also be had to the property right of the owner of the shopping center under Article 1 of Protocol n° 1 ».

(2175) Voy. notamment, sur ce principe, S. van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2001, 785 pp. En théorie, le test de proportionnalité comprend les éléments suivants :

Le test de compatibilité et d'adéquation de l'ingérence par rapport à l'objectif poursuivi ;

Le test relatif à la nécessité de la mesure dans une société démocratique consistant à identifier si des mesures moins intrusives pouvaient être mises en œuvre ;

Le test de la proportionnalité au sens strict qui équivaut à la mise en balance des intérêts en présence.

(2176) Voy. P. Ducoulombier, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 370-371.

souligne cependant, dans sa thèse sur cette question, que l'application de ce principe aux conflits de droits « a été obscurcie par les affirmations développées par la Cour dans l'arrêt *Chassagnou* relativement à la variation de la marge nationale d'appréciation »[(2177)]. Cela étant dit, le principe de proportionnalité reste le principal outil de résolution des conflits en ce qui concerne la Cour européenne des droits de l'homme[(2178)] : il convient donc, dans chaque conflit de droit, d'avoir égard au caractère approprié de la mesure, à sa nécessité et à la balance des intérêts au sens strict. En ce qui concerne la mobilisation d'une certaine forme de hiérarchisation des droits fondamentaux, force est de constater, avec Peggy Ducoulombier, qu'elle ne fait pas l'objet d'un consensus même si elle est parfois mobilisée[(2179)].

En ce qui concerne les juridictions belges, elles ont également tendance, en cas de conflits de droits, à appliquer le principe de proportionnalité. Cependant, les juridictions semblent se concentrer surtout sur la balance des intérêts et moins sur les autres étapes du test de proportionnalité[(2180)]. La Cour de cassation, dans un arrêt du 14 janvier 2005, a ainsi rappelé que la liberté d'expression « protège aussi les opinions qui sont en partie dommageables pour d'autres » et que, « [e]n pareil cas, le juge est tenu d'apprécier si les droits des autres, [...] reçoivent la priorité sur la liberté d'expression et ce en prenant en compte le sujet de la liberté d'expression » et doit donc « mettre en balance » ces intérêts conflictuels[(2181)].

Dans le conflit qui nous occupe entre droit d'auteur et liberté d'expression, il semble que l'application du principe de proportionnalité s'impose, sans que l'on sache exactement quelle portée conférer aux rappels incessants, dans d'autres contextes, émanant de la Cour européenne des droits de l'homme et des autres juridictions sur la valeur « primordiale » de la liberté d'expression (faut-il déduire, de manière générale, de ces rappels de principe une forme de prédominance de la liberté d'expression sur le

(2177) *Ibid*., p. 454 et Cour eur. D.H., arrêt *Chassagnou et a. c. France* du 29 avril 1999.

(2178) *Ibid*., p. 454.

(2179) *Ibid*. pp. 454-510.

(2180) Voy. F. Tulkens, « La liberté d'expression en général », *op. cit.*, p. 827.

(2181) Cass., 14 janvier 2005, n° C.03.0622.N.

droit d'auteur et appliquer la théorie, contestée et contestable, de la hiérarchie des droits fondamentaux ?)[2182].

Ensuite, il restera à apprécier, au cas par cas, si l'ingérence subie dans le droit d'auteur en raison de la protection de la liberté d'expression est proportionnée à l'intérêt découlant de cette protection et si un juste équilibre a été atteint dans la balance entre ces deux droits. L'appréciation de la proportionnalité et de la balance tiendra également certainement compte du niveau d'intensité de la protection de la liberté d'expression qui varie selon un certain nombre de critères (« registre des propos », « contexte des propos », « forme et ton », « identité de la victime », « medium utilisé et modalités de diffusion », lourdeur et nature de la sanction[2183]).

Section V. – L'obligation de respecter, de protéger et de réaliser l'égalité en matière culturelle

656. Le principe d'égalité et de non-discrimination, consacré par les articles 10 et 11 de la Constitution, s'applique en matière culturelle comme ailleurs. Ce droit à l'égalité en matière culturelle est opposable à l'État et directement invocable. Au contentieux subjectif, cette obligation d'assurer l'égalité dans la mise en œuvre du droit à la culture a reçu une application : la Cour du travail d'Anvers a estimé que le droit de ne pas subir de discrimination dans la jouissance de son droit à l'épanouissement culturel et social et de son droit à l'éducation était violé lorsque l'interprétation d'une disposition relative à l'aide sociale conduit à placer les jeunes qui bénéficient de l'aide sociale et qui veulent entamer des études dans une situation financière difficile[2184].

(2182) Voy., sur cette trace d'hiérarchisation prétorienne en faveur de la liberté d'expression, P. Ducoulombier, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 507.

(2183) Voy. F. Tulkens, « La liberté d'expression en général », *op. cit.*, pp. 843-844.

(2184) Trav. Anvers, 11 mars 2003.

§ 1. *Le droit à l'égalité*(2185) *de traitement à l'égard des biens et services culturels mis à disposition du public*

657. Le décret de la Communauté française du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination transpose de nombreuses directives en la matière. Ce décret garantit l'égalité de traitement dans tous les biens et services mis à disposition du public(2186). Il donne une définition des « biens » et des « services » pour lesquels il ne peut y avoir de discrimination qui englobe le domaine culturel puisqu'elle « ne permet pas d'exclure d'office tous les biens ou les services à caractère culturel »(2187).

(2185) Voy. notamment, sur la question de l'arsenal législatif concrétisant les obligations de respecter, de protéger et de réaliser le droit à l'égalité et à la non-discrimination, C. Bayart, S. Sottiaux et S. van Drooghenbroeck (dir.), *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination/De nieuwe federale antidiscriminatiewette*n, Bruges-Brugge, la Charte-die Keure, 2008 ; C. Bayart, S. Sottiaux et S. van Drooghenbroeck (dir.), *Actuele topics discriminatierecht/Actualités du droit de la lutte contre la discrimination,* Brugge-Bruges, die Keure-la Charte, 2010 ; O. De Schutter, « La loi belge tendant à lutter contre les discriminations », *J.T.*, 2003, pp. 845-856.

(2186) Décr. Comm. fr. du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination, *Mon. b.*, 13 janvier 2009 :

« Art. 4. Le présent décret s'applique, dans chacun des domaines mentionnés ci-après, dans la mesure où ces domaines se rattachent à l'aire de compétence matérielle et territoriale de la Communauté française, pour autant que cette dernière n'ait pas transféré l'exercice de la compétence concernée en application de l'article 138 de la Constitution, à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, en tant qu'il contient des dispositions destinées à garantir l'égalité de traitement :

1° Les relations d'emploi ;

2° L'enseignement ;

3° La politique de santé ;

4° Les avantages sociaux ;

5° L'affiliation à et l'engagement dans toute organisation professionnelle de droit privé subventionnée par la Communauté française ;

6° L'accès aux biens et aux services qui sont à la disposition du public, ainsi que leur fourniture ».

L'article 33 relatif à l'accès aux biens et aux services prévoit que les dispositions anti-discrimination sont applicables « à toute personne fournissant des biens et services, qui sont à la disposition du public, indépendamment de la personne concernée, tant pour le secteur public que pour le secteur privé y compris les organismes publics, et qui sont offerts en dehors de la sphère de la vie privée et familiale, ainsi qu'aux transactions qui se déroulent dans ce cadre ».

(2187) M. Quintin, *La protection du patrimoine culturel*, *op. cit.*, p. 157, n° 72.

658. L'obligation d'assurer l'égalité en matière culturelle est ainsi précisée par ce décret. Elle est par ailleurs protégée par des mécanismes instaurés par le décret de la Communauté française du 12 décembre 2008, notamment en ce qui concerne la répartition et l'allégement de la charge de la preuve(2188) et les sanctions civiles spécifiques, les sanctions pénales et les différents dispositifs prévues par le décret(2189).

§2. *Le droit à l'égalité dans la loi dite du Pacte culturel*

659. Le droit à l'égalité en matière culturelle a également été précisé dans la Constitution belge dans les articles traduisant le principe général du pluralisme. Le principe général de non-discrimination établi à l'article 10 de la Constitution belge est en effet immédiatement précisé à l'article 11 par l'idée que « la loi et le décret garantissent notamment les droits et libertés des minorités idéologiques et philosophiques ». Par ailleurs la Constitution belge prévoit que « la loi arrête les mesures en vue de prévenir toute discrimination pour des raisons idéologiques et philosophiques ».

660. L'idée véhiculée par ces deux articles est que l'État doit « positivement assurer l'égalité de manière à garantir notamment les droits et libertés des minorités idéologiques et philosophiques »(2190). Ces deux dispositions, particulièrement importantes en matière culturelle, traduisent au plan constitutionnel l'idée de pluralisme idéologique et philosophique, c'est-à-dire l'idée que « les autorités publiques peuvent intervenir positivement – au minimum par l'octroi réglementé de subventions – dans des domaines où les diverses tendances idéologiques et philosophiques qui se sont développées en Belgique ont été les premières à entreprendre des actions d'utilité publique et où elles continuent d'assumer des activités importantes, pour autant que ces interventions publiques respectent la diversité, et plus précisément l'existence, la liberté et l'égalité desdites tendances que l'on peut considérer comme représentatives et ce au nom d'un jugement de valeur reconnaissant le

(2188) Art. 41-42.

(2189) Art. 43-49.

(2190) H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. II de 1970 à 1993*, *op. cit.*, p. 21, n° 542.

caractère positif de cette diversité »[2191]. La première disposition constitutionnalise le principe du pluralisme idéologique et philosophique alors que la seconde l'érige en « idée de droit fédérale »[2192].

L'article 11 de la Constitution belge doit ainsi être compris comme « le fondement le plus adéquat » du principe de pluralisme idéologique et philosophique[2193]. Il implique « qu'il ne peut y avoir de discrimination au préjudice des minorités idéologiques et philosophiques »[2194]. Le principe du pluralisme idéologique et philosophique est le moyen non seulement de concilier l'intervention de l'État dans la culture avec la liberté, mais aussi avec l'égalité[2195].

Quant à l'article 131 de la Constitution, il vise à conférer au législateur fédéral l'obligation positive de mettre en place, à titre préventif, des garanties face aux discriminations basées sur des motifs idéologiques et philosophiques[2196]. Cette disposition est la « traduction constitutionnelle la plus précise du souhait émis par les tendances idéologiques et philosophiques minorisées par l'effet de l'autonomie culturelle »[2197].

661. La loi du 16 juillet 1973[2198] vise à traduire au plan législatif les deux modalités du « principe général de droit » qu'est le principe de pluralisme en droit belge[2199] et donc les principes d'égalité et de participation. Cette loi tend à « donner positivement des moyens d'expression à tous les groupements politiques et socioculturels actifs »[2200] et consacre largement le principe d'égalité en matière culturelle à travers la positivation de la *modalité multi-institutionnelle* du pluralisme. Cette dernière « est une manière d'assurer le respect du principe général de pluralisme consistant dans

(2191) *Ibid.*, *Vol. I de 1830 à 1970*, *op. cit.*, p. 472, n° 463.

(2192) *Ibid.*, *Vol. II de 1970 à 1993*, *op. cit.*, pp. 19-68.

(2193) *Ibid.*, p. 22, n° 542.

(2194) P. DE STEXHE, *La révision de la constitution belge 1968-1971*, Namur/Bruxelles, SEMSJ/Larcier, 1972, p. 130, cité dans H. DUMONT, *ibid.*, p. 21, n° 42.

(2195) H. DUMONT, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. II de 1970 à 1993*, *op. cit.*, p. 79, n° 602.

(2196) *Ibid.*, p. 38, n° 554.

(2197) *Ibid.*

(2198) *Mon. b.*, 16 octobre 1973.

(2199) Voy. H. DUMONT, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. II de 1970 à 1993*, *op. cit.*, p. 78, n° 601.

(2200) *Ibid.*, *Vol. I. de 1830 à 1970*, *op. cit.*, p. 458, n° 968.

la reconnaissance et le subventionnement d'institutions de caractère privé dotées d'une identité idéologique ou philosophique plus ou moins prononcée, souvent mises en concurrence avec des institutions à caractère public, et offrant au citoyen la liberté du choix d'un recours à l'une ou à l'autre, soit pour accomplir les obligations que le droit leur impose, soit pour bénéficier des services qu'elles leur propose »[2201]. Les dispositions de la loi du 16 juillet 1973 garantissant la protection des tendances idéologiques et philosophiques (dite loi du Pacte culturel) et du décret relatif au Pacte culturel sont applicables à toutes les mesures prises par les autorités publiques[2202] dans les matières culturelles[2203].

Le principe de non-discrimination formulé dans l'article 4 de la loi sur le Pacte culturel illustre quant à lui la modalité multi-institutionnelle du principe du pluralisme et l'enrichit[2204]. L'article 4 dispose que « toute autorité publique, tout organisme créé par un pouvoir public ou à son initiative, tout organisme ou personne disposant en permanence d'une infrastructure appartenant à un pouvoir public, et sous réserve de ce qui est dit à l'article 5, s'abstiennent de quelque forme que ce soit de discrimination, d'exclusion, de restriction ou de préférence pour des motifs idéologiques ou philosophiques ayant pour effet d'annihiler ou de compromettre l'exercice des droits et libertés, l'agréation ou le bénéfice de l'application des lois, décrets et règlements ». La loi du 16 juillet 1973 lui adjoint des garanties concrètes dans l'octroi des subventions et l'utilisation des infrastructures culturelles[2205] : les articles 10 à

(2201) *Ibid*., pp. 472-473, n° 464.

(2202) La loi vise notamment : les autorités fédérales, les Communautés, le pouvoir exécutif, les autorités provinciales, les associations interprovinciales et intercommunales, les Commissions culturelles française et néerlandaise de la Région de Bruxelles-Capitale, les établissements publics relevant de ces autorités, qui comprennent les organismes d'intérêt public, les asbl culturelles communales. La liste n'est pas exhaustive. Les décisions du législateur national, communautaire et régional ne tombent évidemment pas dans le champ d'application de la loi.

(2203) Art. 2, Loi dite du Pacte culturel.

(2204) H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. II de 1970 à 1993*, *op. cit.*, p. 248, n° 745.

(2205) Voy., sur le processus de positivation du principe de non-discrimination, *ibid*., *Vol. I de 1830 à 1970*, pp. 342-346, n° 347. Voy., sur le principe de non-discrimination dans la loi sur le Pacte culturel, *ibid*., *Vol. II de 1970 à 1993*, *op. cit.*, pp. 251-263, n^{os} 747-762.

14 de la loi établissent que l'octroi des subventions publiques doit être réglé de telle manière que toute discrimination pour motif idéologique ou philosophique doit être évitée et que seuls des critères artistiques, esthétiques ou scientifiques peuvent être pris en compte. Une publication des encouragements individualisés est également prévue. Les articles 15 à 19 établissent le même principe pour les infrastructures culturelles. L'article 20, qui traduisait cette exigence de protection des minorités idéologiques et philosophiques dans le personnel des infrastructures concernées, a été déclaré inconstitutionnel par la Cour constitutionnelle[2206].

(2206) C.C., arrêt n° 7/94, du 20 janvier 1994, B.4 et B.5. sur la distinction entre fonctionnaires dans l'administration qui travaillent dans les secteurs culturels et les autres :

« B.4. Les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause ; le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

B.5. Il est impossible de réaliser pleinement l'objectif que la disposition critiquée exprime après les mots 'en tenant compte' sans déroger au principe d'égalité qu'elle commence par réaffirmer. Ledit objectif est en effet de répartir les fonctions entre 'les différentes tendances représentatives' en garantissant à chacune de ces tendances une 'présence minimale' et en veillant à ce qu'aucune ne prédomine de façon 'injustifiée', ce qui semble exclure ou limiter la surreprésentation sauf dans les cas où elle serait nécessaire pour assurer aux tendances les plus minoritaires une présence minimale. En ajoutant, après avoir rappelé le principe d'égalité, qu'il y a lieu de veiller à une certaine répartition, la loi n'indique pas que cette dernière exigence passe après celle de respecter le principe fondamental. Le Pacte dont elle s'inspire dit même expressément le contraire en précisant, après le rappel du principe, qu'il faut 'cependant' tenir compte de l'autre exigence. Un tel système emporte inévitablement que des agents puissent se voir défavorisés, en dépit de leurs mérites, en raison de leurs convictions idéologiques ou philosophiques. Il comporte en outre le risque de défavoriser ceux qui usent du droit qu'a tout citoyen de ne pas prendre publiquement parti. Il défavorise encore ceux qui sont en accord avec une tendance sur certaines questions, avec une autre sur d'autres points. L'inégalité de traitement qui en résulte étant fonction des convictions de chacun, elle met en cause des principes relatifs à la vie privée ainsi qu'à la liberté d'exprimer ou de ne pas exprimer les opinions personnelles. S'il est légitime de veiller à des équilibres, le législateur manque au principe de proportionnalité en recourant, pour atteindre cet objectif, à un système qui impose à l'autorité de déroger au principe d'égalité en considération des convictions personnelles. Il en est ainsi d'autant plus que le système impose, sur le plan des principes,

662. La loi dite du Pacte culturel et ses décrets d'application organisent le droit à l'égalité en matière culturelle pour un certain nombre de bénéficiaires identifiés (les tendances et les associations d'utilisateurs). Lorsque cette loi et ses décrets d'application sont suffisamment précis, il faut considérer que les droits reconnus à ces bénéficiaires sont des droits subjectifs. Certains éléments de cette loi ont déjà été considérés par le Conseil d'État comme « directement applicable[s] »[(2207)], au-delà du seul contrôle organisé par la Commission permanente du pacte culturel[(2208)].

Par conséquent, pour les bénéficiaires de la loi dite du Pacte culturel, et seulement pour ceux-ci, il faut considérer que l'obligation de respecter, de protéger et de réaliser l'égalité en matière culturelle recouvre, pour ce qui concerne les garanties suffisamment précisées dans la loi dite du Pacte culturel ou dans ses décrets d'application, un effet direct au sens restreint. Nous ne rentrerons pas dans les détails des droits consacrés par la loi du 16 juillet 1973 et nous renvoyons le lecteur à la thèse magistrale d'Hugues Dumont sur le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge[(2209)].

§3. *Les inégalités engendrées par la loi dite du Pacte culturel*

663. En dehors des bénéficiaires de la loi dite du Pacte culturel, cette loi non seulement ne consacre aucun droit mais peut même engendrer des inégalités. En effet, de nombreux problèmes sont posés par cette loi, sur lesquels on ne pourrait revenir ici[(2210)]. Pour reprendre les mots d'Hugues Dumont :

---

un sacrifice certain pour un avantage qui reste conjectural. Ce n'est pas encourager chaque agent à exercer ses fonctions avec impartialité que de rendre officielle la tendance qu'il est incité à déclarer et d'attacher à celle-ci des conséquences sur le plan de la carrière. Enfin, la loi n'indique même pas de limite à la mesure dans laquelle il peut être dérogé à l'égalité en faveur des normes de répartition qu'elle lui oppose ».

(2207) C.E., arrêt *Berckx*, n° 20.470, du 25 juin 1980.

(2208) Voy., sur les organes de contrôle de la loi dite du Pacte culturel, H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit belge*, *Vol. II de 1970 à 1993*, *op. cit.*, pp. 166-241, n^{os} 676-744.

(2209) *Ibid*.

(2210) Voy., pour un aperçu plus complet et récent des problèmes engendrés par la loi dite du Pacte culturel, H. Dumont, « Le modèle de la loi du Pacte culturel a-t-il encore une pertinence aujourd'hui ? », *op. cit.* Voy. également

> « [e]n privilégiant la notion de tendance, en amalgamant les tendances philosophiques et idéologiques, en marginalisant la catégorie des utilisateurs, et en ignorant celle des professionnels, la loi du 16 juillet 1973 garantissant la protection des tendances idéologiques et philosophiques (dite loi du Pacte culturel) a fatalement induit une politisation abusive de la culture »[(2211)].

La première inégalité concerne les créateurs et médiateurs de la culture, qui sont largement ignorés par cette loi et qui ne bénéficient donc pas des garanties qui y sont consacrées[(2212)]. La deuxième concerne les droits des utilisateurs, des usagers et des publics dans la loi sur le Pacte culturel, qui sont bien moindres que ceux des « tendances » que ce soit en ce qui concerne le principe de non-discrimination qu'en ce qui concerne le principe de participation[(2213)]. La troisième inégalité concerne les autres minorités ou les « nouvelles tendances » et découle de l'absence de prise en compte des tendances culturelles ou esthétiques. La loi souffre d'un décalage par rapport à la réalité contemporaine du monde culturel, où les acteurs culturels ne se structurent plus autour des piliers mais autour d'autres questions comme la diversité culturelle, le multiculturalisme[(2214)], ou les nouvelles technologies. La quatrième inégalité est induite par le manque de considération pour les « sans tendance »[(2215)]. Enfin, la cinquième inégalité concerne les secteurs marchands, que la loi défavorise au bénéfice des secteurs non-marchands.

H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, Vol. II de 1970 à 1993*, *op. cit.*, n^{os} 1018 et s.

(2211) Deuxième consultation du Professeur Dumont, « Quatre idées pour réformer le Pacte culturel », Projet de décret relatif au fonctionnement des instances d'avis dans le secteur culturel, *Doc.*, Parl. Comm. fr., 17 janvier 2003, n° 364/1, p. 18 ; publié également dans Culture et citoyenneté, Ministère de la Communauté française.

(2212) A. De Wasseige, *Communauté Bruxelles-Wallonie. Quelles politiques culturelles ?*, *op. cit.*, p. 163. Deuxième consultation du Professeur Dumont, « Quatre idées pour réformer le Pacte culturel », *op. cit.*

(2213) V. De Coorebyter, *Le Pacte culturel*, Bruxelles, CRISP, Dossier n° 60, 2003, p. 83.

(2214) *Ibid*.

(2215) Deuxième consultation du Professeur Dumont, « Quatre idées pour réformer le Pacte culturel », *op. cit.*, p. 18.

Finalement, ce décalage de la loi dite du Pacte culturel avec la réalité a parfois entraîné une application de la loi contraire à l'objectif poursuivi, en favorisant les mouvements majoritaires et en marginalisant les minorités, notamment des utilisateurs. La politisation excessive a ainsi entraîné des pratiques que la loi elle-même voulait éradiquer dans les décisions culturelles[(2216)].

Section VI. – L'obligation de respecter, de protéger et de réaliser le droit de participer aux politiques culturelles

664. Le principe de participation, qui puise ses sources dans une idée para-légale positivée progressivement[(2217)], est également consacré dans la loi dite du Pacte culturel. Sans pour autant consacrer systématiquement des droits subjectifs, cette loi-cadre organise, pour certains bénéficiaires identifiés, des droits de participer à la mise en œuvre et à l'élaboration des politiques culturelles qui, lorsque le libellé de ces droits est suffisamment clair et précis dans la loi dite du Pacte culturel ou dans les décrets d'application[(2218)], peuvent être qualifiés de droits subjectifs.

665. Le principe de participation consacré dans la loi dite du Pacte culturel prolonge la modalité mono-institutionnelle du principe du pluralisme[(2219)]. Consacré de manière générale à l'article 3, § 1er, le principe de participation vise non seulement l'élaboration et la mise en œuvre de la politique culturelle (art. 6 et 7) mais également la gestion des services publics culturels (art. 8 à 9) et, dans

(2216) V. De Coorebyter, *Le Pacte culturel*, *op. cit.*, p. 83.

(2217) Voy., sur le principe de participation en voie de positivation, H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit belge*, *Vol I de 1830 à 1970*, *op. cit.* pp. 346-356, nos 348-355. Voy., sur le principe de participation dans la loi dite du Pacte culturel, *ibid.*, *Vol. II de 1970 à 1993*, *op. cit.*, pp. 264-362, nos 763-858.

(2218) Voy. Décr. fl. relatif au Pacte culturel du 28 janvier 1974, *Mon. b.*, 31 mai 1974, modifié par Décr. fl. du 20 novembre 2009, *Mon. b.*, 13 janvier 2010.

(2219) Pour rappel, cette modalité est « une manière d'assurer le respect du principe général du pluralisme consistant à associer les tendances idéologiques et philosophiques représentatives à la gestion ou aux prestations d'un service public, en évitant qu'une d'entre elles acquière une position prépondérante qui pourrait porter atteinte aux droits et libertés des autres » Voy. H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit belge*, *Vol. I de 1830 à 1970*, *op. cit.*, p. 473, n° 465.

ce domaine, la gestion des médias publics et la fonction publique culturelle (art. 18 à 20).

666. La loi dite du Pacte culturel consacre d'abord le principe de la participation à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques culturelles. Ce principe se traduit par l'obligation des autorités publiques de créer des organes de concertation appropriés, de consulter effectivement les organes de concertation et de respecter des critères de répartition des mandats. Ce principe se traduit également par la participation à la gestion des services publics culturels et par l'obligation des pouvoirs publics de choisir entre « la gestion publique consociative », la « cogestion public-privé » et l'« autogestion ». Il s'exprime en outre par l'obligation de garantir une représentation proportionnelle et par l'obligation des pouvoirs publics de laisser effectivement l'organe de gestion pluraliste gérer le service public culturel ; par la participation à l'utilisation et à la gestion des moyens d'expression relevant des pouvoirs publics et enfin par la participation à la composition du personnel des services publics culturels (cette disposition a été annulée par la Cour constitutionnelle)[(2220)].

667. Dans certains cas, les principes généraux établis par la loi du Pacte culturel sont traduits en droits subjectifs dans les décrets d'application de cette loi. Ainsi, par exemple, l'article 9, a), du décret de la Communauté flamande relatif au Pacte culturel confère un droit subjectif à l'information complète sur les actes de l'organe de gestion ou d'administration pour les commissions consultatives permanentes associées aux services publics culturels et institutions culturelles créés par les pouvoirs publics. L'article 8, § 2, du même décret, en précisant les groupements concernés par les droits cités dans la suite du décret, peut être à la source de droits subjectifs pour les groupements concernés[(2221)].

(2220) *Ibid.*, *Vol. II de 1970 à 1993*, *op. cit.*, pp. 264-362, n^{os} 763-858.

(2221) Voy. Décr. fl. relatif au Pacte culturel du 28 janvier 1974, *Mon. b.*, 31 mai 1974, modifié par Décr. fl. du 20 novembre 2009, *Mon. b.*, 13 janvier 2010.

Section VII. – L'obligation de respecter la liberté d'association en matière culturelle

668. La liberté d'association est consacrée à la fois par la Constitution et par l'article 11 de la Convention européenne. Son régime général s'applique en matière culturelle comme en d'autres matières et concerne à la fois les groupements de créateurs, associations d'auteurs et de compositeurs, réunions d'amateurs et groupes de visiteurs, organisations professionnelles d'artistes, de médiateurs culturels… Nous ne reviendrons pas ici de manière extensive sur cette liberté, dont le contenu et la portée ont déjà fait l'objet de nombreuses études théoriques et pratiques en droit belge et qui ne présente pas de spécificité particulière en matière culturelle.

669. Dans la mise en œuvre des politiques culturelles, le Conseil d'État a eu l'occasion de rappeler à plus d'une reprise que la liberté d'association devait être respectée.

La liberté d'association doit également être prise en compte dans la réalisation des obligations positives de l'État. Ainsi, à l'égard du projet de décret relatif au soutien des arts de la scène, qui exclut du subventionnement ceux qui ne respectent pas les principes de la démocratie, notamment en raison de l'appartenance à un organisme ou à une association qui semble ne pas les respecter, le Conseil d'État a considéré que la liberté d'association était méconnue lorsque le renvoi aux « principes démocratiques » est trop large, que les critères pour considérer qu'une association contrevient aux principes démocratiques ne sont pas énumérés de manière précise et que donc il est impossible de déterminer avec la précision requise si ne seront bien retenus que les actes posant objectivement problème[(2222)]. Le Conseil d'État estime que « la simple appartenance à une association répondant aux critères peu clairs fixés

(2222) « Le renvoi, de manière générale, aux principes démocratiques énoncés notamment par certaines conventions ou lois (2) ne semble pas être de nature à assurer la sécurité juridique dans une matière aussi sensible. Le texte en projet reste muet sur les critères précis qu'il conviendra de prendre en considération pour déterminer qu'une personne, un organisme ou une association respecte ou non les principes démocratiques en question. Sera-t-il notamment exigé que la personne en cause ou l'un ou plusieurs des membres de l'organisme ou de l'association aient fait l'objet d'une condamnation pénale prononcée en application de la loi du 30 juillet 1981 ou de la loi du 23 mars 1995, visées dans la disposition en projet ? ».

par la disposition en projet » ne peut être considérée comme une restriction légitime et nécessaire, « notamment au regard des exigences de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme »[(2223)].

Section VIII. – L'obligation de respecter le libre choix en matière culturelle

670. Recouvrant en partie la liberté d'opinion et la liberté de conscience, la liberté de choix en matière culturelle est fondamentale pour le droit à la culture. Sa centralité est d'ailleurs rappelée par son inscription dans l'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans l'article 15 du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels[(2224)]. L'importance de cet élément pour le droit à la culture a souvent été soulignée. La Cour constitutionnelle a d'ailleurs rappelé que l'individu en Belgique avait droit à l'épanouissement culturel « qu'il choisit librement »[(2225)]. C'est donc à l'individu de décider à quelle culture il veut accéder, à quelle pratique culturelle il décide de participer et dans quelle communauté culturelle[(2226)] il décide de s'inscrire.

Cette liberté de choix, lorsqu'elle s'exerce dans le for intérieur de l'individu, ne peut subir de limitation. En effet, comme pour

---

Quid lorsque le juge n'aura pas estimé nécessaire de prononcer en outre l'interdiction des droits civils et politiques en application de l'article 33 du Code pénal ? Lorsque l'association incriminée est un groupement politique, sera-t-il exigé qu'il ait été privé de sa dotation en application de l'article 15*ter* de la loi du 4 juillet 1989 relative à la limitation et au contrôle des dépenses électorales engagées pour les élections des Chambres fédérales, ainsi qu'au financement et à la comptabilité ouverte des partis politiques ? ».

(2223) Conseil d'État, section de législation, avis 33.745/4 sur un projet de décret-cadre relatif à la reconnaissance et au subventionnement du secteur professionnel des arts de la scène, 30 octobre 2002, *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 2002-2003, n° 359-1, pp. 49-50.

(2224) R. O'Keefe, « The 'Right to Take Part in Cultural Life' Under Article 15 of the ICESCR », *op. cit.*, p. 910.

(2225) C.C., arrêt n° 88/2003, du 24 juin 2003.

(2226) À comprendre au sens de « cultures sociétales », c'est-à-dire des cultures qui offrent « à [leurs] membres des modes de vie, porteurs de sens, qui modulent l'ensemble des activités humaines, au niveau de la société, de l'éducation, de la religion, des loisirs et de la vie économique, dans les sphères publique et privée » (W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, *op. cit.*, p. 115).

la liberté de conscience et d'opinion, l'État ne pourrait venir gouverner les choix culturels des individus. Cependant, dès qu'elle s'exprime et se concrétise dans des actes, la liberté de choix de l'individu peut éventuellement être restreinte, comme la liberté artistique. Nous renvoyons sur ce point à l'étude de la liberté d'expression et du droit d'accéder aux œuvres et aux patrimoines.

Conclusions du Chapitre I

671. À l'issue de ce chapitre, l'idée selon laquelle le droit à la culture ne bénéficierait pas d'un effet direct au sens restreint est largement battue en brèche. De nombreuses obligations découlant du droit à la culture doivent en effet être considérées comme conférant des droits subjectifs pour les particuliers.

672. D'abord, l'effet direct « au sens restreint » de l'obligation de ne pas entraver l'accès et la participation à la culture est confirmé depuis la reconnaissance, dans l'arrêt *Akdas* de la Cour européenne des droits de l'homme, d'un droit d'accéder au patrimoine européen sans entraves. Ainsi, l'État a l'obligation de respecter la liberté des individus d'accéder aux patrimoines et aux cultures de leur choix.

Dans le même sens, l'obligation de respecter la liberté d'accéder à l'information en matière culturelle recouvre également un effet direct « au sens restreint ». Ainsi, l'individu peut directement saisir le juge en cas de violation de son droit de ne pas subir d'entraves dans l'accès à l'information en matière culturelle.

673. Ensuite, l'effet direct « au sens restreint » de l'obligation de respecter la liberté artistique et le droit de participer « activement » à la culture a largement été confirmé même si la protection conférée à cette obligation n'est pas toujours adéquate aux spécificités de la création.

Au niveau de la Convention européenne des droits de l'homme, le rattachement de la liberté artistique au régime général de la liberté d'expression a en effet abouti à une certaine inféodation de la liberté artistique à la liberté d'expression politique ou de presse[2227]. Cette

(2227) P. Wachsmann, « La religion contre la liberté d'expression : sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 441

inféodation est profondément liée à une certaine conception de la liberté d'expression, envisagée dans une fonction particulière : celle d'informer et de communiquer des idées dans un débat d'idées politiques. Cette « conception fonctionnelle » de l'article 10 fait primer les libertés du journaliste, censées contribuer le plus au débat public(2228) et conduit la Cour à établir une hiérarchie des expressions – dont la cohérence a d'ailleurs été interrogée(2229) – en fonction des types de discours, de leurs formes et leurs acteurs. La Cour fait prévaloir l'expression politique et de presse et tend plus facilement à considérer l'expression artistique comme étant « gratuite »(2230). Ce faisant, la Cour nie la « fonction » propre de la liberté d'expression artistique(2231), qui est d'ouvrir, à travers des mécanismes de distanciations, grâce à la fiction, à la subversion, au recours à l'imaginaire et au symbolisme, une autre perspective sur le monde (voy. *première partie*)(2232). Le récent arrêt *Akdas* marque une évolution de la Cour sur ces questions en exprimant une véritable volonté de mieux appréhender ces spécificités de l'expression artistique, notamment à travers la notion de droit d'accès au « patrimoine littéraire européen ».

Dans les ordres juridiques nationaux, l'inadéquation de la protection de la liberté artistique se manifeste dans un contrôle parfois trop lâche, au moyen de normes trop vagues, des mesures

---

et s., spéc. p. 444 ; « L'affaire Apocalypse : un revirement dans la jurisprudence de la CEDH en matière de liberté d'expression artistique ? », *A&M*, 2007, n° 4, pp. 327-336.

(2228) C. Ruet, *op. cit.*, p. 921.

(2229) S. van Drooghenbroeck, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme 1999-2001*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 163-179.

(2230) P. Wachsmann, « Vers un affaiblissement de la protection de la liberté d'expression par la Cour européenne des droits de l'homme ? », *op. cit.*, p. 444.

(2231) Voy. J.-P. Marguenaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 3e édition, 2005, p. 83.

En réalité, ce n'est pas seulement la liberté d'expression de l'artiste qui est ainsi quelque peu négligée. Selon D. Lefranc, il faut plutôt considérer que la liberté d'expression, à l'exception notable de celle des journalistes, ne reçoit pas un traitement favorable de la part de la Cour européenne des droits de l'homme.

(2232) Dès l'arrêt *Müller*, le juge De Meyer avait d'ailleurs mis en garde contre cette négation des spécificités de l'expression artistique en remarquant que « l'art ou ce qui prétend l'être relève certainement du domaine de la liberté d'expression. Point n'est besoin de tenter d'y voir une forme de communication d'informations ou d'idées : il peut l'être, mais on peut douter qu'il le soit nécessairement ». Opinion séparée du juge De Meyer sous l'arrêt *Müller et autres c. Suisse*.

préventives et répressives des expressions artistiques. L'application libérale de certains textes, comme l'outrage aux bonnes mœurs en Belgique, reste fragile : à défaut d'une abrogation, d'une modification ou de précisions apportées à ces textes, la possibilité d'une censure plus large demeure, éventuellement suscitée par des pressions extérieures(2233). La subsistance de textes vagues crée des formes de « chilling effect » et d'auto-censure afin de prévenir les contrôles légalement prévus, qui peuvent impliquer de graves conséquences pour la création et sa diffusion, et de grandes pertes économiques(2234). Dans le cadre de dispositions floues, comme l'outrage public aux bonnes mœurs ou la répression de l'atteinte aux sentiments religieux, « l'intéressé procédera à des amputations plus larges que celles qui sont éventuellement nécessaires, pour avoir la certitude que l'œuvre sera acceptée »(2235). Cette auto-censure, qui touche les formes artistiques les plus novatrices, est très pernicieuse : « l'auto censure est un mal encore plus redoutable que la censure », parce qu'elle « dispense l'autorité d'intervenir, en lui donnant une respectabilité hypocrite »(2236). Ces dangers sont encore renforcés en ce qui concerne l'art postmoderne, subversif et politique, qui va utiliser et transformer des messages obscènes, pornographes, homophobes ou racistes à des fins de dénonciation ou de déconstruction afin d'interroger ces messages et de les déconstruire(2237). L'application sourde des dispositions relatives à la lutte contre les discriminations, ou relatives à la morale peut alors conduire à des contresens quand ces expressions, dont le but est parfois précisément de lutter contre des discours jugés néfastes, sont pénalisées.

Pourtant, le droit à la culture commande de dépasser ces impasses. En effet, ce droit fondamental implique une valorisation et une autonomisation de cette liberté artistique, afin d'assurer une grande diversité de formes culturelles et artistiques auxquelles

(2233) F. Ost et M. van de Kerchove, *Bonnes mœurs, discours pénal et rationalité juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1982, 159 p.

(2234) L'art étant devenu un véritable marché, drainant énormément d'argent, la menace de pertes économiques peut être fatale.

(2235) J.-M. Pontier, « Sur la censure », *op. cit.*, p. 45.

(2236) *Ibid*., p. 48.

(2237) Voy. e.a. A. Adler, « Post-Modern Art and the Death of Obscenity Law », *op. cit.*, pp. 1359-1378 ; A. Adler, « What's Left ? Hate Speech, Pornography, and the Problem for Artistic Expression », *op. cit.*, pp. 1499-1572.

on peut accéder et participer. L'obligation de respecter le droit à la culture implique un statut juridique particulier pour la liberté artistique pour que soient garanties les fonctions démocratiques particulières qu'endosse la création artistique (donner à voir autrement, libérer les perspectives par le recours à l'imaginaire et à la distanciation, susciter la critique à travers la subversion, la fiction et la représentation) et que soient totalement protégées les spécificités de cette expression et les formes particulières qu'elle revêt (fictions, images, sons, subversion). Sans une reconnaissance de ces fonctions, la liberté artistique risque d'apparaître « gratuite » à l'égard d'un débat d'idées et d'opinions.

À notre sens, trois critères particuliers devraient idéalement être utilisés lorsqu'est en cause une restriction dans la liberté artistique. Premièrement, les juges devraient apprécier si l'expression artistique litigieuse participe au débat esthétique indépendamment de la question de savoir si elle participe au débat d'idées. Même si elle apparaît choquante, purement formelle ou gratuite, l'œuvre d'avant-garde qui, par ses audaces, remet en question les codes artistiques et la définition de ce qu'est l'art et la culture doit recevoir une protection maximale de la part des juges au nom de son importance pour la création artistique et pour la culture en général. Deuxièmement, il faudrait établir pour la subversion et la fiction les mêmes présomptions favorables que celles qui existent pour la caricature et la parodie. En effet, en raison de leur fonction particulière dans le débat démocratique, de leur rôle fondamental dans la construction du sens par la distanciation, l'imaginaire et la mise en perspective qu'elles induisent, ces figures de la création doivent recevoir un traitement de faveur. Ainsi, des propos fictionnels placés dans la bouche de protagonistes d'un roman ne doivent pas, en principe, pouvoir être imputés à l'auteur du roman. Troisièmement, il est urgent de créer un statut juridique spécifique et favorable pour les formes particulières de l'expression artistique. Les images, par exemple, devraient recevoir un traitement au moins aussi favorable que les textes.

674. L'obligation de protéger la liberté d'expression face à la privatisation induite par le droit d'auteur a également été reconnue comme étant dotée de l'effet direct « au sens restreint » en raison de la contextualisation importante de cette obligation et de la

reconnaissance par certains juges d'un droit subjectif à être protégé dans l'exercice de sa liberté d'expression de revendications fondées sur le droit d'auteur.

675. L'obligation de respecter, de protéger et de réaliser l'égalité en matière culturelle peut être, dans certains cas, sanctionnée par l'effet direct. En effet, lorsque des lois et des décrets précisent, au profit de titulaires identifiés, des principes généraux d'égalité et de non-discrimination, il est possible de considérer que des droits subjectifs sont créés.

676. Pour les mêmes raisons, l'obligation de respecter, de protéger et de réaliser la participation à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques culturelles peut, dans certains cas, être envisagée comme étant dotée de l'effet direct au sens restreint dans la mesure où elle est contextualisée, à partir de la loi dite du Pacte culturel, dans les décrets d'application de cette loi.

677. L'obligation de respecter l'activité des associations et des groupements qui favorisent la mise en œuvre du droit à la culture a également été étudiée. Certains mécanismes qui renforcent l'effet direct de cette obligation sont cependant ambivalents, comme par exemple la loi dite du Pacte culturel qui, dans une certaine mesure, entrave les associations non protégées par les piliers.

678. Enfin, l'obligation de respecter le libre choix en matière culturelle, qui recoupe d'autres obligations découlant de multiples libertés, a été reconnue comme une obligation dotée de l'effet direct.

679. Ainsi, il faut considérer que l'effet direct au sens restreint n'est pas cantonné, pour le droit à la culture, aux seules obligations de respecter ce droit. Au contraire, il garantit également d'autres obligations de protéger et de réaliser ce droit. Ces obligations sont en effet suffisamment contextualisées dans des législations internes pour que des juges en déduisent un titre à statuer sans pour autant violer la séparation des pouvoirs. Cependant, force est de constater, à ce jour, que le droit à la culture n'a fait l'objet que d'une jurisprudence très limitée, même lorsqu'il revêt un effet direct au sens restreint.

CHAPITRE II.
L'IDENTIFICATION *DE LEGE FERENDA*

680. Dans le présent chapitre, un ensemble d'obligations découlant du droit à la culture qui *pourraient* être reconnues comme revêtant un effet direct, *quod non* actuellement, sont analysées. Ces obligations sont cependant, à notre sens, suffisamment précisées par le contexte normatif interne pour pouvoir être reconnues comme directement applicables. Ainsi, il nous semble que le juge ne contreviendrait pas à la séparation des pouvoirs en prolongeant les développements du droit positif afin de reconnaître un droit pour les individus à invoquer directement ces obligations devant lui.

Ce sont donc les situations dans lesquelles la reconnaissance d'un droit subjectif a été déniée qui sont étudiées : il s'agit de l'obligation de protéger l'accès à l'information en matière culturelle (**Section I**) et de l'obligation de protéger l'accès aux cultures et aux patrimoines culturels (**Section II**).

Dans tous les cas étudiés, l'intérêt de ce chapitre est de relier des controverses juridiques au régime juridique du droit à la culture et de tirer les conséquences de l'approche contextualisée dans une série de questions polémiques.

Pour rappel, nous considérons que les critères à retenir pour admettre qu'un droit soit contextualisé sont les suivants. Premièrement, la prérogative doit être précisée dans le contexte normatif belge de manière claire, précise et inconditionnelle. Deuxièmement, le droit objectif doit être apte à satisfaire les revendications auxquelles l'on reconnaît un effet direct au sens restreint. Troisièmement, cette reconnaissance ne peut pas entraîner de modification profonde du droit. Enfin, de manière générale, le juge ne peut contrevenir à la séparation des pouvoirs en reconnaissant un effet direct au sens restreint à une règle.

SECTION I. – L'OBLIGATION DE PROTÉGER L'ACCÈS À L'INFORMATION EN MATIÈRE CULTURELLE

681. La question de l'opposabilité du droit de recevoir et de communiquer des informations en matière culturelle à d'autres individus et donc celle de la résolution des conflits entre ce droit et ceux des auteurs est bien plus complexe que celle, étudiée dans le chapitre précédent, de l'opposabilité de ce droit à l'État.

682. Comme on l'a rappelé ci-dessus, de nombreux auteurs se demandent si l'extension du champ d'application des droits d'auteur, notamment aux mesures techniques[(2238)], n'a pas empiété indûment sur les libertés découlant du droit de participer à la vie culturelle[(2239)]. Cette question est encore renforcée à l'heure numérique, où les technologies des communications offrent de formidables perspectives pour l'accès, d'ailleurs reconnues dans le Traité de l'OMPI de 1996 et dans les directives européennes[(2240)]. Pour ce qui concerne précisément l'information culturelle et sa diffusion, le droit d'auteur se pose de plus en plus comme un obstacle.

Les conflits entre l'obligation de protéger l'accès à l'information culturelle et l'obligation de protéger le droit d'auteur, doivent selon Alain Strowel et François Tulkens, être arbitrés par une « balance pour l'accès ». Cette balance pour l'accès doit être plus favorable au droit d'auteur que la « balance pour la création » même si ces auteurs reconnaissent que « pour chacun des deux types de pondération, la balance pourrait, en fonction des circonstances, finalement pencher du côté inverse à celui qu'elle privilégie au départ »[(2241)].

(2238) S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'environnement numérique*, *op. cit.*

(2239) La doctrine n'est pas unanime sur le sujet. Voy. A. STROWEL et F. TULKENS, « Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur. À propos de la liberté de créer et d'user des œuvres », *op. cit.*, p. 11, note en bas de page 3.

(2240) Le Traité de l'OMPI et le droit européen reconnaissent en effet que le droit de communication inclut « le droit de rendre disponible au public [...] des œuvres, de telle manière que les membres du public puissent y avoir accès à un endroit et à un moment choisis individuellement par eux », art. 8 Traité OMPI, art. 3 Directive.

(2241) A. STROWEL et F. TULKENS, « Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur. À propos de la liberté de créer et d'user des œuvres », *op. cit.*, p. 10.

§1. *La contextualisation de l'obligation de protéger l'accès à l'information en matière culturelle dans les limites et exceptions du droit d'auteur*

683. La « balance pour l'accès » est partiellement prise en compte par la législation sur le droit d'auteur. En droit belge, la loi sur le droit d'auteur comprend d'abord une série d'exceptions destinées à favoriser la liberté d'accéder à l'information en matière culturelle. L'exception de citation, l'exception d'anthologie et l'exception de reproduction transitoire garantissent ainsi une certaine liberté dans l'information culturelle. Ainsi, l'article 22, 1, 1° prévoit que l'auteur ne peut interdire « la reproduction et la communication au public, dans un but d'information, de court fragments d'œuvres ou d'œuvres plastiques dans leur intégralité à l'occasion de comptes rendus d'événements de l'actualité ». Cette reproduction doit « être justifiée par le but d'information poursuivi » et doit contenir « la source, y compris le nom de l'auteur », sauf si cela s'avère impossible et le titre de l'œuvre reproduite ou citée. L'article 22, 1, 2°, autorise « la reproduction et la communication au public de l'œuvre exposée dans un lieu accessible au public, lorsque le but de la reproduction ou de la communication au public n'est pas l'œuvre elle-même ». Par ailleurs, plus spécifiquement, l'article 22, 1, 12°, prévoit qu'est admise « la reproduction et la communication au public visant à annoncer des expositions publiques ou des ventes d'œuvres artistiques, dans la mesure nécessaire pour promouvoir l'événement en question, à l'exclusion de toute autre utilisation commerciale ». Ces exceptions facilitent l'information culturelle en permettant des dérogations aux droits d'auteur à ce titre.

684. En droit français, une série de limites existent afin de favoriser l'accès du public à l'information culturelle. Il s'agit d'abord de l'exception qui concerne l'exposition d'œuvres graphiques et plastiques dans des lieux publics : lorsque l'œuvre n'est pas le sujet principal de la reproduction, l'œuvre peut être reproduite si l'information l'exige. Cette limite « de bon sens » permet ainsi que, dans un reportage ou dans une photo, des œuvres puissent figurer lorsqu'elles ne sont pas le sujet central de la création audiovisuelle ou photographique « car il n'est pas concevable que soient sollicitées les autorisations de tous les auteurs dont les œuvres se

trouveraient incluses de manière accessoire, sous peine de rendre l'information impossible et de bloquer toute création d'œuvres en extérieur, étant donné que la voie publique est parsemée d'objets relevant de droits exclusifs »[2242]. Le droit français connaît également une limite au droit d'auteur dans la reproduction de certains discours à titre d'information d'actualité (L. 222-5, 3°), qui peut concerner l'information de nature culturelle puisqu'elle concerne tous les discours prononcés publiquement. Cette limite semble ne concerner que les discours et pas les œuvres, même si une certaine jurisprudence admet la diffusion d'œuvres « à des fins d'actualité »[2243]. L'exception de courte citation, qui concerne les œuvres divulguées, peut également faciliter le droit à l'information en matière culturelle[2244]. Cependant, cette exception est très stricte, excluant par exemple que le critique d'art reproduise l'œuvre d'art citée ou que le chercheur fasse de même dans un travail de recherche[2245]. Les revues de presse sont également tolérées, bien qu'elles fassent l'objet d'une interprétation très restrictive : les bibliothécaires n'entrent pas dans le champ de l'exception, ni les chercheurs, ni les enseignants[2246]… Enfin, la diffusion d'œuvres d'art dans les catalogues des commissaires priseurs, dans des ventes judiciaires, constitue une dernière limite légale du droit d'auteur en droit français favorisant la circulation d'informations culturelles dans un cadre très précis[2247].

(2242) C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, *op. cit.*, pp. 229-239, n° 258. Toutefois, ce « fonds commun dans lequel chacun pourrait puiser librement » (M. Cornu, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, *op. cit.*, p. 44) est mis en danger par les décisions reconnaissant un droit à l'image sur ses propriétés.

(2243) *Ibid.*, pp. 227-228, n° 256, notes de bas de page n^{os} 6 et 7.

(2244) L. 122-5, 3.

(2245) C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, *op. cit.*, p. 226, n° 254.

(2246) *Ibid.*, p. 227, n° 255.

(2247) L. 122-5-3 ; C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, *op. cit.*, pp. 228-229, n° 257.

§2. *Le refus de reconnaître un droit subjectif dérivant de la liberté de recevoir des informations*

685. Dans la jurisprudence belge, si un droit d'accès à l'information culturelle n'a pas été reconnu en tant que tel[2248], la « balance pour l'accès » à l'information a déjà été testée, dans un litige mettant en jeu *Index*, une base de données fournissant l'accès à des informations juridiques, et *Biblio*, éditeur de deux revues dont des extraits étaient mis en ligne sur *Index*. Dans cette affaire, la Cour de Cassation a jugé, assez naïvement, que la liberté d'expression ne « fait pas obstacle à la protection de l'originalité de la façon avec laquelle l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique exprime ses idées et ses concepts » : la loi sur le droit d'auteur n'est « pas une restriction à la liberté d'expression »[2249]. La Cour a « sèchement écarté » le moyen de défense tiré du droit de communiquer des informations et des idées, invoqués par les diffuseurs (ou par les utilisateurs)[2250]. Elle a ainsi totalement occulté le conflit de droits qui se présentait pourtant de façon incontestable en l'espèce[2251].

686. En droit français, la « balance pour l'accès » a notamment été testée dans l'affaire *Utrillo*. Au centre de cette affaire se trouvait un reportage de France 2 sur une exposition du peintre dans lequel étaient rapidement filmées douze toiles du peintre. L'ayant droit du peintre réclama une rémunération sur la base des droits d'auteur. Se fondant sur la liberté d'expression, sur l'exception de citation et sur le droit du public à une information en matière culturelle, la chaîne a refusé toute rémunération. En dépit de l'interprétation stricte en droit français de l'exception de citation, le juge de première instance a fait droit à ce raisonnement, en faisant prévaloir le droit du public à être informé sur les événements culturels et

(2248) M. Hanotiau, « Le droit à l'information », *Rev. trim. dr. h.*, 2003, pp. 23-46.

(2249) Cass., 25 septembre 2003. Voy. e.a. A. Strowel et F. Tulkens, « Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur. À propos de la liberté de créer et d'user des œuvres », *op. cit.*, p. 10.

(2250) A. Lucas, « Droit d'auteur, liberté d'expression et 'droit du public à l'information' (libres propos sur deux arrêts des Cours de cassation belge et française) », in *Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, *op. cit.*, p. 124.

(2251) A. Strowel et F. Tulkens, « Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur. À propos de la liberté de créer et d'user des œuvres », *op. cit.*, p. 28.

la liberté d'expression sur les droits d'auteur[2252]. Ce raisonnement par le juge de première instance a suscité un véritable tollé. Le jugement fut d'ailleurs réformé par la Cour d'appel et le pourvoi rejeté par la Cour de cassation[2253], ce qui confirme une jurisprudence des juges du fond abondant dans le même sens[2254], alors que la doctrine n'est pas unanime sur cette question, loin s'en faut[2255].

687. Plusieurs juridictions étrangères ont pourtant décidé d'affronter le conflit de droits qui se présente entre droit à la culture et liberté d'expression. Ainsi, aux Pays-Bas, la Cour suprême a considéré que les juges peuvent confronter les droits d'auteur aux droits et intérêts semblables à ceux qui fondent les exceptions contenues dans les lois sur le droit d'auteur. Ainsi, dans l'affaire *Church of Scientology v. Dataweb*, les juges ont pu considérer que les longs passages du livre du fondateur de l'église de scientologie, reproduits sur internet, correspondaient à un usage loyal de l'œuvre protégée et donc à un usage licite de la liberté d'expression[2256].

§3. *L'effet direct de l'obligation de protéger l'accès à l'information en matière culturelle contextualisée dans les exceptions au droit d'auteur*

688. À notre estime, il apparaît que les législations sur le droit d'auteur précisent de manière suffisamment claire et précise l'obligation de protéger l'accès à l'information culturelle contre les excès du droit d'auteur. Cette obligation recouvre donc un effet direct car elle est suffisamment contextualisée dans des législations particulières que l'on a évoquées. Ainsi, il nous semble que les juges

(2252) Jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris du 23 février 1999, *RIDA*, 2000, n° 184, p. 374.

(2253) Paris, 30 mai 2001, *D.*, 2001, p. 2504, note C. Caron, « Les droits de l'homme réconciliés avec le droit d'auteur » ; Cass. fr., 13 novembre 2003, *J.C.P.*, 19 mai 2004, n^{os} 21-22, p. 955, note C. Geiger, « Exception de citation et droits fondamentaux, une occasion manquée de faire avancer le discours sur les exceptions au droit d'auteur ».

(2254) Voy. les décisions citées dans A. Lucas, « Droit d'auteur, liberté d'expression et 'droit du public à l'information' (libres propos sur deux arrêts des Cours de cassation belge et française) », in *Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, *op. cit.*, p. 125, note en bas de page n° 8.

(2255) Voy. notamment les opinions de C. Geiger et P. Kamina.

(2256) Voy., sur cette décision, Cour d'appel de La Haye, 4 septembre 2003, *A&M*, 2004, n°1, note A. Strowel et G. Gathem.

peuvent reconnaître l'existence d'un droit d'accéder à l'information en matière culturelle qui peut, de manière autonome, donner la solution à un litige et ensuite opérer une « balance pour l'accès » entre ce droit et les droits d'auteur sans méconnaître la séparation des pouvoirs.

Les exceptions au droit d'auteur précisent, en effet, de façon claire et inconditionnelle, le droit d'accéder à l'information en matière culturelle. Reconnaître un effet direct à ce droit n'impliquerait pas de modification législative profonde puisque des dispositions concourent déjà à sa reconnaissance implicite. Par ailleurs, l'arsenal législatif est outillé pour honorer cette prérogative si elle venait à être reconnue. Il nous semble ainsi que, de manière générale, le juge ne dépasserait pas la sphère de ses compétences en reconnaissant un effet direct à cette prérogative découlant du droit à la culture.

Section II. – L'obligation de protéger l'accès à la culture et aux patrimoines : vers la reconnaissance d'un droit subjectif

689. Si la portée de la liberté d'accéder aux patrimoines et aux cultures est claire lorsqu'elle est opposée à l'État (voy. *supra*), elle est bien plus complexe lorsqu'entrent en jeu les droits d'autres individus, comme les droits d'auteur. En effet, dans ce cas, surgit un conflit de droit entre l'obligation de protéger l'accès aux patrimoines et aux cultures et le droit d'auteur.

Pourtant, l'option privilégiée par le droit positif existant est de refuser de reconnaître un droit d'accès permettant de contester le monopole de l'auteur, même si cette position est contestée dans le cadre de la « crise du droit d'auteur » (**§ 1**).

Cette position doit être dépassée dès lors que nous considérons que les limites et exceptions du droit d'auteur contextualisent l'obligation de protéger l'accès à la culture et aux patrimoines. En effet, la législation sur le droit d'auteur comprend une multitude d'exceptions et de limites qui, ensemble, doivent être considérées comme contextualisant le droit à la culture (**§ 2**).

À notre sens, le juge pourrait, s'il prend au sérieux l'obligation de protéger l'accès à la culture et s'il considère que la contextualisation

dont il fait l'objet est suffisante, tirer un titre à statuer de cette contextualisation **(§ 3**). S'il s'inscrivait dans cette voie, il devrait respecter un certain nombre de balises (**§ 4**).

Signalons que, pour le moment, aucun juge n'a reconnu un effet direct au droit d'accéder aux patrimoines et aux œuvres protégées par le droit d'auteur. Dès lors, actuellement, puisque la contextualisation de l'obligation de protéger l'accès à la culture n'est pas reconnue, c'est par la voie de l'obligation de *standstill* que cette obligation est garantie (voy. *infra*).

§1. *Une problématique complexe*

690. S'il est vrai que la doctrine classique enseigne qu'il n'existe pas, *a priori*, de droit subjectif d'accéder aux patrimoines et aux cultures (A), la dissociation grandissante entre droits d'auteur et droit à la culture a amené certains auteurs à repenser la légitimité de l'inexistence d'un droit subjectif « externe au droit d'auteur » (B).

A. **L'inexistence d'un droit subjectif d'accéder aux patrimoines et aux cultures dans le droit d'auteur et le *copyright***

691. Le droit d'auteur, parce qu'il instaure un « droit de contrôler l'accès » à ses œuvres[(2257)], peut heurter le droit d'accéder aux œuvres, qui se fonde à la fois sur le droit à la culture et sur la liberté de recevoir et de communiquer des informations. Le droit belge accorde en effet à l'auteur un monopole étendu sur son œuvre qui correspond au monopole du propriétaire sur son bien[(2258)] et qui rend évidemment plus difficile la réalisation du droit d'accéder et de participer à la culture.

692. Certains refusent *a priori* de considérer que la liberté de recevoir et de communiquer des informations puisse s'opposer aux droits d'auteur. Ainsi, François Dubuisson estime à ce sujet qu'« [u]n individu ne saurait [...] dès lors se prévaloir de sa liberté d'expression et d'information afin de se ménager l'accès à

(2257) A. Strowel et F. Tulkens, « Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur. À propos de la liberté de créer et d'user des œuvres », *op. cit.*, p. 27.

(2258) Voy e.a. A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins, op. cit.*, p. 39, n° 18.

une information dont un tiers serait en possession »[2259]. Selon cet auteur, « un droit d'accès n'est garanti qu'en présence d'un texte spécifique, national ou international, qui le prévoit (comme c'est le cas pour la transparence administrative, l'accès à l'information environnementale, l'accès aux données personnelles, le droit d'accès du public aux retransmissions télévisées d'événements considérés comme d'importance majeure) [...] »[2260].

693. L'absence de reconnaissance de ce droit d'accéder aux patrimoines et aux cultures provient sans aucun doute du caractère très polémique du conflit entre droit d'auteur et droit à la culture. S'affrontent sur ce terrain deux conceptions idéologiques différentes : les partisans de la culture libre ne partagent ni les constatations économiques, ni les arguments d'incitation, ni les conceptions philosophiques des tenants du droit d'auteur et/ou d'une perspective économique de la culture[2261]. Dans ce débat très polarisé, certains argumentaires des partisans de la culture libre, tout empreint de consumérisme, pèchent par leurs excès tandis que d'autres arguments expriment une forme de récupération politique. Les protecteurs des droits d'auteur manquent quant à eux parfois d'arguments solides pour défendre la transposition et le renforcement des droits d'auteur notamment dans l'univers numérique.

B. **Les fondements du refus de consacrer un droit subjectif d'accéder aux patrimoines et aux cultures**

694. Le refus d'autonomiser le droit subjectif d'accéder aux cultures et aux patrimoines est parfois justifié par l'idée d'une prééminence d'un droit d'auteur, qui, étant plus spécifique, concrétiserait l'idée générale du droit à la culture. Ainsi, Alexandre Zollinger écrit que « plus qu'une limite au droit à la culture, le droit d'auteur de l'article 27, § 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme constituerait en fait une condition nécessaire à son accomplissement final » et que « les différences de précision et de portée

(2259) F. Dubuisson, « Quand le 'droit' du public à l'information rencontre les 'droits' sur l'information : vrai ou faux débat ? », *op. cit.*, p. 94.

(2260) *Ibid*. Nous soulignons.

(2261) Voy. les remises en cause radicales des fondements mêmes du droit d'auteur et de sa capacité à inciter à la création réalisées par L. Lessig dans son ouvrage majeur *Free Culture*.

juridique des deux normes, associées à cette vocation culturelle du droit d'auteur, nous amènent à penser que le droit du public à la culture ne peut faire obstacle à l'exercice normal du droit d'auteur, de même que toute disposition spécifique l'emporte sur une règle générale »[2262]. Cette affirmation doit, à notre sens, être nuancée, car elle fait peu de cas de l'idée de prévalence du droit à la culture sur le droit d'auteur qui préside à l'article 27 de la Déclaration (voy. *supra*) et parce qu'elle repose sur un certain aveuglement de l'évidence du conflit entre ces deux droits qui, par ailleurs, sont considérés comme étant autonomes et de même valeur.

695. La justification du refus de considérer l'existence d'un droit subjectif d'accéder aux patrimoines et aux cultures doit plus certainement être située dans l'idée selon laquelle le droit d'auteur lui-même internaliserait suffisamment l'intérêt du public et des diffuseurs.

Cette justification serait particulièrement pertinente pour le *copyright*[2263]. En effet, dans la philosophie holiste et utilitariste du *copyright*, l'accès du public aux œuvres serait placé au centre des préoccupations[2264] ainsi que le rapport fondamental entre auteur et créateur[2265]. Toutefois, l'évolution de la notion d'intérêt public dans le *copyright*, « incite à s'interroger sur la sincérité de la finalité axiologique : l'intérêt du public ne sert-il pas simplement de prétexte à l'attribution de droits aux diffuseurs (et éventuellement à la réduction concomitante des prérogatives des créateurs ? […]. Le holisme du *copyright* américain n'occulte-t-il pas une forme insidieuse d'individualisme ? »[2266]. En réalité, l'évolution de la notion d'intérêt public vers une perspective économique a quelque peu

(2262) A. Zollinger, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 398, n° 1106.

(2263) La question juridique de la comparaison entre les deux systèmes du droit d'auteur et du *copyright* étant relativement éloignée de l'objet de la présente thèse, nous ne nous attarderons pas sur cette question. Voy., sur cette question, A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright. Divergences et convergences*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1993, pp. 276 et s.

(2264) Voy., sur les différences entre droits d'auteur et *copyright*, A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright. Divergences et convergences*, *op. cit.*

Sur le fondement idéologique du *copyright* américain, voy. également A. Zollinger, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, *op. cit.*, pp. 59-72 ; C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, *op. cit.*, pp. 69-112, n^{os} 53-97.

(2265) Voy., sur les différences entre droits d'auteur et *copyright*, A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright*, *op. cit.* Voy., sur le fondement idéologique du droit d'auteur français – et civil, A. Zollinger, *ibid.*, pp. 46-58.

(2266) Voy. A. Zollinger, *ibid.*, p. 70, n° 174.

distendu le lien établi par le *copyright* entre intérêt public et droits des diffuseurs. Il semble que les diffuseurs usent de leur droit principalement dans un but de rentabilité économique. Ceux-ci ne prendront en effet pas le risque de diffuser des œuvres avant-gardistes, subversives ou exigeantes : finalement, l'objectif de rentabilité économique poursuivi par ces acteurs est fort éloigné de celui d'accès de tous à une culture de qualité[(2267)].

Quant au droit d'auteur, il est vrai qu'il rejoint, dans une certaine mesure, l'objectif d'accès de tous à une culture de qualité : le droit de divulgation des œuvres implique qu'un « tri » soit opéré en faveur des œuvres les plus intéressantes, la rémunération liée au droit d'auteur constitue un incitant à la diffusion et le régime du droit d'auteur laisse libre de droit la circulation du savoir et des idées[(2268)]. On pourrait donc voir de manière complémentaire droit d'auteur et droit d'accès à la culture car, selon Gaudrat et Sardain, « culturellement, [l]'intérêt [du créateur] coïncide avec celui de l'amateur (partager intellectuellement avec les amateurs une création non manipulée ni faussement attribuée). Parce que l'intérêt partagé du couple [créateur/amateur] prime l'antagonisme économique, le droit d'auteur protège les intérêts du public à travers les droits du créateur. De sorte que, si le droit d'auteur est centré sur le créateur, il serait erroné de croire que le public est laissé pour compte. Son intérêt est très sérieusement défendu, à travers un mécanisme authentiquement libéral, c'est-à-dire spontané, discret et non interventionniste »[(2269)]. Cependant, l'internationalisation des droits d'auteur a impliqué une transposition de la perspective économique dans le droit d'auteur français. Par ailleurs, les grands enjeux économiques semblent, de plus en plus souvent, éclipser les justifications traditionnelles, si bien que celui-ci apparaît détaché de son rôle culturel d'incitant à la diffusion et à la création[(2270)].

(2267) Voy. *ibid*.

(2268) *Ibid*., p. 79, n° 200.

(2269) P. Gaudrat et F. Sardain, « De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur », *Communication - Commerce électronique*, novembre 2002, étude n° 37, p. 11, n° 32, cité dans A. Zollinger, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 80, n° 200.

(2270) C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, *op. cit.*, pp. 43-47, n° 38 et p. 112, n° 97, note en bas de page n° 3.

La question désormais posée par de nombreux auteurs est évidement de savoir si cette justification du refus d'« externaliser » le conflit entre droit d'auteur et droit à la culture est toujours d'actualité. L'évolution des droits d'auteur a en effet largement écorné l'équilibre établi entre liberté d'accéder aux œuvres et aux patrimoines et droit d'auteur[2271], notamment en raison de la protection des mesures techniques[2272].

Ainsi, s'il est vrai que dans une certaine mesure, « le droit d'auteur participe au droit du public à la culture : en protégeant le créateur, il encourage l'émergence d'une culture, dont pourra ensuite profiter le public dans des conditions déterminées »[2273], l'évolution du droit d'auteur a bouleversé les équilibres qui justifiaient l'internationalisation du conflit. Réduit à un « mécanisme de protection de l'investissement »[2274], le droit d'auteur est devenu, à certains égards, un droit « égoïste ». Christophe Geiger écrit ainsi que « au fur et à mesure de l'accroissement de l'emprise économique sur la matière, l'équilibre a progressivement été déstabilisé par un mouvement d'extension du droit et de remise en cause des espaces de libertés concédés traditionnellement au sein du droit d'auteur », si bien que le droit à la culture tout comme « le droit du public à l'information, justification partielle du droit ainsi que de ses limites, est désormais pris en compte de manière clairement insuffisante par la législation du droit d'auteur »[2275]. Le déséquilibre induit par les évolutions du droit d'auteur paraît ainsi de nature à remettre en question l'exclusion de toute forme d'« externalisation » du conflit.

§2. *L'appréhension actuelle du conflit*

696. À notre sens, l'externalisation du conflit s'impose dès lors que l'on peut considérer que l'obligation de protéger le droit à la culture est suffisamment contextualisée dans les dispositions du droit d'auteur.

(2271) La doctrine n'est pas unanime sur le sujet. Voy. A. Strowel et F. Tulkens, « Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur. À propos de la liberté de créer et d'user des œuvres », *op. cit.*, p. 11, note en bas de page 3.

(2272) S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*

(2273) A. Zollinger, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 396, n° 1105.

(2274) C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, *op. cit.*, n^{os} 38 et s.

(2275) *Ibid.*, *Conclusion*, p. 414.

Il existe en effet de nombreux éléments internes au régime des droits d'auteur qui permettent de concilier droits d'auteur et droit à la culture. En effet, les législations sur les droits d'auteur et les développements jurisprudentiels comme l'application de la théorie de l'abus de droit au droit d'auteur tentent de prendre en compte ces intérêts divergents. Comme le soulignent Alain Strowel et François Tulkens, le contrôle sur l'accès, qui existerait depuis longtemps(2276), « a incité les législateurs à insérer des exceptions bien nécessaires pour équilibrer les intérêts des titulaires de droits avec ceux du public »(2277).

Le législateur peut ainsi consacrer des exceptions au droit d'auteur. Par ailleurs les mécanismes du domaine public et l'application de la théorie de l'abus de droit à la matière permettent, dans une certaine mesure, un respect du droit à la culture. Dans le système nord-américain, il y a des exceptions sectorielles mais il existe également une exception générale et susceptible d'adaptation : le « fair use ». Ainsi, alors qu'en droit continental les exceptions au droit d'auteur sont d'interprétation stricte et leur énumération législative est exhaustive, en droit américain, l'interprétation des limites est ouverte et non exhaustive.

A. **Le domaine public**

697. Fondamentalement, le principe du domaine public, dans lequel tombent les œuvres – divulguées(2278) – après l'expiration des

(2276) Ceci est contesté, notamment par Séverine Dusollier. Voy. S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*

(2277) A. Strowel et F. Tulkens, « Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur. À propos de la liberté de créer et d'user des œuvres », *op. cit.*

(2278) Quand l'œuvre n'est pas divulguée, elle reste dans la sphère privée et est hors de toute communication. Par conséquent, elle ne rentre pas dans le domaine public. Est alors d'application la théorie de l'abus de droit, si d'aventure les héritiers s'opposent de manière abusive à toute divulgation. Voy. A. Zollinger, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 403, n° 1119. Voy. également H. Bastien, « À quoi sert le domaine public mobilier ? L'exemple des biens culturels », *A.J.D.A.*, 1993, pp. 675 et s.

Par ailleurs, le droit belge prévoit dans ce cas que « Toute personne qui après l'expiration de la protection par le droit d'auteur publie licitement ou communique licitement au public pour la première fois une œuvre non publiée auparavant, bénéficie d'une protection équivalente à celle des droits patrimoniaux de l'auteur. La durée de protection de ces droits est de vingt-cinq ans à compter du moment où, pour la première fois, l'œuvre a été publiée licitement ou communiquée licitement au public » (art. 2, § 6, LDA).

droits d'auteur, figure évidemment parmi les contextualisations les plus importantes de l'obligation de protéger le droit d'accéder aux œuvres et au patrimoine[2279]. En droit belge, le droit d'auteur expire septante années après la mort de l'auteur[2280]. En droit français, alors que le droit moral ne s'éteint jamais, les droits patrimoniaux expirent également septante ans après le décès de l'auteur[2281]. Les œuvres du domaine public sont « libres de droits » : leur reproduction, leur représentation, leur exécution et leur exploitation sont libres d'accès pour tous sans qu'une autorisation doive être demandée. Ce droit au domaine public réalise ainsi un équilibre légitime entre droits d'auteur, exploitables pendant une durée limitée, et domaine public, règne de la liberté. Certains pays ont cependant établi un système de « domaine public payant » : une perception est établie sur l'utilisation des œuvres du domaine public, « généralement affectée à des fins sociales intéressant les auteurs »[2282], dans le but de « faire [...] bénéficier les vivants des recettes produites par les morts... » et d'éviter la « concurrence déloyale que livrent [aux auteurs vivants] leurs collègues décédés, dont l'exploitation des œuvres est bien moins coûteuse aux éditeurs, aux directeurs de théâtres et aux producteurs de disques »[2283].

698. Toutefois, même lorsque l'œuvre relève du domaine public, de nombreux obstacles entravent le droit à la culture.

D'abord, même si les œuvres du domaine public font en principe l'objet d'une jouissance collective, libre et gratuite[2284], des formes de réappropriation d'œuvres du domaine public restent possibles. Premièrement, comme l'a démontré Stéphanie Choisy

(2279) Voy., sur ce point, N. Mallet-Poujol, « Le double langage du droit à l'information », *op. cit.*, p. 2424.

(2280) Art. 2, LDA.

(2281) Art. L. 123-1, CPI.

(2282) A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 433, n° 217.

(2283) *Ibid*. p. 433, n° 217. Alain Berenboom note que ce système existe en Italie et en France. Les propositions dans ce sens ont échoué au sein de la Communauté française de Belgique suite à une question de répartition des compétences. *Doc*., Parl. Cons. Comm. fr., sess., 1981-1982, n° 13-2.

(2284) Voy. la thèse de Stéphanie Choisy : S. Choisy, *Le domaine public en droit d'auteur*, Paris, Litec, IRPI, n° 22, 2002. L'auteure qualifie le domaine public de « chose commune », gouvernée par l'article 714 du Code civil français. Voy. également H. Bastien, « À quoi sert le domaine public mobilier ? L'exemple des biens culturels », *op. cit.,* pp. 675 et s.

dans sa thèse, le droit moral qui subsiste au-delà de la tombée dans le domaine public se mue parfois en une sorte de « droit d'autorisation » quant à l'utilisation des œuvres du domaine public[2285]. Deuxième limite : la jurisprudence relative à l'« image des biens » qui reconnaît au propriétaire d'un bien une sorte de « droit moral » sur ce bien. Même si le bien est tombé dans le domaine public, son utilisation reste ainsi, dans une certaine mesure, soumise à autorisation par le propriétaire du bien en question[2286]. Par ailleurs, lorsque le bien est tombé dans le domaine public, il arrive que s'opère une « reconstitution indirecte de la propriété » : à travers un droit d'auteur ou un droit voisin qui s'exerce sur l'adaptation de l'œuvre ou sur la restauration de celle-ci ; ou par l'entremise du droit des marques ou du droit des dessins et des modèles, qui établissent des monopoles partiels sur certaines œuvres du domaine public[2287]. Troisièmement, certaines reconstitutions de la propriété s'opèrent par la mise en œuvre de la responsabilité civile délictuelle, qui permet de consacrer une exclusivité partielle sur certaines œuvres du domaine public[2288].

Il n'est pas rare que, même lorsque les droits de l'auteur sont éteints, les droits des diffuseurs et des intermédiaires subsistent sur l'œuvre. C'est pourquoi l'accès aux partitions de Mozart continue d'être payant. Même s'il n'y a plus de droit en tant que tel sur la forme et le contenu, l'accès aux œuvres libres de droits reste donc entravé par les industries de l'édition et de la diffusion, qui ont tendance à remplacer le monopole des droits d'auteur par des monopoles d'exploitation. Ainsi, remarque Emmanuel Dreyer dans sa thèse, « imaginer que la chute de l'œuvre dans le domaine public satisfait l'intérêt du plus grand nombre serait une erreur [...]. Ce n'est pas l'intérêt de tous qui est recherché ici mais celui des éditeurs concurrents qui pourront s'emparer de l'œuvre et l'exploiter à leur tour. Son prix de vente au détail ne diminue pas, ou plutôt,

(2285) S. Choisy, *Le domaine public en droit d'auteur*, *op. cit.*, pp. 191-194 Toutefois, cette limite du domaine public est tempérée par la grande difficulté à revendiquer le respect du droit moral en cas d'œuvre tombée dans le domaine public (pp. 197-209).

(2286) B. Edelman, « L''image' d'une œuvre de l'esprit tombée dans le domaine public », *Dalloz*, 2001, pp. 770 et s.

(2287) S. Choisy, *Le domaine public en droit d'auteur*, *op. cit.*, pp. 215-245.

(2288) *Ibid*., pp. 247-273.

ne diminue que sous la pression de la concurrence ouverte par la disparition des effets patrimoniaux de l'exclusivité. Ainsi, la disparition du monopole est-elle étrangère au droit à l'information du public »[(2289)]. Ce constat désabusé atteste de l'existence d'un déséquilibre car la liberté du domaine public est restreinte par des limites qui n'apparaissent pas, *a priori*, comme étant forcément légitimes – au contraire des droits d'auteur.

699. Cette situation constitue une atteinte au droit au domaine public, alors que ce droit est une des consécrations les plus importantes du droit d'accéder aux œuvres et aux patrimoines. On comprend l'importance, dans ce contexte, de la montée en puissance du numérique qui, en principe, permet d'établir un rapport direct entre l'œuvre et le public, sans que des intermédiaires ne soient forcément sollicités. Dans ce cadre, le respect, la protection et la réalisation du droit du public d'accéder au domaine public sont fondamentaux, parce qu'ils peuvent justifier, motiver et contraindre la mise en place de politiques d'accès aux œuvres du domaine public sur internet, permettant de réaliser un véritable accès et de rendre effective la liberté du domaine public[(2290)].

B. **Les exceptions et limitations légales du droit d'auteur**

700. Au-delà du domaine public, qui, en principe, assure l'accès à la culture, d'autres types de limitation existent au profit du droit à la culture.

701. La loi sur le droit d'auteur belge admet certaines exceptions au monopole de l'auteur (en se fondant notamment sur la directive européenne du 22 mai 2001 et son régime d'exceptions[(2291)]) qui contextualisent l'obligation de protéger l'accès à la culture.

(2289) E. Dreyer, *Le dépôt légal : essai sur une garantie nécessaire au droit du public à l'information*, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 257.

(2290) Encore faut-il vérifier que la mise en place de ces bibliothèques numériques et autres plates-formes d'accès respecte bien l'équilibre nécessaire entre droit à la culture, droits d'auteur et liberté d'expression, ce dont il est permis de douter pour le projet de bibliothèque de Google, par exemple. Voy. A. Zollinger, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 404, n° 1121.

(2291) M. Buydens, « La nouvelle directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information : le régime des exceptions », *A&M*, 2001, n° 4, pp. 429-444.

Ces exceptions sont impératives[2292] mais sont considérées comme étant d'interprétation restrictive[2293]. Elles doivent respecter les conditions imposées par le « test des trois étapes », déposé dans la Convention d'Union de Berne et dans les Accords TRIPs : les États « restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits 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 des droits »[2294].

L'article 22 de la loi sur le droit d'auteur permet ainsi, dans une série de cas, d'utiliser l'œuvre sans devoir demander l'autorisation à l'auteur. Cette dispense constitue une dérogation à l'obligation de demander l'autorisation inhérente au droit de communication publique (auparavant intitulé droit de représentation et exécution)[2295] et au droit de reproduction ou d'édition[2296]. Elle n'exclut pas qu'une rémunération soit versée à l'auteur par la médiation de mécanismes de compensation.

702. Le régime des limites directement concernées par le droit à la culture a été substantiellement modifié par la loi du 22 mai 2005 transposant en droit belge 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[2297]. La transposition a étendu les droits d'auteur et les droits voisins à la sphère numérique et a en contrepartie étendu les limites légalement reconnues au droit d'auteur. Notons qu'une limite supplémentaire apportée par une loi de 2008 a été annulée par la Cour constitutionnelle au motif qu'elle rompait le principe d'égalité et de non-discrimination entre les partitions et les autres types d'œuvres[2298].

Au principe général qui veut que l'autorisation de l'auteur n'est pas requise en cas d'usage privé, s'ajoutent des considérations particulières qu'il s'agira d'étudier ici.

(2292) La loi du 22 mai 2005 a introduit cette précision à l'article 23*bis*, 2° de la LDA sauf pour les œuvres rendues accessibles en réseau.

(2293) A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 166, n° 92.

(2294) Convention d'Union de Berne, Art. 9.2. ; Accords TRIPs.

(2295) A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur*, *op. cit.*, pp. 107-126.

(2296) Voy., sur ce droit, *ibid.*, pp. 126-144.

(2297) *Mon. b.*, 27 mai 2005.

(2298) C.C., arrêt n° 21, du 16 juillet 2009, *J.T.*, 2009, pp. 95 et s.

1. La reproduction et l'exécution privée d'œuvres dans le « cercle de la famille »

703. Les différentes formes d'exceptions en faveur de l'exécution privée, de la copie privée et de l'enregistrement privé, principalement justifiées dans la doctrine par le respect de la vie privée et, à titre accessoire, par le droit du public à l'information[(2299)], concrétisent de manière cruciale l'obligation d'accéder et de participer à la culture[(2300)]. Ces limites des droits d'auteur viennent adéquatement protéger l'accès à la culture dans le cercle familial : « la libre jouissance de la forme par l'amateur, que favorise la liberté de la copie privée dans le cercle de famille, s'inscrit très précisément dans ce droit de participer à la vie culturelle »[(2301)]. Soulignons cependant que certaines copies ne ressortiront pas nécessairement du droit de participer à la vie culturelle, mais viseront plutôt soit la consommation pure et simple soit le commerce.

La loi belge sur le droit d'auteur et les droits voisins reconnaît une série d'exceptions pour le cercle familial :

> « Art. 22
>
> 1. Lorsque l'œuvre a été licitement publiée, l'auteur ne peut interdire :
>
> 3° l'exécution gratuite et privée effectuée dans le cercle de famille [...] ;
>
> 4° la reproduction fragmentaire ou intégrale d'articles ou d'œuvres plastiques ou celle de courts fragments d'autres œuvres, à l'exception des partitions, lorsque cette reproduction est effectuée sur papier ou sur un support similaire, au moyen de toute technique

(2299) C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, *op. cit.*, p. 232 ; A. Strowel, « Droit d'auteur et accès à l'information : de quelques malentendus et vrais problèmes à travers l'histoire et les développements récents », *Cah. Propr. Intell.*, octobre 1999, p. 198.

(2300) A. Strowel et F. Tulkens, « Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur. À propos de la liberté de créer et d'user des œuvres », in *Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, *op. cit.*, pp. 10 à 28.

Pour le droit français, ce sont les deux premiers aliénas de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle qui règlent cette question.

(2301) P. Gaudrat et F. Sardain, « De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur », *Communication - Commerce électronique*, novembre 2005, étude n° 37, p. 14, cité par A. Zollinger, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 401, n° 1115.

photographique ou autre méthode produisant un résultat similaire, dans un but strictement privé et ne porte pas préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre ;

5° la reproduction sur tout support autre que sur papier ou support similaire, d'œuvres, effectuée dans le cercle de famille et réservée à celui-ci »[2302].

704. Ces limites en faveur de l'exécution privée et de la « copie privée », qui valent également pour les droits voisins[2303] garantissent l'accès aux œuvres et aux patrimoines par la reproduction ou par l'exécution directe, dans le cercle familial. Il serait en effet difficile d'imaginer qu'une famille ne puisse pas partager ses émotions artistiques, en partageant l'écoute d'un disque ou le visionnage d'un film. Par ailleurs, ces limites du droit d'auteur n'excluent pas que celui-ci perçoive une rémunération : au contraire, l'article 55 de la loi sur le droit d'auteur prévoit un droit à une rémunération pour la reproduction privée. Ainsi, la rémunération pour copie privée permet d'assurer une protection des revenus des auteurs. L'idée est que la redevance est due sur les appareils et/ou supports vierges, que ces appareils et supports soient effectivement destinés à la copie ou non[2304]. Soulignons que la loi sur le droit d'auteur prévoit que l'État et les Communautés, à travers un accord de coopération, peuvent se saisir de 30 % du montant de la rémunération de la copie privée pour promouvoir « la création d'œuvres »[2305].

705. Ces deux limites du droit d'auteur (exécution privée et copie privée) correspondent selon nous à des démembrements du droit à la culture et devraient donc recevoir une interprétation

(2302) Art. 22, LDA, telle que modifiée par la loi du 22 mai 2005.

(2303) LDA, art. 46°, 4° et 12°.

(2304) A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 147, n° 87.

C'est l'article 59 de la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins qui règle le cas de la rémunération des auteurs et des éditeurs en cas de reproduction sur support papier ou similaire.

L'article 60 règle le cas de la rémunération des auteurs et des éditeurs pour les cas de reproduction sur support papier ou similaire dans le cas des « gros utilisateurs » (« copy shop », entreprise...).

L'article 55 règle le cas de la rémunération des reproductions réalisées sur d'autres supports que le papier (numériques, sonores ou audiovisuelles).

(2305) Art. 58, § 2, LDA.

large. Toutefois, en l'état actuel de la loi sur les droits d'auteur, elles restent d'application restrictive, puisqu'elles restent considérées comme des simples exceptions au droit d'auteur. C'est pourquoi la notion de « cercle de la famille » fait l'objet d'une interprétation stricte[2306] et se limite aux cercles unissant des personnes par un lien quasi-familial. Cette interprétation devrait au contraire être ouverte, pour englober l'ensemble des groupes dans lesquels les individus maintiennent des liens sociaux fondateurs (cercles d'amis, associations, organisations de jeunesse…).

Pour ce qui concerne la reproduction privée, comme le souligne Alain Berenboom, en l'état actuel de la jurisprudence, « le caractère privé de la reproduction doit être apprécié dans le chef de celui qui réalise la copie »[2307]. Il semble que le champ d'application de cette exception couvre, au-delà de la sphère purement privée du copiste, son lieu de travail ou son entreprise, seulement dans la mesure où cette utilisation ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux auteurs[2308]. Alors qu'Alain Berenboom considère que la copie privée doit avoir une source licite, c'est-à-dire un mode de distribution autorisé[2309], d'autres contestent ce point de vue. Ainsi, pour Séverine Dusollier, l'exception de copie privée concerne également les cas de copie de fichiers dans le cadre d'échanges licites *peer to peer* ou de copie d'un fichier protégé par des dispositifs techniques qui ne respectent pas l'exception de copie privée[2310]. Par ailleurs, la reproduction privée doit respecter les conditions établies dans la loi. Ainsi, concernant la reproduction sur papier ou support similaire (photocopie ou reprographie), sont autorisées la reproduction

(2306) Cass., 18 février 2000, *A&M*, 2000, p. 290 ; Cass., 26 janvier 2006, *A&M*, 2006, n° 2, p. 180, note H. Vanhees.

(2307) A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins, op. cit.*, p. 150, n° 87.

(2308) *Ibid.*, p. 151, n° 87. Ainsi, par exemple l'auteur cite les revues de presse réalisées au sein d'une entreprise ou d'une administration pour ses employés, ce qui est considéré comme une atteinte excessive aux droits des auteurs et éditeurs.

(2309) *Ibid.*, p. 151, n° 87.

(2310) S. Dusollier, « L'utilisation légitime de l'œuvre », *Communication - Commerce électronique*, novembre 2005, p. 1 ; S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'environnement numérique*, *op. cit.*, n° 589. Voy. également A. et H.-J. Lucas, *Traité de propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 2e édition, 2006, n° 354.

intégrale d'articles et d'œuvres plastiques et la reproduction par « courts fragments » des autres œuvres[2311] mais seulement à des fins « strictement privées »[2312]. Concernant la reproduction sur d'autres types de supports (sonore, audiovisuel, numérique), la reproduction peut viser « toutes les œuvres même dans leur intégralité »[2313], lorsque la reproduction est destinée au cercle de famille.

Pour ce qui concerne l'exécution privée, la doctrine et la jurisprudence sont incertaines quant aux critères à mettre en œuvre pour déterminer le caractère privé de la communication, C'est le critère de l'accès restreint qui semble prédominer[2314], autrement dit, dans une communication privée, c'est la « destination de l'exécution, combiné avec l'intimité, qui unit ceux qui y assistent »[2315]. Le nouveau concept de « cercle de famille » introduit par la loi de 1994 ne reçoit pas une interprétation très claire, mais il semble que celui-ci doit inclure notamment les cas de diffusion au sein de l'entreprise, si le test des trois étapes est respecté[2316]. La jurisprudence est tatillonne à ce sujet et un arrêt de la Cour de cassation du 26 janvier 2006 retient qu'un home pour personnes âgées constitue un « groupe restreint de personnes unies par un lien tellement étroit qu'il peut être assimilé à un lien familial »[2317]. Selon Alain Berenboom, il n'est pas admissible que le caractère privé d'une exécution ne puisse être retenu qu'en cas de « lien familial » : il faut tenir compte du lien d'intimité entre les personnes, du nombre de personnes présentes pour vérifier s'il y a en l'espèce un véritable préjudice pour les auteurs[2318].

(2311) A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 148, n° 81.

(2312) Art. 22, § 1er, 4°.

(2313) A. Berenboom, *ibid.*, p. 148, n° 81.

(2314) A. Berenboom, *ibid.*, p. 159, n° 90 ; Cass., 25 mai 1972, *Pas.*, 1972, I., p. 885.

(2315) A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op.cit.,* n° 86, p. 109. Sont ainsi considérés comme des lieux d'exécution privés les cours de danse, les prisons et les casernes, mais pas les magasins dans lesquels est diffusée de la musique même si cette diffusion n'est due qu'à la radio ou la télévision et même si le but n'est que de tester l'appareil ou de faire vendre des disques.

(2316) Voy., sur cette question, B. Michaux, « La communication d'œuvres et de prestations au sein de l'entreprise », *A&M*, 2003, n° 4, p. 245 ; A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, pp. 161-163, n° 90.

(2317) Cass., 26 janvier 2006, *A&M*, 2006, n° 2, p. 180, note H. Vanhees.

(2318) A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.,* p. 164, n° 90.

706. En droit français, l'article L. 122-5-2° du Code de la propriété intellectuelle, qui met hors de portée de l'auteur « les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective ». Cette exception, qui est traditionnellement justifiée par le respect de la vie privée et par le droit du public à l'information(2319), trouve également un fondement dans le droit du public d'accéder aux œuvres et aux patrimoines. En effet, la volonté d'accéder à certaines œuvres ou à certains patrimoines ne pourra parfois se réaliser sans un acte de copie privée. Cette exception est enserrée dans des limites très étroites. En droit français, l'exception de copie exclut toute utilisation collective. Ne sont donc pas couvertes les copies à usage interne dans une institution, ni les copie réalisées dans l'enseignement ou par les bibliothèques, même publiques, pour les usagers(2320). Cette restriction semble déséquilibrée au regard du droit à la culture, d'autant plus que la copie donne lieu à rémunération versée en compensation.

707. En droit américain, l'exception générale de « fair use » couvre notamment certains cas de copie privée. Cette exception, prévue à l'article 107 de la loi américaine de 1976 dispose en effet que « l'usage loyal d'une œuvre protégée [...] à des fins telles que la critique, le commentaire, le reportage d'actualité, l'enseignement (comprenant les copies multiples destinées à l'utilisation en classe), la recherche et l'étude personnelle ne constitue pas une atteinte au *copyright* »(2321). Même si la copie privée n'est pas citée dans les motifs de la loi de 1976, qui énumèrent toute une série d'utilisations loyales, la jurisprudence a remédié à cette absence en admettant, dans certains cas, la copie privée(2322). En effet, on se souviendra que l'exception de « fair use » est ouverte et que la jurisprudence peut l'interpréter de manière assez flexible. Le législateur est venu confirmer cette exception de copie privée dans certains cas(2323) et l'a infirmé dans d'autres(2324). Par ailleurs, les tribunaux eux-mêmes

(2319) Voy. C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, *op. cit.*, p. 232, n° 261.

(2320) *Ibid.*, p. 234, n° 261.

(2321) Copyright Act de 1976, Art. 107.

(2322) *Sony Corp of America v. Universal City Studios Inc.*, 464 U.S. 417, 104 S. Ct. 774, 78 L. ED. 2d. 574.

(2323) Audio Home Recording Act et art. 2008 du Copyright Act.

(2324) Voy. art. 1201 k de la loi de 1998 Digital Millenum Copyright Act, qui prévoit l'interdiction de produire et de distribuer des appareils dépourvus de systèmes de protection contre les copies.

semblent réticents à admettre la copie privée lorsqu'elle est facilitée par un service commercial, comme dans les affaires *Napster* et *MP3.com*[2325] : la doctrine de l'« usage loyal » ne facilite pas toujours les droits du public[2326].

708. Les évolutions techniques ont grandement favorisé l'exception de reproduction privée et d'exécution privée en leur offrant d'importants prolongements. C'est que les nouvelles technologies ont depuis longtemps dépassé l'antique magnétoscope et offrent de formidables perspectives pour l'échange de fichiers, l'accès à la diversité culturelle et la participation culturelle via les plateformes créatives. Les technologies ayant ouvert le champ des possibles pour la diffusion, la reproduction, la transformation et la transmission des œuvres, la copie privée aurait pu voir son champ d'application étendu. Or, la loi sur le droit d'auteur a choisi de restreindre l'exception de copie privée à travers des mécanismes comme la protection des mesures techniques et elle a refusé de prendre en compte la copie privée réalisée par des tiers pour un cadre privé[2327]. Dans l'univers numérique, le droit à la copie privée, démembrement du droit de participer à la vie culturelle, a ainsi été cadenassé par la protection des mesures techniques, qui établissent un contrôle de l'utilisation des œuvres et qui empêchent l'application du droit de copie privée[2328].

Par ailleurs, alors que, dans un premier temps, en droit américain à tout le moins, l'on a considéré que les magnétoscopes et autres mesures techniques propres à faciliter la copie n'entraînaient pas la responsabilité des fabricants même si ces technologies offraient la possibilité de copier illégalement[2329], l'avènement

(2325) Voy. *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F. 3d. 1994 (9th Circ. 2001) ; *UMG Recording Inc v. MP3.com Inc*, 92 F. Supp. 2d 349, et D. Lefranc, « Le nouveau public. Réflexions comparatistes sur les décisions 'Napster' et 'mp3.com' », *Dalloz*, janvier 2001, p. 107.

(2326) C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, *op. cit.*, p. 248, n° 286.

(2327) Voy. S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*

(2328) *Ibid.*

Soulignons cependant que d'autres mécanismes semblent quant à eux propres à susciter une extension de l'application du droit de copie privée (T. Stamos, « La copie privée cherche à s'étendre : feu vert pour le vPVR [virtual Personal Video Recorder] ? », *R.D.T.I.*, 2009, n° 36, pp. 105-128).

(2329) *Sony Corp. of Am. V. Universal City Studios Inc*, 464 U.S. 417, 442, 1984.

du numérique a sonné le glas de cette relative bienveillance des juges[2330]. L'exemple du *peer-to-peer* est symptomatique. Grâce à la technique du MP3, qui permet de compresser des fichiers musicaux ou audiovisuels, les possibilités d'échange et d'envoi sont très importantes. Sur les plateformes Napster, Kazaa ou Grokster, d'intenses échanges de MP3 s'opéraient entre les ordinateurs connectés. Si une masse importante de ces échanges constituait une violation des *copyrights*, d'autres échanges procédaient eux du « fair use » ou s'opéraient moyennant un payement. Lors du procès aux États-Unis de la plateforme *Napster* la relation entre l'utilisation de techniques *peer-to-peer*, qui offrent de formidables possibilités pour l'accès et la diffusion de la culture, et les *copyrights* a été analysée[2331]. Refusant d'appliquer la jurisprudence *Sony Corporation*, les juges ont retenu la responsabilité de *Napster* pour les violations des *copyrights* commises sur son réseau. De la même manière, la Cour suprême des États-Unis a validé la condamnation de la plateforme *Grokster*, parce qu'elle ne pouvait pas ignorer certaines pratiques illégales, qu'elle favorisait à certains égards, même si certains échanges de fichiers étaient légaux[2332]. Poursuivant cette logique de criminalisation des échanges *peer-to-peer*, les législations sur le droit d'auteur ont développé des systèmes permettant d'incriminer les utilisateurs eux-mêmes, et plus seulement les plates-formes. Ainsi, le *Digital Millenium Copyright Act* de 1998 interdit l'utilisation d'outils permettant de contourner les mesures de protection des œuvres[2333].

Alors que de nombreuses voix s'élèvent pour contester ces mesures[2334], des modèles alternatifs imaginés par des académiques

(2330) Voy., sur la protection des droits d'auteur en ligne, M. Beutz Land, « Protecting Rights Online », *Yale K. Int'l L.*, 2009, n° 34, pp. 1-45.

(2331) *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.,* 239 F. 3d 1004, 9th Circ. 2001.

(2332) *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v ; Grokster*, 125 S. Ct., 2005.

(2333) Digital Millenium Act, 17 U.S.C., § 101.

(2334) Certains dénoncent par ailleurs un dévoiement de la sphère internet, espace de liberté, d'accès et de participation, au profit d'industries désormais dépassées par les technologies. S'il est vrai que les industries musicales continuent de perdre énormément d'argent, il n'est pas certain que les artistes eux-mêmes en soient moins incités à créer. Peut-être est-ce parce que les intermédiaires industriels, dans l'univers numérique, n'apparaissent plus comme étant nécessaires... Pourquoi alors vouloir à tout prix conserver des monopoles, des industries qui ne jouent presque plus aucun rôle dans la diffusion et la création d'œuvres en numérique ?

comme Niel Netanel ou William Fisher semblent propres à concilier incitation à la création, rémunération des artistes et libre accès sur le net. D'autres alternatives développent des *copyrights* spécifiques (*Creative Commons*) ou recueillent de manière privée des allocations d'utilisateurs. Des plates-formes de téléchargement légales et intelligentes permettent aux utilisateurs d'accéder à des contenus de qualité et diversifiés (*Napster* et *iTunes*). Des systèmes de compensation alternatifs sont imaginés au profit des créateurs afin de préserver le libre flux des échanges *peer-to-peer*, comme le *Non Commercial Use Levy*[2335]. Ces modèles alternatifs pourraient être étudiés comme autant de voies à suivre pour équilibrer droits d'auteur et droit à la culture, même s'ils restent à l'heure actuelle, insuffisants.

2. Les limites au profit de l'enseignement, d'activités scolaires et de recherche scientifique

709. En droit belge, la loi établit ensuite une série d'exceptions au bénéfice de l'enseignement et de la recherche, afin de permettre l'utilisation d'œuvres dans cet objectif. Ainsi, est exemptée de l'obligation d'obtenir l'autorisation de l'auteur :

> « 3° l'exécution gratuite et privée effectuée dans le cercle de famille ou dans le cadre d'activités scolaires ;
>
> 4°*bis*. la reproduction fragmentaire ou intégrale d'articles, de partitions, d'œuvres plastiques ou celle de courts fragments d'autres œuvres fixées sur un support graphique ou analogue lorsque cette reproduction est effectuée à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique dans la mesure justifiée par le but non lucratif poursuivi et ne porte pas préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre ;
>
> 4°*ter*. la reproduction fragmentaire ou intégrale d'articles ou d'œuvres plastiques ou celle de courts fragments d'autres œuvres, lorsque cette reproduction est effectuée sur tout support autre que sur papier ou support similaire, indiquée à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique dans la mesure justifiée par le but non lucratif poursuivi et ne porte pas préjudice à

(2335) L. A. Morea, « The Future of Music in a Digital Age : The Ongoing Conflict Between Copyright Law and Peer-to-Peer Technology », *Campbell L. Rev.*, 2006, Vol. 28, n° 2, pp. 195-249.

l'exploitation normale de l'œuvre, pour autant, à moins que cela ne s'avère impossible, que la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiqué ;

4°*quater*. la communication d'œuvres lorsque cette communication est effectuée à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique par des établissements reconnus ou organisés officiellement à cette fin par les pouvoirs publics et pour autant que cette communication soit justifiée par le but non lucratif poursuivi, se situe dans le cadre des activités normales de l'établissement, soit effectuée uniquement au moyen de réseaux de transmission fermés de l'établissement et ne porte pas préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre, et à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée ;

7° l'exécution gratuite d'une œuvre au cours d'un examen public, lorsque le but de l'exécution n'est pas l'œuvre elle-même, mais l'évaluation de l'exécutant ou des exécutants de l'œuvre en vue de leur décerner un certificat de qualification, un diplôme ou un titre dans le cadre d'un type d'enseignement reconnu ».

710. Ces exceptions bienvenues à l'heure de l'« e-learning » cherchent à adapter les exceptions traditionnelles contenues dans les droits d'auteur à l'enseignement « numérisé ». Toutefois, comme le démontre Philippe Laurent, ces exceptions forment un système hétérogène et très complexe à mettre en œuvre (il faut parfois cumuler jusqu'à sept conditions pour pouvoir utiliser une œuvre !) si bien qu'elles mériteraient d'être réorganisées et réétudiées[2336].

Alain Berenboom propose de distinguer trois cas d'exécution ou de communication à des fins scolaires. D'abord, l'exécution et la communication (en réseau) d'une œuvre dans un cadre scolaire (dans un local d'un établissement scolaire) « est possible à toutes fins (même de divertissement) » à la condition que l'accès à cette exécution ou à cette communication soit limité aux élèves et aux enseignants. Il faut considérer la notion d'« activité scolaire » au sens large, comme intégrant les soirées et autres activités ludiques lorsqu'elles sont limitées aux élèves et enseignants[2337]. La deuxième

(2336) P. Laurent, « Les nouvelles exceptions au droit d'auteur en faveur de l'enseignement : l'ère de l'*e-learning* », *A&M*, 2008, n° 3, pp. 180-193.

(2337) A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, pp. 160-161, n° 90.

exception concerne l'exécution ou la communication d'une œuvre cette fois en public, à l'occasion d'examens publics pour les acteurs, musiciens, comédiens, etc. Cependant, il semble que cette exception ne s'applique pas pour les auteurs audiovisuels pour les séances de projection publique dans les écoles de cinéma[2338]. La troisième exception concerne la communication en réseau à des fins d'enseignement uniquement, dans des établissements reconnus[2339].

À ces exceptions au profit de l'exécution et de la communication, il faut ajouter deux exceptions concernant la reproduction. La première concerne la reproduction intégrale d'articles et d'œuvres plastiques et la reproduction par « courts fragments » des autres œuvres à des fins d'illustration de l'enseignement. Sont concernés tous les types de reproduction d'œuvres sur papier ou support similaire (photocopie et reprographie)[2340]. Cette fois-ci, plus question donc d'autoriser la reproduction pour les « activités scolaires » au sens large, seul est concerné l'enseignement, pour lequel la reproduction doit servir d'illustration, « dans la mesure justifiée par le but non lucratif poursuivi » et à condition que la reproduction « ne porte pas préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre ». La deuxième concerne la reproduction sur un support autre que le papier, c'est-à-dire sur tout support numérique, sonore ou audiovisuel[2341]. À nouveau, seules les œuvres plastiques et les articles peuvent être reproduits intégralement, la reproduction d'autres œuvres doit être limitée à de « courts fragments ». Le but doit également être l'illustration de l'enseignement et il doit y avoir mention de la source et du nom de l'auteur, si possible.

711. Les exceptions introduites au profit de la recherche suivent le même régime que celles introduites au profit de l'enseignement.

3. Les limites insérées au profit des institutions culturelles et de diffusion de la culture

712. En droit belge, des exceptions tout à fait bienvenues ont été établies dans la loi sur le droit d'auteur au profit des institutions

(2338) *Ibid*., pp. 160-161, n° 90.
(2339) *Ibid*.
(2340) *Ibid*., p. 148, n° 87.
(2341) *Ibid*.

culturelles et de la diffusion de la culture. Les limites aux droits patrimoniaux comprennent ainsi « la copie ou la communication par des bibliothèques publiques, des musées ou des archives sans but lucratif, d'œuvres qui font partie de leur collection »[(2342)], « la copie éphémère par les radios pour leurs propres émissions » ou encore la « copie et la communication au public visant à annoncer des expositions publiques ou des ventes d'œuvres artistiques, dans la mesure nécessaire pour promouvoir l'événement en question, à l'exclusion de toute autre utilisation commerciale »[(2343)].

La loi de 2005 a étendu l'exception introduite en 1994 au profit de la Cinémathèque de Belgique, afin de consacrer un droit à la reproduction pour les institutions de conservation du patrimoine et d'archivage[(2344)].

713. Une série de limites au profit des institutions culturelles et des institutions du patrimoine au sens large sont ainsi consacrées, qui vont permettre à la fois la reproduction d'œuvres protégées par les droits d'auteur et leur communication à certaines conditions :

> « 8° la reproduction limitée à un nombre de copies déterminé en fonction de et justifié par le but de préservation du patrimoine culturel et scientifique, effectuée par des bibliothèques accessibles au public, des musées ou par des archives, qui ne recherchent aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect, pour autant que cela ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.
>
> Les matériaux ainsi produits demeurent la propriété de ces institutions qui s'interdisent tout usage commercial ou lucratif.
>
> L'auteur pourra y avoir accès, dans le strict respect de la préservation de l'œuvre et moyennant une juste rémunération du travail accompli par ces institutions ;
>
> Les contretypes, copies, restaurations et transferts, effectués par la Cinémathèque royale de Belgique, dans le but de préserver le patrimoine cinématographique et pour autant que cela ne porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice aux intérêts légitimes de l'auteur.

(2342) Avec son corollaire, le droit de prêt.

(2343) Art. 22 LDA.

(2344) A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 150, n° 87.

Les matériaux ainsi produits demeurent la propriété de la Cinémathèque qui s'interdit tout usage commercial ou lucratif. L'auteur pourra y avoir accès, dans le strict respect de la préservation de l'œuvre et moyennant une juste rémunération du travail accompli par la Cinémathèque.

9° la communication y compris par la mise à disposition à des particuliers, à des fins de recherches ou d'études privées, d'œuvres qui ne sont pas offertes à la vente ni soumises à des conditions en matière de licence, et qui font partie de collections des bibliothèques accessibles au public, des établissements d'enseignement et scientifiques, des musées ou des archives qui ne recherchent aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect, au moyen de terminaux spéciaux accessibles dans les locaux de ces établissements ;

10° les enregistrements éphémères d'œuvres effectués par des organismes de radiodiffusion pour leurs propres émissions et par leurs propres moyens, en ce compris par les moyens de personnes qui agissent en leur nom et sous leur responsabilité »[2345].

Le principe de la reproduction d'un nombre limité de copies par les institutions de conservation du patrimoine et d'archivage est ainsi acquis, à condition que les copies restent propriété desdites institutions. La loi de 2005 permet également à ces institutions d'exposer leurs collections « à des particuliers », à condition que ceux-ci les consultent « à des fins de recherches ou d'études privées », ce qui constitue selon Alain Berenboom une « condition absurde et invérifiable »[2346].

714. Ces diverses limites introduites au profit des institutions culturelles et de diffusion de la culture sont des cas paradigmatiques de concrétisation de l'obligation de protéger le droit d'accéder aux cultures et aux patrimoines.

Celles-ci se retrouvent d'ailleurs dans les autres ordres juridiques. Ainsi, en droit américain, l'article 108 de la loi de 1976 prévoit que les bibliothèques « non profit » et les archives publiques peuvent reproduire des œuvres littéraires pour le public, à condition que la copie soit réalisée à des fins non lucratives, qu'elle porte la mention de « copyright » et qu'il ne soit procédé qu'à une seule copie

(2345) Art 22 LDA.

(2346) A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 180, n° 97.

de l'œuvre en question par institution. Par ailleurs, l'article 108 b) et c) permet aux bibliothèques de reproduire une œuvre pour remplacer un exemplaire détérioré. Il est également possible aux bibliothèques et autres services d'archives de procéder à des copies d'articles ou d'extraits d'œuvres pour un utilisateur à des fins privées. L'article 1108 e) autorise la reproduction en entier d'une œuvre lorsque l'ouvrage est épuisé ou introuvable. Les œuvres musicales, graphiques, artistiques et audiovisuelles ne peuvent en principe pas faire l'objet d'une reproduction, sauf lorsqu'elles concernent une actualité. La doctrine de l'usage loyal pourra être appliquée en sus de ces règles, si bien qu'il est possible qu'une reproduction d'œuvre musicale soit autorisée, même en dehors de tout lien avec l'actualité, si elle est motivée par une situation particulière[2347]. Ces exceptions au profit de la diffusion de la culture tentent d'aménager un espace suffisant pour ces institutions du « public good » et d'équilibrer entre les acteurs de ces institutions, convaincus de leur mission de « service public » et les intérêts privés et commerciaux du *copyright*[2348]. Le législateur américain apparaît bien conscient de l'importance de cette exception : il a ainsi, pendant un temps, exigé que soient rédigés des rapports sur l'équilibre entre droit d'auteur et recherche et diffusion de la culture[2349].

715. La sphère numérique et les nouvelles technologies offrent de formidables possibilités d'extension de ces limites instituées en faveur des institutions de la culture afin de favoriser l'archivage, la conservation, la diffusion et la participation à la culture. Les bases de données, les collaborations en ligne, le *peer-to-peer*, les possibilités quasi infinies d'accompagnement pédagogique, d'aide à la création et à l'accès constituent autant d'outils qui pourraient faciliter l'accès et la participation aux patrimoines et aux cultures. Que l'on pense aux projets de bibliothèques numériques ou de création de contenus culturels par la collaboration en ligne, ou au *sampling*,

(2347) Voy. le « House Report on the Copyright Act of 1976 ».

(2348) Voy., sur ce conflit et sur la manière dont chacun des deux « camps » mésinterprète le droit d'auteur, L. N. GASAWAY, « Values in Conflicts in the Digital Environment : Librarians Versus Copyright Holders », *Col. VLA J. L. & Arts*, 2000-2001, n° 24, pp. 115-161.

(2349) C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, *op. cit.*, p. 250. L'article 108 (i) de la loi de 1976 prévoyait que des rapports soient rédigés afin de déterminer si l'exception prévue à l'article 108 était satisfaisante.

etc. Dans l'exploitation de ces nouvelles technologies, les ayants droit des droits d'auteur revendiquent fort logiquement le respect de leurs droits. La conciliation entre les intérêts en présence s'annonce d'ores et déjà délicate et risque, s'il y a déséquilibre, de freiner voire d'anéantir les bénéfices escomptés la sphère numérique pour l'accès, la diffusion et la participation.

En particulier, les projets de bibliothèques numériques se heurtent à de nombreux obstacles. Ces bibliothèques ne proposent en tout cas pas des œuvres protégées, qui sont pourtant présentes dans les bibliothèques publiques « classiques ». Elles se limitent à offrir aux utilisateurs l'accès aux œuvres « silencieuses » : les œuvres « orphelines », les œuvres qui ne sont plus publiées, les banques de données nationales, les œuvres du domaine public et une poignée d'autres œuvres. Par ailleurs, les exceptions concernant les bibliothèques et autres services similaires ne concernent pas l'ensemble des services que pourraient fournir des bibliothèques numériques. Ainsi, en droit américain, les bibliothèques *on line* ne sont pas concernées par les exceptions prévues par l'article 108 détaillées *supra*(2350). Si le Digital Millenium Act autorise les bibliothèques « classiques » à utiliser des techniques numériques dans la préservation et le stockage des œuvres, il interdit que ces œuvres numérisées soient disponibles *on line*. Même si une exemption de poursuite pénale a été introduite dans le Digital Millenium Act(2351), les pressions des bibliothécaires pour que tout usage de la sphère numérique dans le cadre d'une bibliothèque soit reconnu comme loyal, en raison du « public good » poursuivi par les bibliothécaires, ont été écartées(2352). En Belgique également, la communication des

(2350) M. B. Nimmer et D. Nimmer, *Nimmer on Copyright*, Vol. 2, *op. cit.*, § 8.03, (E) (A) (c), cité dans C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, *op. cit.*, p. 248, n° 287.

(2351) La section 1204 du DMCA prévoit que les bibliothèques « non profit », les archives et les institutions éducatives sont exemptées des dispositions pénales concernant les « anti circumvention » ou le retrait des « copyright management information ». Aucune amende et aucun emprisonnement ne peut être adressé aux bibliothèques.

(2352) Une partie des bibliothécaires américains revendiquaient que soient considérées comme « usage loyal » les actions suivantes : « to read, listen to or view publicly marketed copyright material privately, on site or remotely ; to browse through publicly marketed copyrighted material ; to experiment with variations of copyrighted materials for fair use purposes, while preserving the integrity of the original ; to make or have made for them a first generation

collections numérisées par la communication en réseau est très limitée : seuls les terminaux spéciaux accessibles à l'intérieur des locaux peuvent fournir un accès à celles-ci.

4. Les limites insérées au profit des établissements hospitalier, pénitentiaire, d'aide à la jeunesse ou d'aide aux personnes handicapées

716. Enfin, la loi sur le droit d'auteur, telle que modifiée par la loi de 2005, a introduit des limites « au droit d'auteur au bénéfice des personnes handicapées et des établissements hospitaliers, pénitentiaires, d'aide à la jeunesse ou d'aide aux personnes handicapées » :

> « 11° la reproduction et la communication au public d'œuvres au bénéfice de personnes affectées d'un handicap qui sont directement liées au handicap en question et sont de nature non commerciale, dans la mesure requise par ledit handicap, pour autant que cela ne porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ;
>
> 13° la reproduction d'émissions, par les établissements hospitaliers, pénitentiaires, d'aide à la jeunesse ou d'aide aux personnes handicapées reconnus, pour autant que ces établissements ne poursuivent pas de but lucratif et que cette reproduction soit réservée à l'usage exclusif des personnes physiques qui y résident ».

717. La reproduction « à titre social »[2353] est ainsi autorisée par la loi sur le droit d'auteur à certaines conditions. Cette reproduction peut être réalisée au bénéfice des personnes handicapées (on pense évidemment à la fabrication d'ouvrages en braille pour les personnes aveugles et aux dispositifs pour les personnes malvoyantes) mais aussi au bénéfice de certains établissements, à la condition que ces reproductions soient destinées aux personnes dont ces institutions

---

copy for personal use of an article or small part of a publicly marketed copyright work or a work in a library's collection for such purpose as study, scholarship or research ; and to make transitory copies if ephemeral or incidental to a lawful use and if retained only temporarily ». Seule la copie d'article ou de partie d'œuvre a été introduite dans le DMAC. Voy. Association of Research Libraries, *Fair use In the Electronic Ages : Serving the Public Interest*, 1995.

(2353) A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 149, n° 87.

s'occupent et qu'elles ne visent pas de but lucratif. Pour les établissements hospitaliers, pénitentiaires et d'aide à la jeunesse ou aux personnes handicapées, il semble que seules les « émissions » puissent être reproduites, ce qui restreint le champ de l'exception aux « programmes télévisés et radiodiffusés », excluant ainsi « la copie de DVD ou de CD du commerce »[(2354)].

Par ailleurs, dans le cas de l'exception introduite au bénéfice des institutions hospitalières, pénitentiaires, d'aide à la jeunesse et d'aide aux personnes handicapées, la loi ne mentionne que la « reproduction » et non la communication. Selon Alain Berenboom, une telle communication est autorisée dès lors qu'elle peut être considérée comme réalisée « dans le cercle de famille » : « c'est-à-dire que seuls les résidents peuvent y avoir accès »[(2355)].

5. La limite insérée au profit de la reproduction provisoire

718. L'article 21 transpose l'exception obligatoire de la directive du 22 mai 2005 et qui concerne la reproduction provisoire, transitoire ou accessoire ou qui constitue une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique lorsque le but de cette reproduction est de transmettre l'œuvre en réseau ou de l'utiliser licitement[(2356)]. L'idée est de permettre une jouissance normale de l'œuvre acquise licitement.

C. **Les limites imposées par la théorie de l'abus de droit**

719. La rupture entre droits d'auteur et droit à la culture est parfois analysée par les juges. Dans certaines décisions, ceux-ci décident d'assumer le conflit en passant par la théorie de l'abus de droit pour sanctionner les empiétements du droit d'auteur sur le droit à la culture.

(2354) *Ibid*., p. 149, n° 87.

(2355) *Ibid*.

(2356) Art. 21, § 3 : « L'auteur ne peut pas interdire les actes de reproduction provisoires qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre

– une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ; ou

– une utilisation licite,

d'une œuvre protégée, et qui n'ont pas de signification économique indépendante ».

720. En droit belge, comme l'explique Alain Berenboom, « en faisant valoir ses droits patrimoniaux, et même ses droits moraux, l'auteur peut être amené à devoir s'expliquer. Ses droits ne seront, en effet, pas sanctionnés s'il ne défend pas un intérêt matériel ou moral légitime ou raisonnable ou si son but est de nuire à un tiers »[(2357)]. Ainsi, le droit belge prévoit que l'auteur, même s'il a renoncé à ses droits moraux, peut encore s'opposer à la déformation, mutilation ou autre modification de l'œuvre mais, pour ce faire, il devra prouver que ces actes sont effectivement « préjudiciables à son honneur ou à sa réputation »[(2358)]. La jurisprudence a confirmé cette application de la théorie de l'abus de droit aux droits d'auteur[(2359)], notamment en refusant l'action en cessation lorsqu'elle apparaît abusive[(2360)]. Cette application de la théorie de l'abus de droit ne peut toutefois s'opérer que dans « des circonstances exceptionnelles »[(2361)].

721. Comme le souligne Alain Berenboom, « même la doctrine française, réputée la plus attentive aux prérogatives de l'auteur, s'accorde pour appliquer ces principes, y compris à l'exercice du droit moral pourtant proclamé en France 'perpétuel, inaliénable et imprescriptible', même au droit de retrait considérée comme 'unilatéral, absolu et discrétionnaire' »[(2362)]. L'application de cette théorie de l'abus de droit en droit français a donné lieu à des développements importants, qui intéressent tout particulièrement la question du droit d'accéder à la culture.

Dans le cas des œuvres non divulguées, l'invocation du droit d'accéder au patrimoine et aux œuvres recouvre une importance non négligeable. Lorsque l'auteur est encore vivant, l'existence de son droit moral de divulgation fait échec à l'invocation du droit

(2357) A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 41, n° 20.

(2358) *Ibid.*, p. 41, n° 20.

(2359) Trib. Comm. Bruxelles, 26 mai 1993, *R.D.C.* 1994, p. 651, note V. Dehin ; Bruxelles, 4 septembre 1996, *A&M*, 1996, n° 4, p. 420, note J. Corbet, cités par A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.,* p. 42, n° 20.

(2360) Voy. A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.,* n° 297, p. 463.

(2361) Voy., sur ce point, la jurisprudence européenne qui met en balance règles de concurrence et droit d'auteur.

Voy. notamment C.J., *Magill*, 6 avril 1995, aff. C-241/91 P et C.J., *Volvo*, 5 octobre 1988, aff. 238/87.

(2362) A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.,* p. 43, n° 20.

à la culture. En effet, ce droit moral de divulgation est un droit exclusif et l'auteur « ne pourra être contraint de verser son œuvre au patrimoine culturel commun »[(2363)]. Il n'est pas possible d'invoquer la théorie de l'abus de droit pour imposer une diffusion face à ce droit moral de divulgation[(2364)]. C'est après le décès de l'auteur que le droit d'accéder aux patrimoines et aux œuvres recouvre une certaine effectivité. En effet, l'exercice par les héritiers de l'auteur du droit moral de divulgation doit s'inscrire dans la continuité de la volonté de celui-ci. Même s'il n'est pas toujours invoqué en tant que tel, c'est bien le droit d'accéder à la culture qui est en jeu ici, renforcé par l'obligation de respecter les volontés de l'auteur décédé[(2365)]. Dans plusieurs affaires françaises, les juges ont établi ce lien entre droit d'accéder à la culture et volonté de l'auteur. Ainsi, les juges du Tribunal de Grande Instance de Reims, en se prononçant sur les écrits de Roger Gilbert Lecomte, ont considéré que « le refus du légataire universel d'autoriser la publication constitue un abus notoire de son droit de divulgation puisqu'en ce faisant, il s'oppose à l'enrichissement du patrimoine littéraire national »[(2366)]. Même s'il est vrai que c'est la volonté de l'auteur qui reste l'élément décisif dans ce genre de cas[(2367)], l'importance de l'œuvre et de sa communication au public rentre souvent en compte. Il y a donc ici une affiliation indirecte, mais certaine, de cette jurisprudence au droit d'accéder à la culture, qui apparaît en filigrane[(2368)].

Dans le cas des droits patrimoniaux, la sanction de l'abus de droit commis par les héritiers exprime également une prise en compte

(2363) M. Cornu, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, *op. cit.*, p. 539.

(2364) Mais cette possibilité est très contestée. Voy., en faveur d'une application de l'abus de droit au droit moral de divulgation, A. et H.-J. Lucas, *Traité de propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 2e édition, 2006, n° 454. Voy., pour la position inverse, F. Pollaud-Dulian, « Abus de droit et droit moral », *D.*, 1993, chron., p. 97.

(2365) Voy. les affaires *Malausséna* (TGI Paris, 6 juillet 1994, *RIDA*, 1995, n° 1, p. 244) ; *Foujita* (CA Rennes, 16 novembre 1990, *RIDA*, 1991, n° 2, p. 168 – cette affaire concernait des restrictions à l'exploitation des œuvres, mais la divulgation est évidemment touchée par celle-ci).

(2366) TGI Reims, 9 janvier 1969, *D.*, 1969, jurispr., p. 569, note H. Desbois.

(2367) Pour un cas de doute sur la volonté de l'auteur : affaire Montherlant, TGI Paris, 1er décembre 1982, *RIDA*, 1983, n° 1, p. 165, note P.-Y. Gautier.

(2368) A. Zollinger, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 400.

du droit du public d'accéder aux œuvres et aux patrimoines. L'affaire de la veuve du peintre Foujita est emblématique de cette prise en compte. Madame Foujita s'était opposée à la publication d'un ouvrage sur la vie et l'œuvre de son mari, en se fondant sur sa qualité d'ayant droit de celui-ci. La Cour d'appel de Rennes a rejeté ses prétentions, estimant « qu'en portant atteinte à la diffusion en France des œuvres de son mari, par une attitude qui n'est pas dans la ligne et ne peut s'inscrire dans le respect des volontés de ce peintre, Mme Foujita a commis un abus manifeste dans le non-usage des droits d'exploitations de l'œuvre de Foujita »[(2369)]. Prenant donc directement argument sur l'importance de la diffusion de l'œuvre du peintre, les juges, grâce au détour par la théorie de l'abus de droit, parviennent à sanctionner une atteinte au droit à la culture.

722. Dans le système américain du *copyright*, ce type de balance entre protection des intérêts de l'auteur et droit du public est plus fréquent. En effet, le système du *copyright* est « ouvert » en ce sens qu'il contient une limite générale et flexible au monopole d'exploitation créé par le *copyright* : celle du « fair use » que les juridictions doivent apprécier au cas par cas[(2370)].

§3. *L'approche contextualisée ou la nécessité de réconcilier droit à la culture et droit d'auteur*

723. Les différentes limites et exceptions au droit d'auteur étudiées ci-dessus constituent une contextualisation de l'obligation de protéger le droit d'accéder à la culture et aux patrimoines. Par le biais de cette contextualisation, le juge pourrait reconnaître un titre à statuer au titulaire du droit à la culture (B).

Cette analyse permet, à notre sens, de dépasser les impasses de la controverse actuelle sur la nature juridique des exceptions au droit d'auteur (A).

(2369) CA Rennes, 16 novembre 1990, *RIDA*, 1991, n° 2, p. 168.

(2370) Voy. A. Strowel, *Droits d'auteur et copyright. Convergences et divergences*, *op. cit.* ; A. Zollinger, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, *op. cit.*, pp. 46-72, n^{os} 107-178.

A. **Un débat sur la qualification juridique des exceptions au droit d'auteur déconnecté du droit à la culture**

724. Le domaine public ne fait pas l'objet, à notre connaissance, d'études visant à délimiter si celui-ci peut faire l'objet d'un droit subjectif. Par contre, il constitue certainement une exception puissante en cas de litige.

725. Concernant les exceptions et les limites au droit d'auteur ou du copyright, un vaste débat doctrinal et jurisprudentiel s'est engagé autour de la qualification de la nature juridique des limites et exceptions du droit d'auteur, dans lequel les auteurs se partagent entre l'assimilation de ces dispositions à de simples exceptions ou à de simples tolérances, à des droits subjectifs, à des intérêts ou à des « règles de droit objectif ». Certains auteurs considèrent ainsi qu'il existe un véritable « droit à la copie privée »[(2371)], quand d'autres nient que l'on puisse qualifier ces exceptions de droits[(2372)].

Certains auteurs limitent les exceptions à un simple « moyen de défense »[(2373)]. Cette qualification a beaucoup de succès aux États-Unis : la Cour suprême a ainsi considéré que le « fair use » était une « affirmative defense »[(2374)]. Assurément, cette qualification des limites ou exceptions ne traduit pas la nature juridique de ces dernières mais uniquement son rôle dans un procès : cette qualification est donc superficielle[(2375)]. D'autres considèrent que ces limites et ces exceptions sont de simples « tolérance de l'auteur », ce qui laisse penser que le monopole de l'auteur subsiste, mais qu'il est simplement paralysé. Pour Séverine Dusollier, cette interprétation est exclue par les termes utilisés dans la loi belge notamment, qui prévoit expressément que ces exceptions « ne portent pas atteinte au droit d'auteur » et par la logique même des exceptions, qui sont prévues par la loi et échappent à la maîtrise de l'auteur[(2376)].

(2371) L. Ray Patterson et S. W. Lindberg, *The nature of copyright*, Georgia, University of Georgia Press, 1991, pp. 193-196.

(2372) J. C. Ginsburg, « Authors and Users in Copyright », *Copyright Soc'Y U.S.A.*, 1997, n° 45, Vol. 1, pp. 1-12.

(2373) Voy. notamment Civ. Bruxelles (cess.), 25 mai 2004.

(2374) U.S. Supreme Court, *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 1994, 590.

(2375) S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, p. 478, n° 617.

(2376) *Ibid.*, p. 481, n^{os} 619-620. Quant à la question du test en trois étapes, que certains prennent comme argument pour défendre une conception

Pour autant, la plupart des auteurs refusent de considérer que les exceptions et limites constituent des droits subjectifs[2377]. Alain Berenboom, par exemple, exclut radicalement cette idée :

> « l'exception qui permet à chacun de réaliser, sous certaines conditions, une copie privée ne fait pas naître un droit à copie, qui serait concurrent du droit de l'auteur : l'auteur dispose d'un droit (autoriser et interdire la copie) ; le copiste bénéficie d'une immunité qui lui permet de ne pas être tenu dans certaines conditions au bénéfice de ce droit, notamment qu'il ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur »[2378].

Suite à un recours de l'association de consommateurs *Test Achat* à l'encontre de quatre grandes maisons de disque, les juridictions belges ont dû se prononcer sur la nature d'une des exceptions et limites du droit d'auteur de la copie privée. *Test Achat* considérait que les dispositifs de verrouillage des œuvres obstruaient le droit à la copie privée. Le président du Tribunal de première instance de Bruxelles a considéré que « la copie privée n'est pas un droit mais une exception », qu'elle « est une simple cause d'immunité garantie par la loi » et que, par conséquent, « elle doit rester dans les limites strictes pour respecter les droits des titulaires »[2379]. La Cour d'appel de Bruxelles a suivi ce raisonnement, considérant qu'« une exception au droit d'auteur ne peut constituer en elle-même un droit d'auteur »[2380].

Le droit français a également évolué vers cette idée selon laquelle les limites et exceptions au droit d'auteur ne constituent

---

des exceptions comme simples tolérances, Séverine Dusollier rappelle qu'il s'adresse au législateur et non pas aux individus.

(2377) Voy. S. Dussollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, p. 481, note en bas de page n° 276. Alain Berenboom note par exemple à la suite des arrêts français qu'« il n'existe pas de droit à la copie privée qui ferait obstacle à l'insertion dans les supports sur lesquels est reproduite une œuvre protégée d'un dispositif de protection qui en interdirait la réalisation ».

(2378) A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 147, n° 87.

(2379) Civ. Bruxelles (cess.), 25 mai 2004, *A&M*, 2004, n° 4, p. 338, note S. Dusollier.

(2380) Bruxelles, 9 septembre 2005, *A&M*, 2005, n° 4, p. 301, *J.T.*, 2006, p. 528 ; Droit de la consommation, 2006, n° 171, 61, note P. Laurent, « La copie privée : un équilibre encore instable ? », p. 289.

pas, en soi, des droits subjectifs. Une association de consommateur a introduit un recours devant l'impossibilité de mettre en œuvre l'exception de copie privée dans le cas d'un achat du DVD du film de David Lynch *Mulholland Drive*. En première instance, le juge débouta l'association, considérant que l'application du test des trois étapes dans le cas précis excluait l'exception de copie privée et que « le législateur n'a pas entendu investir quiconque d'un droit de réaliser une copie privée »(2381). La Cour d'appel de Paris a par contre considéré que le consommateur devait pouvoir effectuer une copie du DVD acheté, même lorsque sont apposés sur ce DVD des dispositifs de verrouillage(2382). La Cour de cassation a cassé ce raisonnement, considérant que le juge n'avait pas bien appliqué le test des trois étapes(2383). La Cour d'appel de Paris, statuant sur renvoi, a considéré que l'auteur « ne peut s'opposer aux copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste, et non destinées à une utilisation collective » mais que la copie privée « ne constitue pas un droit mais une exception légale au principe de la prohibition de toute reproduction intégrale partielle d'une œuvre protégée faite sans le consentement du titulaire des droits d'auteur »(2384). La Cour d'appel va cependant plus loin en excluant que les bénéficiaires de l'exception puissent agir en justice et en considérant que « si la copie privée peut être, à supposer que les conditions légales soient remplies, opposée pour se défendre à une action, notamment en contrefaçon, elle ne saurait être invoquée, comme étant constitutive d'un droit, au soutien d'une action formée à titre principal ». La Cour de cassation française a eu l'occasion de confirmer ce point de vue, en excluant radicalement la qualification des limites au droit d'auteur en droit subjectif en considérant que « [...] la copie privée ne constitue pas

(2381) Trib. G. I. Paris (3e ch., 2e section), 30 avril 2004, *Communication - Commerce électronique*, juillet-août 2004, p. 24, *Légipresse*, 2004, n° 214, p. 148, note M. Vivant et G. Vercken. Voy. les recommandations de trois auteurs spécialistes des droits d'auteur sur la question du test des trois étapes : C. Geiger, J. Griffiths et R.-M. Hilty, « Déclaration en vue d'une interprétation du 'test des trois étapes' respectant les équilibres du droit d'auteur », *A&M*, 2008, n° 6, pp. 516-520.

(2382) Paris, 22 avril 2005, *RIDA*, janvier 2006, n° 207, p. 374.

(2383) Cass. fr., 28 février 2006, *A&M*, 2006, n° 2, p. 177 et *R.D.T.I.*, 2006, note de T. Léonard, « Le test en trois étapes confié au juge : la mise à mort du droit d'auteur et de ses exceptions ? », p. 297.

(2384) Paris, 4 avril 2007, *A&M*, 2007, n° 4, p. 348.

un droit mais une exception légale au principe prohibant toute reproduction intégrale ou partielle d'une œuvre protégée faite sans le consentement du titulaire de droits d'auteur, la cour d'appel [...] statuant après cassation [...] en a justement déduit qu'une telle copie, si elle pouvait être opposée pour défendre une action, notamment en contrefaçon, dès lors que les conditions légales en seraient remplies, ne pouvait être invoquée au soutien d'une action formée à titre principal »(2385).

726. Si l'on reprend la définition du droit subjectif telle qu'elle a été développée par Thierry Léonard dans sa thèse, force est de constater que les limites et les exceptions au droit d'auteur ne peuvent, si elles sont envisagées en tant que telles et déconnectées du droit à la culture et de l'obligation juridique qu'elles prolongent, être considérées comme des droits subjectifs que dans un seul cas(2386). La loi de transposition de la directive européenne sur la société de l'information crée en effet un recours particulier pour les bénéficiaires des exceptions devant le tribunal de première instance afin de s'opposer aux mesures techniques qui empêchent le bénéfice de ces exceptions dont notamment la copie privée(2387).

(2385) Cass. fr., 1er ch. Civ., 27 novembre 2008, *R.I.D.I.*, 2009, p. 46, note O. Pigmatari ; Cass. fr., 1er ch. Civ., 19 juin 2008, *Bull.*, I., n° 177.

(2386) T. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, *op. cit.*

(2387) Article 87*bis* de la Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins, inséré par la loi du 22 mai 2005 transposant la directive sur l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information :

« § 1er Nonobstant la protection juridique prévue à l'article 79*bis*, le président du tribunal de première instance et le président du tribunal de commerce, dans les matières qui sont respectivement de la compétence de ces tribunaux, sont compétents pour constater toute violation de l'article 79*bis*, §§ 2 et 4 et, selon le cas :

1° soit enjoindre aux ayants droit de prendre les mesures nécessaires permettant aux bénéficiaires des exceptions prévues à l'article 21, § 2, à l'article 22, § 1er, 4°, 4°*bis*, 4°*ter*, 4°*quater*, 8°, 10°, 11° et 13°, à l'article 22*bis*, § 1er, alinéa 1er, 1° à 5°, et à l'article 46, 3°*bis*, 3°*ter*, 7°, 9°, 10° et 12°, ou aux dispositions déterminées par le Roi en vertu de l'article 79*bis*, § 2, alinéa 2, de bénéficier desdites exceptions lorsque le bénéficiaire a un accès licite à l'œuvre ou à la prestation protégée ;

2° soit enjoindre aux ayants droit de rendre les mesures techniques de protection conformes à l'article 79*bis*, § 4.

§ 2. L'action fondée sur le § 1er est formée à la demande :

1° des intéressés ;

2° du ministre ayant le droit d'auteur dans ses attributions ;

Toutefois, ce droit disparaît lorsque les œuvres sont distribuées à la demande. Ainsi, ce n'est que dans le cas où il y a acquisition de l'œuvre en dehors de la distribution en ligne, qu'existe un droit subjectif « de bénéficier de certaines utilisations de l'œuvre telles qu'incarnées dans ce support particulier et non relativement à l'œuvre immatérielle elle-même »(2388).

727. Hormis ce cas, L. Guibault considère que ces exceptions et limites constituent du « droit objectif » ou plus précisément, selon Séverine Dusollier, des « règles de droit objectif ». La limite ou l'exception est alors considérée comme « une prérogative dépourvue

3° d'un groupement professionnel ou interprofessionnel ayant la personnalité civile ;

4° d'une association ayant pour objet la défense des intérêts des consommateurs et jouissant de la personnalité civile pour autant qu'elle soit représentée au Conseil de la Consommation ou qu'elle soit agréée par le ministre ayant le droit d'auteur dans ses attributions suivant des critères déterminés par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres.

Par dérogation aux dispositions des articles 17 et 18 du Code judiciaire, les associations et groupements visés aux points 3° et 4° peuvent agir en justice pour la défense de leurs intérêts collectifs statutairement définis.

§ 3. L'action visée au § 1er est formée et instruite selon les formes du référé.

Elle peut être introduite par requête contradictoire conformément aux articles 1034*ter* à 1034*sexies* du Code judiciaire.

Le président du tribunal de première instance (ou le président du tribunal de commerce) peut ordonner l'affichage de l'ordonnance ou du résumé qu'il en rédige pendant le délai qu'il détermine aussi bien à l'intérieur qu'a l'extérieur des établissements du contrevenant et aux frais de celui-ci, de même que la publication de l'ordonnance ou du résumé aux frais du contrevenant par la voie des journaux ou de toute autre manière.

L'ordonnance est exécutoire par provision nonobstant toute voie de recours, et sans caution.

Toute décision est, dans la huitaine, et à la diligence du greffier de la juridiction compétente, communiquée au ministre ayant le droit d'auteur dans ses attributions sauf si la décision a été rendue à sa requête. En outre, le greffier est tenu d'informer sans délai le ministre ayant le droit d'auteur dans ses attributions du recours introduit contre toute décision rendue en application du présent article.

§ 4. Est également portée exclusivement devant le président du tribunal compétent en vertu du § 1er, l'action qui est connexe à l'action visée au § 1er et qui a pour objet la cessation d'un acte visé à l'article 95 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur ou à l'article 18 de la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et a la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales ».

(2388) S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, p. 485, n° 626.

d'action en justice et qui ne bénéficie à son titulaire qu'en raison de la simple application d'une règle de droit objectif à son profit »[2389]. L'exception est alors qualifiée de « titre juridique » particulier qui « substitue à l'usage exclusif d'une œuvre, le bénéfice collectif de celle-ci pour des utilisations proprement délimitées »[2390].

B. La qualification des exceptions au droit d'auteur en lien avec le droit à la culture

728. À notre sens, il faut sortir ce débat rivé sur les lois relatives au droit d'auteur et le confronter aux obligations découlant du droit à la culture et des autres droits fondamentaux.

C'est d'ailleurs ce que propose François Dubuisson qui considère, après avoir précisé qu'« un droit d'accès n'est garanti qu'en présence d'un texte spécifique, national ou international, qui le prévoit (comme c'est le cas pour la transparence administrative, l'accès à l'information environnementale, l'accès aux données personnelles, le droit d'accès du public aux retransmissions télévisées d'événements considérés comme d'importance majeure) [...] »[2391], qu'un droit d'accès est également garanti « lorsqu'un tel droit peut être considéré comme devant découler de l'exercice d'un autre droit ou liberté fondamentale »[2392]. Or, vu l'importance de l'accès à la culture pour le droit de participer à la culture, doit-on considérer que le droit à la culture fait partie de ces droits dont l'exercice peut impliquer qu'un droit d'accès soit, dans une certaine mesure, garanti malgré les droits d'auteur ? À notre estime, cette conclusion est certaine. De la liberté de recevoir et de communiquer des informations et du droit de participer à la vie culturelle découle bel et bien le droit subjectif d'accéder aux œuvres, contextualisé dans une législation très précise offrant aux individus la possibilité de revendiquer en justice des intérêts juridiquement protégés.

La protection des droits subjectifs, libertés civiles et intérêts, qui est traduite dans les exceptions au droit d'auteur doit en effet être

(2389) *Ibid.*, p. 486, n° 627.

(2390) *Ibid.*, p. 489, n° 631.

(2391) F. Dubuisson, « Quand le 'droit' du public à l'information rencontre les 'droits' sur l'information : vrai ou faux débat ? », *op. cit.*

(2392) *Ibid.* Nous soulignons.

considérée comme une contextualisation de l'obligation de protéger le droit à la culture.

Dès lors, lorsqu'on envisage ces exceptions en lien avec le droit à la culture, on peut considérer qu'elles contextualisent une des obligations qui découlent de ce droit à la culture : l'obligation de protéger l'accès aux patrimoines et aux cultures. Par conséquent, le débat sur l'existence ou non d'un droit subjectif conféré par les textes est dépassé par un autre débat, celui de l'effet direct « au sens restreint » de l'obligation internationale et constitutionnelle de protéger le droit à la culture.

L'obligation de protéger le droit à la culture, grâce aux multiples règles du droit d'auteur qui la consacrent, peut ainsi être considérée comme applicable directement et comme impliquant un droit à être protégé dans son accès et sa participation culturelle. Le respect de l'obligation de protéger le droit à la culture devrait pouvoir être revendiqué en justice. Par ce biais, la violation des limites et des exceptions qui concrétisent ce droit devrait pouvoir être sanctionnée par le juge, qui se baserait sur la contextualisation de l'obligation de protéger et sur l'effet direct « au sens restreint » qu'elle implique.

729. Si l'obligation de protéger le droit à la culture sort renforcée du rapprochement avec les limites et exceptions du droit d'auteur, l'enrichissement doit également être considéré dans sa réciprocité. Les intérêts juridiquement protégés que constituent les limites et exceptions du droit d'auteur sortent renforcés du rapprochement avec le droit à la culture.

D'abord, ces limites et exceptions trouvent dans ce droit fondamental une source de légitimité et d'effectivité importante. Quand elles constituent des démembrements du droit à la culture, les limites et exceptions du droit d'auteur doivent en effet être rattachées au régime général de protection des droits fondamentaux. Elles doivent pouvoir en retirer une protection adéquate et un respect renforcé. Ainsi, elles pourront, lorsqu'elles seront rattachées au droit à être protégé dans l'accès et dans la participation à la culture, faire l'objet d'une appréciation globale par le juge. La contextualisation dans les lois sur le droit d'auteur de l'obligation positive de protéger le droit à la culture permet qu'un effet direct soit reconnu à cette obligation. Cette reconnaissance de l'effet

direct fonde la compétence du juge pour contrôler si le droit à être protégé dans l'accès et dans la participation à la culture, qui se traduit notamment par les limites et exceptions au droit d'auteur, a bien été respecté.

Enfin, de cette appréhension des limites et des exceptions en tant que contextualisations de l'obligation positive de protection du droit à la culture découle un grand enseignement. Parce qu'elles constituent des éléments d'un droit fondamental, ces limites doivent recevoir une interprétation large.

730. Le droit d'auteur sortirait lui aussi renforcé de cette confrontation avec le droit à la culture. À l'occasion de la « crise » de ses fondements et de l'écart grandissant entre son régime périodique et ses justifications sociales, certains imaginent un rapprochement entre droit à la culture et droits d'auteur. Christophe Geiger propose ainsi de « [r]econnaître les droits fondamentaux comme fondement du droit d'auteur » pour « redonner une cohérence à la matière ». Ceci nécessite d'« externaliser les conflits internes au droit d'auteur et d'analyser celui-ci à la lumière des droits » afin de dépasser la « contestation » du droit d'auteur et de « trouver des aménagements afin de procéder à un rééquilibrage des différents intérêts en présence ». Car « ce n'est pas tant un système qu'il convient de préserver en soi, ce qu'on a peut-être tendance à oublier, mais bien de continuer à assurer ce pour quoi le système a été créé : la protection de la création et des créateurs, dans l'intérêt de tous ! »[(2393)].

Ainsi, la reconstruction d'un lien entre droit d'auteur et droit à la culture permettrait de dépasser le constat de « dévoiement » du droit d'auteur posé par certains auteurs comme Fabrice Siiriainen. Pour ces auteurs, le droit d'auteur serait désormais envisagé, non plus en lien avec la question de la diffusion et de l'accès à la culture, mais rattaché au droit à la propriété. Selon cet auteur, il « s'est dissocié de sa 'fonction' culturelle [...] il n'est plus que lui-même : un droit de propriété dans sa superbe autarcie »[(2394)]. Ainsi,

(2393) C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, *Conclusion*, *op. cit.*, pp. 413-415.

(2394) F. Siiriainen, « Le droit à la culture et l'accès aux œuvres de l'esprit. Réflexions sur la 'fonction du droit d'auteur' dans le cadre de sa 'fondamentalisation' », *op. cit.*, p. 448.

le lien étant rompu avec sa « fonction » culturelle, le droit d'auteur échapperait souvent à une véritable mise en balance avec le droit à la culture et s'écarterait ainsi, plus largement, de ce qui fondait sa reconnaissance en tant que droit de l'homme. Si le constat mérite d'être nuancé, parce que le droit d'auteur contient en lui-même des éléments qui contextualisent le droit de participer à la vie culturelle[(2395)], il reste que l'on ne peut contester un certain éloignement du droit d'auteur de ses fonctions culturelles qu'un rapprochement avec le droit à la culture permettrait de dépasser.

§4. *La conciliation entre droit d'auteur et droit à la culture* de lege ferenda

731. Si l'on reconnaît un effet direct « au sens restreint » à l'obligation de protéger le droit d'accéder aux patrimoines et aux cultures, *quod non* actuellement, il faut se pencher sur la question de la résolution des éventuels conflits entre droit à la culture et droits d'auteur. Assumer ces conflits est une étape nécessaire : bien que complémentaires, ces deux droits sont amenés à entrer en conflit. Si se confirment l'emprise grandissante de la logique économique dans la réglementation des droits d'auteur et du *copyright* et l'accroissement du pouvoir des diffuseurs et des investisseurs ainsi que le développement du contrôle de l'accès sur le numérique, l'écart entre la réglementation du droit d'auteur et ses axiomes fondateurs (importance du rapport créateur-œuvre, légitimité en tant qu'incitant à la création) continuera à se creuser, et les conflits avec le droit à la culture seront sans aucun doute appelés à se renforcer[(2396)].

(2395) Les limites légales et prétoriennes du droit d'auteur, telles qu'elles sont reconnues constituent autant de démembrements du droit de participer à la vie culturelle, établis à l'intérieur même du droit d'auteur. Le droit de participer à la vie culturelle vient se concrétiser dans certaines dispositions légales consacrant des limites et des exceptions au droit d'auteur. On a vu que ces limites doivent être considérées comme prolongeant le droit à la culture et comme le contextualisant.

(2396) Sur la mainmise des perspectives économiques, sur la montée en puissance des droits des diffuseurs et des investisseurs, dans le cadre du droit d'auteur et des *copyrights*, et sur les contrôles d'accès dont font l'objet le numérique, qui constituent des « dérives » par rapport à leurs axiomes de base : voy. notamment C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, *op. cit.*, pp. 1-13 et la préface de Philippe Gaudrat à la thèse de A. ZOLLINGER, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, *op. cit.*

Comme on l'a rappelé brièvement *supra*, les conflits de droits sont, de manière générale et lorsqu'ils ne sont pas niés et requalifiés, abordés sous l'angle du principe de proportionnalité, dans l'objectif d'une concordance pratique maximalisant les deux droits, et, dans une moindre de mesure et de façon plus contestable, à l'aune d'une forme de hiérarchie entre droits fondamentaux.

732. Ni la Cour européenne des droits de l'homme ni les juridictions internes ne se sont prononcées, de près ou de loin, sur ce conflit de droits entre droit d'auteur et droit à la culture.

Si, confronté à ce conflit, le juge dépassait la tentation de nier le conflit et/ou de le requalifier en ingérence dans le droit d'auteur au nom de l'intérêt général(2397), il y a fort à parier qu'il appliquera la méthode principalement mobilisée par les juridictions belges et la Cour européenne des droits de l'homme, à savoir l'application du test de proportionnalité et de la balance(2398). Comme on l'a dit ci-dessus, l'application du test de proportionnalité(2399) qui, en théorie, comprend trois étapes (adéquation de la mesure, caractère strictement nécessaire de la mesure, balance des intérêts), se résume souvent à une mise en balance des intérêts en présence et n'est pas sans poser certains problèmes. Retenons simplement que, si l'existence d'un conflit entre droit d'auteur et droit à la culture venait à être reconnue, il s'agira alors d'assumer le caractère non-absolu du droit d'auteur et du droit à la culture et de mettre en balance ces deux droits fondamentaux que sont l'accès aux œuvres et aux

(2397) Voy., sur cette technique, P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 454-466. Cette technique de négation du conflit par sa requalification a été celle adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt du 25 septembre 2003 précité (*A&M*, 2004, n° 1, p. 29).

(2398) Voy. P. DUCOULOMBIER, *ibid.*, *op. cit.*, pp. 370-371.

(2399) Voy. notamment, sur ce principe, S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, *op. cit.* En théorie, le test de proportionnalité comprend les éléments suivants :

Le test de compatibilité et d'adéquation de l'ingérence par rapport à l'objectif poursuivi ;

Le test relatif à la nécessité de la mesure dans une société démocratique consistant à identifier si des mesures moins intrusives pouvaient être mises en œuvre ;

Le test de la proportionnalité au sens strict qui équivaut à la mise en balance des intérêts en présence.

patrimoines et le droit d'auteur, qui, par ailleurs, n'est pas non plus un droit absolu(2400). Dans cette mise en balance, on veillera aussi à ne pas oublier que le droit à la culture comme les droits d'auteur sont tous les deux des droits fondamentaux(2401) d'égale valeur. Lors de cette mise en balance, le juge poursuivra l'objectif d'une concordance pratique entre ces deux droits, envisageant ainsi tous les scenarii permettant de maximaliser la réalisation conjointe de ces deux droits et comparant ces scenarii à la situation litigieuse.

(2400) Loin de nous donc l'idée de considérer que la liberté d'accéder au patrimoine et aux œuvres soit absolue. Par ailleurs, au plan idéologique et non juridique, certains auteurs font valoir qu'il ne faut pas perdre de vue que « l'idée de droit culturel est ruinée si ne sont pas reconnus le droit et le devoir de se cultiver soi-même [...] le risque n'est pas mince [...] d'entendre les droits à des biens culturels comme autant de créances à tirer sur un stock de marchandises (arts, savoir faire, science, voyages...), alors qu'en réalité ce qui importe avant tout c'est l'aptitude d'un individu à s'y ouvrir, à les apprécier justement, à en discerner la valeur, bref, c'est son aptitude à se donner une culture qui fonde son droit à des biens culturels » (P. Valadier, « Les droits culturels dans la société contemporaine » in *Pour une politique européenne de la culture*, J. Delcourt et R. Papini (dir.), Paris, Economica, 1987, cité par A. Zollinger, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 397, n° 1104).

Alexandre Zollinger estime ainsi que la signification du droit d'accès aux œuvres est de « combattre les restrictions injustifiées à l'accès à la culture que pourraient rencontrer les particuliers s'inscrivant déjà dans un processus d'ouverture, de recherche personnelle » (A. Zollinger, *ibid.*, p. 397, n° 1104).

Par ailleurs, soulignons que le droit d'auteur, en tant qu'il se rattache à l'article 1er du 1er Protocole additionnel, peut faire l'objet de limitations au profit des droits d'autrui même si son libellé laisse entendre le contraire (voy. P. Ducoulombier, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 270 et s.).

(2401) Voy. *supra* sur les droits d'auteur en tant que droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi considéré que la propriété intellectuelle relevait de l'article 1er du Premier protocole de la Convention européenne des droits de l'homme. (Cour eur. D.H., arrêt *Anheuser-Busch c. Portugal* du 11 octobre 2005 et G.C., 2007, § 72). Par ailleurs, le droit d'auteur est inclus dans la Charte fondamentale des droits de l'Union européenne à l'article II-17(2). Certaines Constitutions traitent également explicitement du droit d'auteur en tant que droits de l'homme. Dans d'autres pays, celui-ci est rattaché simplement à la propriété.

Voy., sur ces questions e.a., A. Zollinger, *Droits d'auteur et droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 85-181 ; P. L. C. Torremans, « Copyright as a Human Right », in *Copyright and Human Rights. Freedom of Expression - Intellectual Property - Privacy*, P. L.C. Torremans (dir.), The Hague/London/New York, Kluwer Law International, coll. Information Law Series, Vol. 14, 2004, pp. 1-20 ; P. L. C. Torremans, « Copyright (and Other Intellectual Property Rights) as a Human Right », in *Intellectual Property and Human Rights*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2008, pp. 195-215.

733. Une autre voie est parfois empruntée, de façon non affichée, par les juges pour trancher les conflits de droits : celle de la hiérarchie des droits fondamentaux[(2402)]. Cette voie soulève des objections théoriques et méthodologiques qui rendent son utilisation complexe et contestable dans le cas précis du conflit entre droit d'auteur et droit à la culture (c'est-à-dire un cas qui ne mobilise, *a priori*, aucune norme indérogeable ou de *jus cogens*).

D'abord, il convient d'appréhender avec précaution les arguments tirés de la différence de nature entre droit d'auteur et droit à la culture. Si, dans les faits, le degré de précision et d'effectivité dont bénéficient les droits d'auteur leur confère un surcroît de protection, par rapport à la négligence et le relatif oubli qui caractérisent le droit de participer à la vie culturelle[(2403)], doit-on aller jusqu'à considérer que la coordination entre ces deux droits serait « dictée par la nature des normes »[(2404)] ? Nous ne le pensons pas. Dans le cas précis de l'obligation de protéger l'accès aux œuvres et aux patrimoines, la contextualisation qu'elle reçoit lui confère un effet direct impliquant un droit subjectif. En principe donc, le conflit entre ces deux valeurs est un conflit de droits fondamentaux d'égale valeur, qui n'est pas évacué par le simple fait que le droit d'auteur fait l'objet d'une réglementation légale plus précise, plus concrète et plus effective que la liberté d'accéder aux patrimoines et à la culture.

De la même manière, il convient d'être prudent par rapport à la prétendue prééminence axiologique du droit à la culture sur le droit d'auteur dans l'ordre juridique des droits de l'homme, sauf lorsque le droit d'auteur est envisagé en relation avec les articles 15 du Pacte et 27 de la Déclaration universelle. Dans ces cas, plusieurs arguments amènent à penser que le droit d'auteur, forme de « sous-droit » dérivé du droit de participer à la vie culturelle, doit être considéré comme inférieur par rapport au droit de participer à la

(2402) Cette méthode qui fait l'objet d'un rejet affiché dans le cadre des conflits de droits, n'en n'est pas moins mobilisée de manière concrète. Sur les indices de cette mobilisation de la hiérarchie des droits dans la résolution des conflits de droits, voy. la thèse de Peggy Ducoulombier, aux pages 474 à 510.

(2403) Qui semble notamment exclu des politiques culturelles, alors que le droit d'auteur est souvent rappelé comme un outil de politique culturelle.

(2404) A. Zollinger, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 396, n^{os} 1102-1103.

vie culturelle[2405]. D'abord, l'ordre d'apparition de la « pierre angulaire » du droit de participer à la vie culturelle et de ce droit complémentaire qu'est le droit d'auteur n'est pas anecdotique : dans le cadre des travaux des rédacteurs du Pacte, le droit à la protection des créations *pour les auteurs* apparaissait comme un droit complémentaire permettant que soient réalisés *les droits de chacun* à la liberté d'expression et à la participation de tous à la culture. Ce n'est qu'après de longues controverses que les droits à la protection des œuvres ont été insérés à la suite du droit à la culture. Ainsi, il faut considérer que le droit à la protection de ses œuvres n'est pas consacré dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels comme un droit *en soi* mais comme « un outil permettant de donner des effets et de protéger d'autres droits de l'homme qui sont plus forts »[2406]. Les droits liés à la protection de la création doivent ainsi être compris, dans le Pacte et dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, comme des conditions de la liberté de créer, de la participation et de l'accès à la culture, pierres angulaires du droit de participer à la vie culturelle ; le fait qu'ils puissent constituer des droits *en soi* est une idée étrangère au Pacte. Ce cadre de référence implique que le droit d'auteur en tant que droit de l'homme consacré par le biais de l'article 15 du Pacte ou de l'article 27 de la Déclaration ne peut venir déséquilibrer les objectifs qu'il poursuit : la liberté indispensable à la création[2407] et l'objectif de participation de tous à la culture. Les travaux de la commission préparant le Pacte faisaient prévaloir le droit à la culture sur le droit d'auteur[2408]. Ce faisant, ils se sont inscrits dans « la philosophie holiste du *copyright*, selon laquelle ce

(2405) Voy. *mutatis mutandis,* par rapport à l'article 3 ou à l'article 8 de la CEDH, la hiérarchisation parfois établie par les juridictions par rapport à la « pierre angulaire » des droits en cause (P. Ducoulombier, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 517-519).

(2406) P. L. C. Torremans, « Copyright as a Human Right », *op. cit.*, p. 7. Nous traduisons.

(2407) A. R. Chapman, « A Human Rights Perspective on Intellectual Property, Scientific Progress and Access to the Benefits of Science, WIPO Panel Discussion on Intellectual Property and Human Rights », 18 novembre 1998, § 13 www.wipo.org ; P. L. C. Torremans, « Copyright as a Human Right », *op. cit.*, pp. 6-7.

(2408) Voy. notamment S. Edwards, « Droit d'auteur et droits de l'homme au plan européen : communication », in *Droits d'auteur et droits de l'homme*, Actes du colloque des 16 et 17 juin 1989, Paris, INPI, 1990, p. 72.

dernier n'est qu'un monopole exceptionnel soumis à l'objectif de promotion du savoir de tous »[2409] ; ils ont dans tous les cas certainement voulu établir un lien fort de complémentarité entre participation à la culture, liberté de l'art et droit d'auteur, ce dernier n'étant pas voué à fonctionner en tant que droit de l'homme de façon autonome. S'il nous semble donc que, lorsqu'il est consacré dans les articles 15 du Pidesc et 27 de la Dudh, le droit d'auteur doit être considéré de manière complémentaire au droit à la culture, par contre, lorsque l'on rattache le droit d'auteur au droit à la propriété, rien ne nous paraît justifier une prééminence axiologique du droit à la culture.

S'il semble que ces éléments n'ont pas suffi à convaincre la doctrine majoritaire de l'existence d'une paternité du droit de participer à la vie culturelle par rapport au droit d'auteur, ils ont pu à tout le moins mettre en évidence que, dans l'élan qui a consacré les droits d'auteur comme droits de l'homme, ceux-ci ne devaient certainement pas prévaloir sur le droit à la culture et que, dans cet élan, c'était une relation de complémentarité qui était désirée entre protection des intérêts des créateurs et de ceux du public, entre droits d'auteur et droit à la culture[2410]. De la lecture des articles 15 du Pacte et de l'article 27 de la Déclaration, cette volonté de promouvoir la participation et l'accès à la vie culturelle notamment par les droits d'auteur ressort très clairement. Ainsi, les droits d'auteur considérés en tant que droits de l'homme doivent s'interpréter avec le droit d'accès et de participation à la culture : « la protection des droits des auteurs et des créateurs n'est pas une fin en soi mais doit être comprise comme une condition préalable essentielle à la liberté culturelle, à la participation du public à la culture et au progrès scientifique »[2411]. Dès lors, le droit d'auteur comme droit de l'homme doit respecter la liberté artistique et doit s'articuler avec l'accès et la participation à la culture.

(2409) A. Zollinger, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 394.

(2410) F. Siiriainen, « Le droit à la culture et l'accès aux œuvres de l'esprit. Réflexions sur la 'fonction' du droit d'auteur dans le cadre de sa 'fondamentalisation' », *op. cit.*, p. 443.

(2411) A. R. Chapman, « La propriété intellectuelle en tant que droit de l'homme : obligations découlant de l'article 15(1) (c) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », *Bulletin du droit d'auteur*, UNESCO, 2004, p. 14.

734. Une autre question est celle de l'évaluation, générale, préventive et systématique, de l'équilibre entre droit d'accéder à la culture et droit d'auteur. Cette évaluation devrait idéalement être conduite sur l'ensemble de la législation relative aux droits d'auteur afin de détecter les déséquilibres et d'y remédier, notamment en insérant de nouvelles exceptions. On pense par exemple au projet du conseiller d'État François Stasse, qui voulait insérer une nouvelle exception légale au profit des œuvres qui sont toujours protégées par les droits d'auteur mais ne font plus l'objet d'aucune diffusion. Il s'agirait alors, afin de conférer un plus large accès à la culture, de diffuser ces œuvres, notamment par une numérisation et une exploitation sur l'Internet, moyennant une rémunération « sans doute modeste mais par principe plus favorable que l'oubli total »[(2412)].

Conclusions du Chapitre II

735. Dans ce chapitre, ont été identifiées *de lege ferenda* plusieurs obligations découlant du droit à la culture qui pourraient être considérées comme étant dotées de l'effet direct en raison de leur « contextualisation ».

736. Cette étude de la contextualisation des obligations du droit à la culture s'est construite autour de deux grandes obligations : l'obligation de protéger l'accès à l'information en matière culturelle et l'obligation de protéger l'accès aux patrimoines et aux cultures.

737. À notre sens, la grande précision que reçoivent ces deux obligations en droit belge, dans les limites et exceptions posées aux droits des auteurs mais également dans le mécanisme du domaine public et de l'abus de droit, pourrait être à la source de la reconnaissance de l'effet direct « au sens restreint » de ces obligations.

Assumer le conflit de droit entre droit d'auteur et droit d'accéder à l'information culturelle, aux œuvres et aux patrimoines est primordial. Fondamentalement, l'invocation du droit d'accéder à l'information, aux œuvres et au patrimoine doit permettre de remplir

(2412) F. Stasse, *Rapport au ministre de la culture et de la communication sur l'accès aux œuvres numériques conservées par les bibliothèques publiques*, Paris, La Documentation française, 2005, p. 9.

une des fonctions principales du droit à la culture : celle de vérifier que ce droit a suffisamment été pris en compte par l'État, que ce soit dans sa législation sur le droit d'auteur ou dans son traitement d'un litige en particulier.

738. Cette invocation du droit d'accéder à l'information, à la culture et aux patrimoines doit permettre de considérer que le domaine public est une contextualisation du droit de participer à la vie culturelle, qui répond à l'obligation de protéger le droit à la culture d'une emprise trop importante du droit d'auteur. Dans cette perspective, il faut aussi considérer les exceptions et limites légales au droit d'auteur en faveur du droit d'accéder à la culture comme des prérogatives découlant d'un droit fondamental et qui, à ce titre, doivent recevoir une interprétation souple.

739. Dans le règlement de litiges particuliers, l'effet direct « au sens restreint » de l'obligation de protéger l'accès et la participation à la culture doit être pris au sérieux. C'est loin d'être le cas quand cette obligation, qui implique un droit à une protection face à des immixtions provenant de tiers, est mise en balance avec le droit d'auteur ou le *copyright*. Assumer le conflit ne pourrait cependant, à notre sens, qu'enrichir ces deux droits en les mettant en relation et en ouvrant le débat sur les alternatives et solutions de concordance pratique.

740. L'on peut cependant regretter, à titre personnel, qu'un des seuls effets juridiques tangibles du droit à la culture ne reflète qu'une approche matérialiste de ce droit, qui, si elle n'est pas pensée de manière complémentaire avec d'autres approches plus « signifiantes » et éducatives, n'apparaîtra pas toujours comme étant parfaitement légitime. En effet, rappelons que la légitimité des politiques culturelles et du droit à la culture découle de leur aptitude à construire le sens, à penser le lien social, à élargir les conceptions de la vie et à développer et émanciper les individus. La lutte contre les excès du droit d'auteur est sans aucun doute un des maillons nécessaires pour la réalisation de ces objectifs qui fondent la légitimité du droit à la culture. Mais, il est loin d'être suffisant et doit absolument être pensé à partir de l'ensemble des éléments du droit à la culture et en rapport avec les autres politiques qui concrétisent ce droit. En effet, la légitimité du droit à la culture ne peut être assurée que si ce droit combine des effets

« matérialistes » – qui sont fondamentaux car les biens et ressources culturelles sont souvent considérés comme étant injustement répartis[(2413)] – et des effets concernant l'éducation, l'éveil et l'émancipation par la culture.

(2413) Voy. notamment sur l'aspect « consumériste » d'une telle approche des droits culturels (si elle est exclusive) : A. M. Cronin, « Consumers rights/cultural rights. A new politics of European belonging », *European Journal of Cultural Studies*, 2002, Vol. 5, pp. 307-322.

Conclusions du Titre I

741. Le droit à la culture reste très largement un « droit de papier », faute d'avoir été mobilisé par les juges et les plaideurs. Pourtant, les développements de ce titre s'achèvent sur le constat que le droit à la culture est, à certains égards, appréhendable directement par les particuliers. L'effet direct de ce droit « au sens restreint » est ainsi acquis pour un ensemble d'obligations de respecter, de protéger et de réaliser. *De lege ferenda*, par le recours à l'approche contextualisée, il est en outre possible d'envisager une extension de l'effet direct « au sens restreint » du droit à la culture dans le droit d'auteur.

742. *De lege lata*, certains attributs du droit à la culture bénéficient déjà de l'effet direct au sens restreint. Il en est ainsi de l'obligation de respecter la liberté artistique et ses spécificités, de l'obligation de respecter l'accès à l'information en matière culturelle et l'accès aux cultures et aux patrimoines non protégés par le droit d'auteur, de l'obligation de respecter l'égalité et la liberté d'association en matière culturelle. L'effet direct « au sens restreint » de ces obligations induites du droit à la culture est totalement acquis pour l'obligation de respecter la liberté artistique, même s'il reste encore du chemin pour que les spécificités et les fonctions particulières de cette liberté soient tout à fait respectées. L'effet direct « au sens restreint » du droit d'accéder sans entraves à l'information en matière culturelle, à la culture et aux patrimoines a été, quant à lui, récemment reconnu.

Certains attributs du droit à la culture déploient une contextualisation qui leur permet, dans une certaine mesure, de bénéficier de l'effet direct « au sens restreint » : il s'agit de l'obligation de protéger et de réaliser l'égalité en matière culturelle, de protéger et de réaliser la participation en matière culturelle et de l'obligation de protéger la liberté artistique et la participation à la culture contre les excès du droit d'auteur, de l'obligation de respecter l'égalité et la liberté d'association en matière culturelle. Ces obligations induites par le droit à la culture sont tellement précises, claires et

déterminées par les textes belges qu'elles reconnaissent explicitement des droits subjectifs pour les particuliers ou qu'un juge a déjà, sans violer le principe de séparation des pouvoirs, reconnu qu'elles impliquent un tel droit.

743. *De lege ferenda*, l'on a identifié une série d'attributs du droit à la culture qui pourraient se voir reconnaître un effet direct au sens restreint, *quod non* aujourd'hui. Il s'agit du droit d'accès à l'information en matière culturelle et du droit d'accès aux patrimoines et aux cultures, même si les informations et les œuvres en question sont protégées par le droit d'auteur. Ces droits d'accès sont, à notre sens, tellement précisés dans les législations relatives au domaine public, aux exceptions et aux limites du droit d'auteur qu'un juge devrait pouvoir leur reconnaître un effet direct « au sens restreint » en raison de leur contextualisation et de la volonté manifeste du législateur de conférer des garanties spécifiques à ces droits que cette contextualisation exprime.

744. Si le présent titre a démontré que certains attributs du droit à la culture revêtent un effet direct « au sens restreint », force est cependant de constater que très peu de plaideurs et de juges se sont saisis de ce droit si bien que ce dernier déploie surtout des effets au contentieux objectif. C'est ainsi essentiellement un effet direct « au sens large » qui a été reconnu au droit à la culture. Or, l'utilité de la reconnaissance de l'effet direct « au sens large » est largement tributaire de l'application du principe de *standstill* au droit à la culture. En effet, comme on l'a vu dans l'introduction générale et dans ce titre préliminaire, le principe de *standstill* permet de préciser le droit à la culture en tant que norme de référence au contrôle de compatibilité, autorisant ainsi le juge à appréhender plus facilement ce droit et à sanctionner éventuellement un recul significatif dans la réalisation de celui-ci[(2414)]. Le titre suivant est donc tout entier consacré au principe de *standstill*, qui apparaît d'emblée comme particulièrement fécond pour le droit à la culture.

(2414) Le principe de *standstill* est, pour rappel, un mécanisme juridique qui participe à l'effet « direct » objectif et qui pallie l'absence d'effet direct « au sens large » de certaines obligations positives. Aurélien Vandeburie le qualifie pourtant d'« effet indirect » des droits fondamentaux (A. VANDEBURIE, *L'article 23 de la Constitution. Coquille vide ou boîte aux trésors ?*, *op. cit.*, p. 51).

TITRE II.
L'OBLIGATION DE *STANDSTILL* ET LE DROIT À LA CULTURE[2415]

(2415) Nous reprenons largement dans ce titre les développements et les conclusions contenus dans la thèse d'Isabelle Hachez, qui présente un aperçu très riche de l'obligation de *standstill* ainsi qu'un examen critique de ses éléments. Voy. I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Bruylant, 2008. Voy., pour un résumé de cette thèse, I. HACHEZ, « Le principe de *standstill* dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative », *R.B.D.C.*, 2007, pp. 69-83.

Introduction

745. Dans l'introduction générale, l'on a rappelé que l'obligation de *standstill* participe à la l'applicabilité directe et à la justiciabilité des droits fondamentaux. Voici la définition de l'obligation de *standstill* proposée par Isabelle Hachez :

> « [d]éduite a contrario du caractère progressif des obligations positives expressément consacrées ou implicitement contenues dans les droits fondamentaux, le principe de *standstill* interdit à l'État, en l'absence de motifs impérieux, de diminuer le plus haut niveau de protection conféré à ces droits depuis le moment où la norme internationale ou constitutionnelle qui les consacre s'impose à lui, ou de le diminuer de manière significative lorsque l'État fait usage de la marge de manœuvre que lui confère ce principe en choisissant de garantir différemment ledit niveau de protection »[(2416)].

Avant d'entamer l'analyse proprement dite, deux éléments essentiels de cette définition du *standstill* sont approfondis : l'inhérence de l'obligation de *standstill* à toutes les obligations positives et le caractère relatif de cette obligation.

746. L'obligation de *standstill* agit comme un palliatif à l'absence d'effet direct[(2417)] « au sens restreint » de certaines obligations découlant des droits fondamentaux et permet d'en assurer le contrôle. Ce mécanisme, qui, comme on l'a rappelé dans le titre préliminaire, est une explicitation de l'effet direct au sens large en ce qu'il permet de préciser le contrôle de compatibilité[(2418)], traduit le principe de progressivité qui anime les droits fondamentaux en interdisant les reculs dans la protection de ces droits. L'obligation de *standstill*

(2416) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, p. 472.

(2417) Voy. *ibid.*, pp. 256-291, n[os] 219-256.

(2418) Le principe de *standstill* est, pour rappel, un mécanisme juridique qui participe à l'effet « direct » objectif et qui pallie l'absence d'effet direct « au sens large » de certaines obligations positives. Aurélien Vandeburie le qualifie pourtant d'« effet indirect » des droits fondamentaux (A. Vandeburie, *L'article 23 de la Constitution. Coquille vide ou boîte aux trésors ?*, *op. cit.*, p. 51).

a donc comme fondement l'idée de progrès qui anime les droits de l'homme. Elle est en effet liée à cette idée que les droits de l'homme ne peuvent pas rester de beaux discours, mais qu'ils impliquent des obligations positives afin de devenir des droits concrets et effectifs, selon la formule consacrée de la Cour européenne des droits de l'homme.

Selon Isabelle Hachez, l'obligation de *standstill* constitue par conséquent « une obligation négative inhérente *à toute obligation positive* assortissant un droit fondamental »[(2419)]. Cette obligation concerne donc les obligations positives qui, selon la théorie classique des droits fondamentaux, visent à garantir la protection et la réalisation du droit à la culture[(2420)]. Si l'obligation de *standstill* est inhérente à toutes les obligations positives, celles-ci ne se réduisent pas à l'obligation de *standstill*, sauf dans quelques rares situations où un droit peut être réputé totalement respecté, protégé et réalisé. En effet, alors que les obligations positives impliquent que l'État doit agir pour progresser dans la réalisation des droits fondamentaux, l'obligation de *standstill* ne fait qu'interdire les régressions sensibles par rapport au plus haut niveau de protection déjà atteint. C'est seulement le niveau de protection des obligations positives déjà réalisé qui est garanti par le principe de *standstill*[(2421)]. Excepté le cas où l'obligation positive est totalement réalisée, l'obligation de *standstill* ne se confondra donc pas avec l'obligation positive qu'elle sert[(2422)].

Quid alors du rapport entre obligations négatives et obligation de *standstill* ? Pour Isabelle Hachez, c'est parce que l'obligation de *standstill* a comme fondement les obligations positives découlant

(2419) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, n° 195.

(2420) Pour rappel, ces obligations, étudiées dans la partie précédente, se réfèrent à la notion de progrès et trouvent un fondement explicite dans l'article 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, comme l'a rappelé à maintes reprises le Comité chargé du contrôle de ce Pacte. Voy. Observation générale n° 21.

(2421) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, p. 239, n° 205.

(2422) *Ibid.*, p. 240 ; B. Steen, « Artikel 23 van de Grondwet en de rechtspraak van de Raad van State », in *Sociale en economische grondrechten. Artikel 23 Gw. : een stand van zaken na twee decennia – Les droits économiques et sociaux. Article 23 Const. : état des lieux après deux décennies*, W. Rauws et M. Stroobant (dir.), Antwerpen/Limal, Intersentia/Anthemis, 2010, p. 130.

des droits fondamentaux, avec l'idée de progressivité qui les anime, qu'elle n'assortit pas les obligations négatives[2423]. Cette question de la nature des obligations que le *standstill* assortit remet en lumière les imperfections de la distinction entre obligations positives et négatives. En effet, l'on ne peut suivre Isabelle Hachez que si l'on adhère, au moins dans son principe, à la distinction entre obligations positives et obligations négatives. Or, cette distinction est contestée aujourd'hui. Rappelons qu'Olivier De Schutter considère qu'elle est infondée et impraticable : certaines obligations positives ont un effet direct au sens restreint et quelques rares obligations négatives n'ont pas d'effet direct[2424]. Par ailleurs, nombreuses sont les obligations positives qui peuvent être qualifiées de négatives et *vice versa*[2425]. Par exemple, l'obligation de respecter la spécificité de la liberté artistique pourrait être qualifiée, selon l'état de la protection des artistes dans un système juridique donné, d'obligation négative ou positive.

Si l'hypothèse de l'impossibilité d'une distinction entre obligations négatives et positives devait se confirmer, il faudrait simplement considérer que l'obligation de *standstill* garantit toutes les obligations de respecter, de protéger ou de réaliser qui ne sont pas dotées d'un effet direct « au sens restreint ». Le régime juridique de l'obligation de *standstill* tel qu'il a été élaboré par Isabelle Hachez repose en effet sur le caractère téléologique des droits fondamentaux et sur la nécessité

(2423) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, pp. 191-256.

(2424) Voy. par exemple, sur le droit au travail, C.E., arrêt *Philippot*, n° 59.163, du 24 avril 1996 ; arrêt *Van den Steen*, n° 81.351, du 28 juin 1999 ; arrêt *Suenaert,* n° 85.872, du 13 mars 2000 ; arrêt *Brouillard*, n° 131.418, du 13 mai 2004 ; arrêt *asbl Fédération des institutions hospitalières de Wallonie,* n° 140.846, du 18 février 2005 ; arrêt *Funérailles Clerdent*, n° 130.492, du 21 avril 2004 ; arrêt *Matthys*, n° 89.800, du 26 septembre 2000 ; arrêt *Dalechamps*, n° 185.083, du 2 juillet 2008 ; arrêt *El Namir*, n° 186.346, du 17 septembre 2008 ; arrêt *Mazzitello*, n° 186.541, du 26 septembre 2008.

(2425) Voy., par exemple, l'obligation de rendre l'enseignement gratuit. Les atteintes à cette obligation sont tantôt analysées sous l'angle de la violation directe d'une obligation négative, tantôt comme une régression dans une obligation positive. Par ailleurs, le malaise de la cour sur ce sujet est palpable dans les arrêts consacrés à cette question. Aurélien Vandeburie va jusqu'à qualifier cette distinction entre obligations positives et négatives d'« artificielle » (A. Vandeburie, « Le Conseil d'État et l'obligation de *standstill* déduite de l'article 23, alinéa 3, 4° de la Constitution : de nouvelles précisions », *J.L.M.B.*, 2009, n° 2, p. 78).

de donner une effectivité à toutes les obligations découlant de ces droits. Ainsi, il ne semble pas incohérent de considérer que les obligations négatives qui, exceptionnellement, ne recouvriraient pas d'effet direct « au sens restreint » sont protégées par le principe de *standstill*. La cohérence d'un régime juridique de protection des droits de l'homme se dessinerait, entre des obligations (souvent négatives, plus rarement positives) protégées par l'effet direct « au sens restreint », que le principe de *standstill* assortit également mais pour lesquelles il n'est pas utilement invocable(2426), et des obligations (exceptionnellement négatives, souvent positives) que le *standstill* protège, à défaut d'effet direct « au sens restreint » pour les sanctionner. Cette présentation rejoindrait d'ailleurs en substance une des conclusions d'Isabelle Hachez(2427). Cette auteure envisage en effet le principe de *standstill* comme un palliatif à l'absence d'effet direct de certaines obligations et écrit que « son invocabilité ne présente de réelle utilité qu'en l'absence d'effet direct de [ces] obligations »(2428).

747. Ayant réglé la question des obligations que le *standstill* assortit, nous envisageons maintenant la question de la relativité de cette obligation de *standstill*. L'obligation de *standstill* n'est pas absolue. Comme l'a rappelé à plusieurs reprises le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, elle est soumise à des *restrictions*(2429). Selon Isabelle Hachez, ce caractère relatif de l'obligation de *standstill* vaut également en droit belge, malgré les déclarations dans les travaux préparatoires laissant entendre que le principe de *standstill* est absolu. Pour cette auteure, la relativité de l'obligation de *standstill* découle de la relativité des obligations positives dont elle dérive(2430).

Ainsi, le législateur peut régresser dans les droits fondamentaux s'il respecte, dans la compensation qu'il prévoit aux régressions que son action implique, certaines conditions de fond et de forme. En résumant la thèse d'Isabelle Hachez, François Tulkens présente ces conditions sous forme de trois grands axes. Le premier concerne

(2426) I. Hachez, Le *principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, pp. 289-290, n° 256.

(2427) *Ibid.*, pp. 256-291, n^{os} 219-257.

(2428) *Ibid.*, p. 289, n° 255.

(2429) Voy. Observation générale n° 3.

(2430) Voy. I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative, op. cit.,* n^{os} 383 et s.

la nécessité pour le législateur de démontrer qu'il « a procédé à un examen le plus minutieux de toutes les alternatives possibles par rapport à la norme adoptée ». Le deuxième est qu'il a justifié « de manière adéquate et complète le bien-fondé de la mesure par rapport à l'ensemble des droits fondamentaux existants ». Le troisième vise la nécessité de démontrer l'usage maximal des ressources financières disponibles[2431]. Ces conditions doivent se cumuler avec une application du régime général des restrictions aux droits fondamentaux. Cette relativité de l'obligation de *standstill* permet ainsi d'éviter de figer le passé[2432].

748. Le présent titre se veut une exploration du principe de *standstill* dans lequel, en suivant le chemin balisé par Isabelle Hachez, nous étudierons les conditions de l'application de l'obligation de *standstill* aux obligations découlant du droit à la culture et leurs difficultés (**Chapitre I**) ainsi que les pistes qui doivent être privilégiées pour permettre une application du principe de *standstill* à ce droit (**Chapitre II**).

(2431) F. Tulkens, Principes de bonne législation et renouveau démocratique : qui osera, en Belgique, réellement franchir le pas ? », in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 501.

(2432) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux. Une irréversibilité relative, op. cit.*, pp. 582-599. Pour Aurélien Vandeburie, cette obligation permet de crier « haro sur l'immobilisme » qu'un principe de *standstill* absolu pourrait engendrer : A. Vandeburie, *L'article 23 de la Constitution. Coquille vide ou boîte au trésor ?*, *op. cit.*

CHAPITRE I.

L'application de l'obligation de *standstill* au droit à la culture

749. L'application de l'obligation de *standstill* aux obligations découlant du droit à la culture est soumise à certaines conditions évoquées ici à partir des travaux d'Isabelle Hachez. La réunion de ces conditions d'application suscite des difficultés particulières pour le droit à la culture que l'on se propose d'analyser en regroupant celles qui relèvent de la détermination du champ d'application de l'obligation de *standstill* au droit à la culture (**Section I**), celles qui ont trait à la précision de la portée de ce principe en ce qu'il implique une comparaison des régressions et des progrès (**Section II**).

Section I. – L'identification du champ d'application de l'obligation de *standstill* pour le droit à la culture[2433]

750. Dans cette section, on détermine le champ d'application matériel, spatial, personnel et temporel du *standstill* dans le cas du droit à la culture.

§1. *Le champ d'application matériel : la détermination des obligations susceptibles d'engendrer une obligation de* standstill *et de leur portée*

751. Comme on l'a vu dans l'introduction générale, Isabelle Hachez a, dans sa thèse, analysé l'inhérence de l'obligation de *standstill* aux obligations positives[2434], que nous avons étendue aux obligations négatives ne recouvrant pas d'effet direct[2435].

(2433) Nous reprenons ici la présentation de l'obligation de *standstill* réalisée par Isabelle Hachez dans sa thèse, qui distingue entre champ d'application de l'obligation de *standstill* et portée de cette obligation.

(2434) Voy. I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, pp. 195-247 ; I. Hachez, « Le principe de *standstill* dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative », *op. cit.*, pp. 71-76.

(2435) Voy. Premier chapitre.

Sa démonstration de l'application du principe de *standstill* aux obligations positives a été réalisée de manière théorique et générale. Par conséquent, elle précise qu'« il conviendra, dans chaque cas d'espèce, de vérifier que l'effectivité de l'obligation positive en cause puisse être garantie par l'obligation de *standstill* qui a vocation à l'assortir »[(2436)].

Ainsi, il convient d'examiner l'aptitude de l'obligation de *standstill* à garantir les obligations positives découlant du droit à la culture. Pour vérifier si le niveau de protection constaté avant le recul était bien requis par une obligation positive, il faut vérifier si une obligation précise commandait cette protection (A) et si le niveau de protection constaté avant le recul ne dépassait pas le seuil requis par ladite obligation (B).

A. **L'exigence de précision des obligations**

752. L'application du *standstill* est surtout dépendante du degré de précision des obligations découlant du droit à la culture.

L'on peut considérer de manière générale que les obligations positives découlant du droit au maintien et à la protection des cultures et des patrimoines sont bien définies, et de manière suffisamment précise dans le *corpus* des règles de l'UNESCO (voy. deuxième partie). Une approche holiste permet de relier les obligations que ces Conventions emportent pour l'État aux obligations positives dégagées en la matière à partir du droit de participer à la vie culturelle.

En ce qui concerne l'accès à la culture, il semble que les obligations positives sont suffisamment précisées dans l'Observation générale n° 21, mais également dans les travaux préparatoires de la Constitution belge. Il n'en est pas de même pour le droit de participer aux activités culturelles. En ce qui concerne la liberté artistique, si la plupart des obligations négatives sont très précises, certaines obligations positives restent plus vagues, comme celle de soutenir la diversité. Les obligations relatives au droit de participer à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques culturelles n'ont pas été précisées de manière très concrète en droit international.

(2436) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, p. 240, n° 206.

Cependant, en droit constitutionnel belge, cette obligation reçoit une contextualisation importante à travers les règles du Pacte culturel et des décrets d'application de ce Pacte. En ce qui concerne la liberté de choix, les précisions sont également moins nombreuses que pour l'accès ou la participation à la vie culturelle.

753. Soulignons par ailleurs que l'identification des obligations positives et de leur portée se heurtera souvent au problème de l'identification des objectifs des politiques culturelles qui peuvent être considérées comme mettant en œuvre une obligation positive[(2437)]. Ce problème, déjà évoqué, rend opaque la détermination des obligations positives réalisées par certaines législations. Cette opacité des objectifs poursuivis par les législations culturelles est encore renforcée par l'application du principe de subsidiarité en Belgique, qui va parfois jusqu'à déléguer à certains organismes, institutions culturelles ou associations culturelles le soin d'élaborer les politiques culturelles et leur contenu[(2438)]. De plus, il n'est pas toujours évident d'identifier les services publics culturels fonctionnels et les délégations de services publics, parfois implicites.

Des difficultés de précisions et de portée des obligations positives susceptibles d'engendrer une obligation de *standstill* sont récurrentes en ce qui concerne le droit à la culture. Nous avons essayé de rencontrer ces difficultés dans la deuxième partie, en précisant les obligations qui découlent du droit à la culture au départ d'une série de textes et *de lege lata*. Notons simplement que le flou qui pourrait encore subsister autour de certaines obligations compliquera une application du principe de *standstill* à ces dernières.

B. **Le niveau de protection requis par les obligations**

754. Dans le cas où elles ont été précisées, les obligations positives peuvent ne pas requérir un niveau de protection très élevé et par conséquent ne pas constituer la source d'une obligation de *standstill* à tout le moins dans le cadre belge. Ainsi, des reculs peuvent échapper à une sanction par l'obligation de *standstill* parce que, globalement, le niveau de réalisation du droit à la culture se

(2437) Voy. par exemple, sur ce problème, A. De Wasseige, *Communauté Bruxelles-Wallonie. Quelles politiques culturelles ?*, *op. cit.*

(2438) Voy. *supra*.

situerait au-delà de ce qui est exigé. Comme le rappelle Isabelle Hachez, il est possible « qu'une obligation positive se situe en deçà des potentialités recelées par le droit fondamental à l'effectivité duquel il contribue »[2439].

D'aucuns argueront certainement que, par rapport à l'ensemble des pays ayant ratifié le Pacte et la Convention sur la diversité, on peut affirmer que le niveau de réalisation du droit à la culture chez nous dépasse celui d'autres pays. Dès lors, l'on peut se poser la question de savoir si le niveau de réalisation du droit à la culture dans le paysage belge est réellement requis par les obligations positives découlant du droit à la culture.

Pour répondre à cette question, il convient de ne pas comparer le niveau de réalisation du droit à la culture en Belgique avec des pays qui ne respectent pas leurs obligations relatives au droit à la culture. De plus, si nous n'écartons pas la possibilité que certaines politiques et certains programmes dépassent le niveau d'exigence international, il convient cependant de ne pas exagérer la réalisation du droit à la culture en Communauté française : certaines composantes du droit, même élémentaires, ne sont toujours pas satisfaites en Communauté française. Si l'on confronte le tableau récapitulatif des obligations qui découlent du droit à la culture pour l'État aux travaux ayant tenté d'évaluer dans l'ensemble les politiques culturelles en Communauté française[2440], force est de constater qu'une série de ces obligations restent inexécutées. Nous nous limiterons ici à reprendre les carences concernant des obligations essentielles liées au droit à la culture.

755. D'abord, en ce qui concerne l'accès à la culture, aucune obligation de créer une bibliothèque publique n'existe au niveau local, ce qui fragilise le maillage du territoire. Par ailleurs, si le réseau des bibliothèques publiques remplit certainement son objectif de démocratisation de la culture, il n'est pas certain que les collections qui y sont proposées répondent toujours à l'impératif de diversité

(2439) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, p. 242, n° 209.

(2440) Voy., par exemple, les documents disponibles sur le site de l'Observatoire des politiques culturelles (http://www.opc.cfwb.be) et notamment le document intitulé *Évaluation du décret du 20 juin 1980 fixant les conditions de reconnaissance et d'octroi de subventions aux organisations de jeunesse. Synthèse des travaux des panels*, novembre 2006.

culturelle, notamment dans des quartiers où cette diversité est très importante[2441]. Ensuite, la démocratisation de la culture n'est absolument pas prise en compte dans certains pans de la politique d'aide à la création ou dans certaines institutions culturelles qui n'accordent aucune attention – ou uniquement de manière cosmétique – à la question des publics plus fragilisés. Par ailleurs, force est de constater la négligence dont l'éducation culturelle, et notamment l'enseignement artistique, fait l'objet[2442]. Enfin, des missions centrales en termes d'accès à la culture restent assumées par des structures dont le financement est très fragile. On pense par exemple aux associations comme *Article 27*, qui assument d'importantes missions de service public à travers un rôle de médiation entre les institutions culturelles et les institutions sociales pour promouvoir l'accès de tous à la culture[2443]. Le principe de subsidiarité, qui sous-tend ces délégations de service public, n'est pas en

(2441) Voy. R. Bouhlal, « Le droit constitutionnel à l'épanouissement culturel. Au cœur de la précarité sociale et de la diversité culturelle : l'exemple des bibliothèques publiques », in *Les droits culturels et sociaux des plus défavorisés*, *op. cit.*, pp. 629-632. L'auteur, président du M.R.A.X., démontre que les bibliothèques publiques sont loin d'assumer leurs obligations en matière de diversité dans leurs propositions d'ouvrages.

(2442) Voy. A. Vincent et M. Wunderle, *Les arts plastiques*, Bruxelles, CRISP, Dossier n° 69, 2007, p. 99. Les auteurs notent que « [u]n aspect majeur, parfois sous-estimé, du financement des arts plastiques par les pouvoirs publics est l'importance accordée au secteur de l'enseignement artistique, y compris au niveau des emplois créés ».

(2443) Ainsi, *Article 27* propose à la fois des tickets à 1,25 € qui servent d'« outils incitatifs », afin de « stimuler la vie culturelle », mais aussi – et peut être surtout – un accompagnement, une aide « dans les choix » et une incitation à la culture, à travers des plans d'accompagnements, des initiations à des réflexions critiques, des ateliers d'initiation et de création etc. F. De Smet, « La démocratisation de l'accès à la culture – de la théorie à l'épreuve empirique », in *Les droits culturels et sociaux des plus défavorisés*, *op. cit.*, pp. 275-278.

Sur les missions d'*Article 27*, notamment, voy. M. Hansotte, L. Adam, C. Galopin *et al.*, *Du vivre ensemble à l'affirmation culturelle et citoyenne. Présentation, analyse théorique et méthodologique des plans d'accompagnement global à la culture*, Bruxelles, asbl Article 27. *Article 27* travaille sur plusieurs axes : celui de l'accès au savoir, à travers des formations pédagogiques aux langages artistiques, celui de l'accès au pouvoir citoyen, à travers des animations socio-culturelles et d'expression collective, celui de l'accès à la création, afin de découvrir l'esthétique et ses pratiques, et enfin celui de l'accès à la solidarité, à travers un groupe et son soutien. L'idée est de permettre, à travers une collaboration entre institutions culturelles et institutions sociales, et à travers des plans d'accompagnement à la culture, d'abord un engagement, une motivation, ensuite une découverte des langages et une expression, dans un troisième temps une diffusion, une

soi contraire au droit à la culture mais l'insécurité qu'il implique encore aujourd'hui, notamment pour des associations comme *Article 27*, empêche de conclure à une réalisation parfaite du droit à la culture. Même en ce qui concerne le droit à la protection et au maintien du patrimoine et de la création, des lacunes subsistent, comme en ce qui concerne la protection des œuvres d'art face au trafic international(2444) ou le délaissement du patrimoine monumental. Au niveau de la participation à la culture, nombreux sont ceux qui se sont interrogés sur la capacité du secteur de l'éducation permanente d'assurer une reconnaissance de toutes les cultures ou de « la culture de tous » et « par tous »(2445).

Ces lacunes et carences illustrent que le droit à la culture est loin d'être tout à fait assuré en Communauté française. Ainsi, à notre sens, les développements des politiques culturelles en Communauté française ne peuvent être considérés d'emblée comme dépassant le niveau d'exigence requis par le droit international.

756. Dans tous les cas, même si le niveau d'exigence développé par le droit international était dépassé par le droit interne, il reste à voir si ce droit interne dépasse également le niveau d'exigence requis par l'article 23 de la Constitution, dès lors que le droit à la culture reçoit également une interprétation constitutionnelle.

---

visibilité publique et enfin dans un quatrième temps, l'engagement, la citoyenneté « active ».

(2444) La Belgique n'a pas ratifié les conventions de l'UNESCO de 1970 et d'Unidroit de 1995 qui visent à lutter contre les opérations illicites en matière de trafic d'œuvres d'art. Voy. notamment la récente réponse évasive du Ministre-président Rudy Demotte à ce sujet : Question de Mme Marianne Saenen à M. Rudy Demotte, ministre-président sur la « Ratification des conventions UNESCO et UNIDROIT sur les biens culturels », *Doc.*, Parl. Comm. fr., Compte-rendu intégral, séance du 30 novembre 2010, sess. 2010-2011, CRIC n° 36-R.I.5, p. 3.

(2445) Voy. notamment, sur les limites du nouveau décret, qui s'éloigne de la production et la diffusion artistique et culturelle, et les failles de l'ancien décret et ses « branches mortes », T. Moulaert et P. Reman, « Introduction », *La Revue Nouvelle*, novembre 2007, n° 11, dossier *Où en est l'éducation permanente ?*, pp. 16-19 ; T. Lemaigre, « Paysage mouvant, réforme oblique », *La Revue Nouvelle*, novembre 2007, n° 11, dossier *Où en est l'éducation permanente ?*, pp. 20-27 ; A. Bastenier et G. Liénard, « Un printemps pour l'éducation permanente ? », *La Revue Nouvelle*, novembre 2007, n° 11, Dossier *Où en est l'éducation permanente ?*, pp. 55-61 ; J.-P. Nossent, « D'un décret à l'autre », *op. cit.*, pp. 62-70.

Au niveau constitutionnel, le manque de précision au sujet de l'ensemble des obligations positives qui découlent de l'article 23 a déjà été relevé. Cependant, *a minima* il semble que, pour donner un effet utile à la consécration constitutionnelle de ce droit, il faut considérer que le niveau d'accès et de participation à la culture de 1994 ne dépassait pas déjà le droit à l'épanouissement culturel, ce que les travaux préparatoires semblent attester. D'ailleurs, en ce qui concerne l'accès, des obligations positives précises ont été émises dans le cadre des travaux préparatoires, qui ne sont pas encore réalisées. Le Constituant a ainsi considéré que la réalisation du droit à l'épanouissement culturel « suppose que la culture soit rendue accessible à tous » et que « [l]a réalisation de cet objectif commande principalement aux pouvoirs publics d'abaisser nombre de seuils *encore* trop élevés et de veiller à instaurer un climat de tolérance culturelle dans toutes les couches de la population »(2446). En ce qui concerne les plus défavorisés, le Constituant estime que « les activités culturelles doivent rester financièrement à la portée des moins favorisés d'entre nous »(2447). Le Conseil d'État, dans un avis relatif au patrimoine immobilier, a par ailleurs considéré qu'il existait une obligation de *standstill* de ne pas régresser dans la protection du patrimoine immobilier(2448). Ainsi, il a jugé que le niveau de protection consacré par la Région de Bruxelles-Capitale n'allait pas au-delà de l'obligation positive de protéger le patrimoine. Il faut donc considérer, plus généralement, que l'article 23, 5°, implique des obligations de faire qui ne sont pas encore satisfaites en droit belge.

757. Il semble donc acquis que le niveau d'exigence requis par les obligations positives découlant du droit à la culture n'est pas encore dépassé en droit belge.

(2446) Nous soulignons.

(2447) Développements, Texte proposé par M. Stroobant, Taminiaux et consorts, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, 9 juin 1993, n° 100-2/3°, p. 20 et *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr., 1991-1992, n° 100-2/2°.

(2448) Avis C.E., section de législation, n° 35.689/4, 6 et 9 octobre 2003, sur un avant-projet d'ordonnance portant sur certaines dispositions en matière d'aménagement du territoire, *Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., sess. 2003-2004, 1-501.

§2. *Le champ d'application personnel : l'identification des débiteurs et des créanciers de l'obligation de* standstill[2449]

758. Isabelle Hachez a démontré que l'obligation de *standstill* s'imposait à l'État mais aussi aux particuliers, dans une moindre mesure. Par ailleurs, elle a également établi que le créancier de l'obligation de *standstill* était le créancier de l'obligation positive. Nous détaillerons ici ces deux éléments.

A. **Les débiteurs**

759. L'article 23 de la Constitution belge fournit expressément la réponse à la question sur les débiteurs : il s'agit des législateurs (1). Ceux-ci, pour toute une série de raisons que l'on ne reprendra pas ici[2450], sont en effet les principaux débiteurs des obligations positives découlant des droits fondamentaux. Par conséquent, ils sont également débiteurs de l'obligation de *standstill*, qui est considérée comme l'accessoire des obligations positives. Mais l'obligation de *standstill* s'adresse également à l'exécutif (2) et au juge (3). Quant aux particuliers, ils ne sont, en principe, pas débiteurs d'une obligation de *standstill* (4).

1. Les législateurs, débiteurs principaux

760. Dans cette matière comme dans d'autres, il faudra avoir égard à la répartition des compétences pour identifier le débiteur. Évidemment, au niveau international, cette question ne se pose pas en tant que telle. En effet, le droit international ne connaît que les États et oblige donc l'État belge dans sa globalité. Mais, au niveau constitutionnel, cette question est cruciale. Il s'agit en effet de déterminer quelles sont les autorités qui sont débitrices de l'obligation de *standstill* pour chaque obligation découlant du droit à la culture.

(2449) Nous reprenons ici la dénomination d'un des titres de la thèse d'Isabelle Hachez sur le *standstill*.

(2450) I. Hachez cite d'abord l'importance du choix politique à effectuer dans le cadre des obligations positives, mais aussi le fait qu'il est parfois nécessaire de limiter les droits d'autrui, ce qui ne peut être que l'œuvre du législateur, et enfin les renvois exprès aux législateurs (art. 23, etc.) et les réserves expresses (consacrées « par la loi ») pp. 292-295, n^{os} 258-261.

a) *L'obligation de* standstill *accompagne les obligations positives assumées par les autorités compétentes*

761. En droit constitutionnel belge, la compétence de consacrer les droits fondamentaux reste fédérale, celle d'aménager et de protéger effectivement ces droits est partagée et relève tantôt de la collectivité fédérale, tantôt des collectivités fédérées. Pour identifier les législateurs débiteurs de chaque obligation de protéger et de réaliser le droit à la culture, il faut donc tenir compte de la répartition des compétences. Chaque législateur est en effet débiteur principal de l'obligation de *standstill* dans les matières qui touchent des obligations découlant du droit à la culture.

762. Or, en matière culturelle, la répartition des compétences est pour le moins chaotique ce qui peut compliquer l'identification des débiteurs de l'obligation de *standstill*.

b) *L'obligation de* standstill *s'applique lorsque les pouvoirs publics agissent hors de leur sphère de compétence : le cas de l'obligation de créer une bibliothèque publique et des politiques culturelles à Bruxelles*

763. L'obligation de *standstill* peut-elle toujours être appliquée lorsque ce sont des pouvoirs publics en principe incompétents qui ont investi dans la réalisation et la protection du droit à la culture ?

Cette hypothèse est loin d'être théorique car, alors que le champ culturel est très flexible et ne se laisse pas enfermer dans le découpage territorial de la Belgique, les compétences culturelles sont tellement cloisonnées qu'elles impliquent très souvent des dépassements de compétence. Ainsi, il n'est pas rare de voir les pouvoirs publics mener des politiques tout à fait fondamentales pour le droit à la culture qui débordent souvent au-delà de leur sphère de compétence, cloisonnée et délimitée dans la Constitution. La répartition des compétences culturelles est ainsi souvent mise à mal. D'abord parce que, au niveau matériel, le cloisonnement des compétences est impossible à respecter en pratique et que des collectivités prennent des initiatives en matière culturelle qui empiètent sur les compétences d'autres collectivités. Ensuite parce que, par nature, les politiques culturelles ont des effets extra-territoriaux, le principe d'exclusivité des compétences territoriales culturelles,

même s'il admet des exceptions depuis les arrêts Carrefour, reste impossible à respecter en pratique. Ainsi, dans certains cas, il arrive que les Communautés développent des politiques culturelles qui excèdent franchement le territoire unilingue et empiètent sur le territoire de compétence de l'autre Communauté[2451].

764. Prenons comme exemple la répartition des compétences ou plutôt l'entremêlement de celles-ci à Bruxelles. L'évolution du phénomène culturel rend largement inapplicables les critères de répartition des compétences dans la Région de Bruxelles-Capitale. Ainsi, les Communautés, les communes et la Région de Bruxelles-Capitale y développent régulièrement des politiques culturelles en dehors de leur sphère de compétence. Doit-on considérer que les pratiques à caractère habituel imputables aux autorités publiques, dont découle un certain niveau de protection des droits, lient donc ces autorités publiques à ce niveau de protection, même si lesdites pratiques découlent de normes inconstitutionnelles[2452] ?

Pour Isabelle Hachez, hors les cas de défédéralisation ou de refédéralisation (voy. *infra*), « il ne pourrait être reproché à une autorité publique de ne pas respecter le niveau de protection garanti aux droits fondamentaux par une autorité publique distincte ; en

(2451) Ainsi, force est de constater que les deux Communautés financent des opérateurs culturels de l'autre Communauté actifs dans le cinéma à travers les aides à la création. Les deux Communautés auraient même conclu un « accord » institutionnalisé sur ce point. Ainsi, comme le démontre Jean-Gilles Lowies, dans les budgets respectivement de la Communauté française et de la Communauté flamande, on retrouve des dépenses de coproduction avec l'autre Communauté pour des montants de 450 000 euros : J.-G. Lowies, « Quel traité culturel pour la Belgique du 21e siècle ? Le projet d'accord de coopération culturelle entre la Communauté française et la Communauté flamande de Belgique : voyage au centre du malaise belge », *Document de travail présenté dans le cadre du Colloque de l'ISPOLE à l'UCL, les 13 et 14 octobre 2010*, Atelier 2, « Jeux d'échelle et transformation de l'action publique en Europe », p. 20.

(2452) Si cette conclusion est appréciable du point de vue des droits fondamentaux, l'on peut cependant en interroger la validité de manière générale. En réalité, ce qui se joue dans ce cas, c'est un conflit entre deux normes constitutionnelles : la première, qui prescrit la répartition des compétences et la deuxième, qui établit une interdiction de régresser dans la réalisation des droits fondamentaux consacrés dans la Constitution. Comment régler ce conflit de normes ? Une solution serait de le dépasser, en invoquant la primauté des traités sur le droit interne. Mais ce serait là reposer la question de la primauté du droit international sur la Constitution, question qui dépasse largement le cadre de cette thèse.

effet, les principes d'exclusivité des compétences et d'autonomie dans l'exercice de celles-ci excluent normalement l'existence de compétences concurrentes »[2453]. Ainsi, en principe, « un législateur ne peut être tenu de respecter le niveau de protection conféré par un autre législateur »[2454], sauf les cas de défédéralisation et de refédéralisation. Dès lors, hormis ces cas, que l'on analysera plus en détails *infra*, un législateur ne peut être tenu de respecter le niveau de protection conféré par un autre législateur : la collectivité fédérale ne peut être tenue de respecter le niveau atteint par les Communautés à Bruxelles en ce qui concerne le biculturel.

Mais qu'en est-il pour la collectivité publique qui a agi hors de sa sphère de compétence ? Faut-il simplement considérer qu'en raison de l'inconstitutionnalité de la norme adoptée – que la collectivité n'ignorait souvent pas – celle-ci n'est pas tenue de garantir le niveau de protection conféré au droit fondamental en cause ? À notre sens, une telle solution paraît frileuse par rapport au principe d'effectivité des droits fondamentaux et à leur caractère téléologique. Rappelons que *toutes* les collectivités publiques, y compris celles qui n'ont pas de compétences culturelles, sont tenues d'assurer la réalisation du droit à la culture. Dès lors, quelle que soit la collectivité qui prend l'initiative de mettre en œuvre ce droit, le principe de *standstill* devrait pouvoir s'appliquer au nom de son inhérence aux obligations positives. Le recul dans la réalisation du droit à la culture que constitue l'abrogation d'une norme inconstitutionnelle garantissant un niveau de protection élevé au droit à la culture devrait être justifié dans ce cadre. Il devrait également, le cas échéant, être compensé par l'adoption d'une norme dans le respect de la répartition des compétences. Par exemple, si la Région ne peut assumer la conduite de politiques biculturelles à Bruxelles, l'on se baserait alors sur un raisonnement évoqué par Isabelle Hachez dans un tout autre cas, celle de l'irrégularité formelle de normes établissant un niveau de protection (il s'agissait dans son exemple de circulaires illégales diminuant le minerval). Concernant cet exemple précis, l'auteure a en effet écrit que « si l'on accepte de prendre en considération, comme point de comparaison pour

(2453) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux, op. cit.*, p. 296, n° 262.

(2454) *Ibid.*, p. 296, n° 262.

apprécier l'existence ou non d'une régression, une base de pur fait éventuellement dépourvue de base réglementaire, *a fortiori* devra-t-on accepter de prendre en considération une situation de fait résultant de l'application d'une règle de droit, fût-elle irrégulière »[2455].

Si, à notre sens, le point de comparaison devait être déterminé en prenant en compte l'effectivité concrète du droit fondamental en cause, la question de l'inconstitutionnalité d'une norme pour violation des règles de répartition des compétences ne devrait pour autant pas être évacuée. Simplement, la collectivité publique en cause devrait être invitée à garantir autrement, de manière constitutionnelle, le niveau de protection qu'elle avait conféré inconstitutionnellement au droit à la culture[2456]. Cette conclusion est cruciale pour le droit à la culture puisque, comme l'exemple cité tend à le montrer, il n'est donc pas rare qu'un législateur ou qu'une administration exerce depuis un certain temps des compétences qui, tout en ne se situant pas dans sa sphère de compétence territoriale ou matérielle, concerne au premier plan le droit à la culture.

Soulignons toutefois que le Conseil d'État, dans son arrêt *Diwan F.M.* relatif à l'application du principe de *standstill* au droit à l'épanouissement culturel, a écarté une telle interprétation du principe d'effectivité. En effet, dans son arrêt n° 185.415, les juges administratifs ont considéré que la requérante (en l'espèce, une radio communautaire) ne pouvait se prévaloir d'une situation antérieure, illégale, pour fonder une application du principe de *standstill*[2457].

(2455) *Ibid.*, p. 404, n° 379. À l'inverse, dans ce cas précis, Isabelle Hachez estime que lorsque les normes sont formulées en termes favorables mais sont dépourvues d'effectivité, elles continuent de lier les législateurs au niveau de protection consacré dans les normes (*voy. infra*) (*ibid.*, pp. 388-404, , n^{os} 356-378, surtout n° 378).

(2456) Dans le cas où une collectivité démontrerait son incapacité à garantir autrement et constitutionnellement le droit à la culture, le recul litigieux serait d'emblée justifié.

(2457) C.E., arrêt *Diwan F.M.*, n° 185.415, du 16 juillet 2008, p. 18 (arrêt de suspension).

c) *L'obligation de* standstill *et les interventions multiples sur une obligation positive découlant du droit à la culture : le cas du « tax shelter »*

765. En matière culturelle comme dans d'autres matières, plusieurs législateurs interviennent, avec leurs administrations, dans les mêmes secteurs, parfois même pour aborder des « enjeux uniques » qui sont alors « traités sous des angles multiples »[(2458)]. Ainsi, dans de nombreux cas, une obligation positive découlant du droit à la culture est assumée, dans un secteur particulier, par plusieurs pouvoirs publics à la fois. Parce que l'obligation de *standstill* est inhérente à toute obligation découlant du droit à la culture non recouverte de l'effet direct, il est nécessaire de considérer que tous les pouvoirs publics qui sont débiteurs d'une obligation positive découlant du droit à la culture dans un secteur en particulier sont également débiteurs d'une obligation de *standstill* à l'égard de cette obligation.

Qu'arrive-t-il si un des pouvoirs décide de limiter son investissement mais que les autres compensent ? Si, par exemple, l'État fédéral renforçait son système de *tax shelter*[(2459)] en faveur de la

(2458) Réseau des Arts à Bruxelles, *Plan Culturel pour Bruxelles*, *op. cit.*, p. 35.

(2459) Loi programme du 2 août 2002, *Mon. b.*, 29 août 2002, art. 128 et s. Le mécanisme du *tax shelter* vise à « encourager les entreprises à investir une partie de leurs bénéfices dans la production d'une œuvre audiovisuelle, produite ou coproduite par un producteur belge et agréée par l'une de nos Communautés » (A. Joachimowicz, « Cinéma et tax-shelter », *A&M*, 2003, n° 1, p. 37). Comme l'a souligné Ariane Joachimowicz, la collectivité fédérale a dû revoir sa copie lorsque la Commission européenne a assimilé le *Tax shelter* à une entrave à l'exportation violant la libre circulation des biens et services en raison de la condition de permanence de l'affectation professionnelle en Belgique des droits de créance et de propriété. La loi-programme du 22 décembre 2003 a donc modifié le régime d'incitation fiscale à l'investissement dans la production d'œuvres audiovisuelles prévu à l'article 194*ter*, § 4 alinéa 1er, 3° (Loi-programme du 22 décembre 2003, *Mon. b.*, 31 décembre 2003, articles 291 et suivants). Cette loi a de nouveau été modifiée par la loi du 17 mai 2004 modifiant l'article 194*ter* du Code des impôts sur les revenus 1992 relatif au régime du tax shelter pour la production audiovisuelle (*Mon. b.*, 4 juin 2004) afin d'assurer la compatibilité de cet article avec le droit européen. Depuis l'exercice d'imposition 2004, le mécanisme fonctionne notamment comme relais des aides communautaires. Voy. L-progr. 2 août 2002, *Mon. b.*, 29 août 2002 ; L.-progr. 22 décembre 2003, *Mon. b.*, 31 décembre 2003 ; C. Gillot, « Le financement de la création cinématographique en Communauté française de Belgique (cadre communautaire et relais fédéral : le *tax shelter*) », *Rev. dr. ULg*, 2005, n° 4, pp. 607-644.

production des films, les Communautés pourraient-elles s'estimer libres de diminuer leur investissement dans ce domaine, au prétexte que le renforcement du *tax shelter* compenserait la diminution du niveau de protection que leur action entraînerait ? Et si finalement l'État fédéral supprimait le système du *tax shelter*, la diminution du niveau de protection relative à l'obligation de soutenir la création cinématographique devrait-elle lui être imputée ou devrait-elle être imputée également aux Communautés *in solidum* ?

La réponse d'Isabelle Hachez est sur ce point très claire : « sous peine de conduire à une impasse, et sous réserve, éventuellement, d'une compensation délibérément organisée par un accord de coopération, il s'impose de considérer que le respect de l'obligation de *standstill* doit être apprécié dans le chef de l'autorité publique qui, dans les limites de ses compétences a réalisé le droit fondamental qu'elle assortit, et non au départ du niveau de protection des interventions conjointes des différentes autorités publiques »[(2460)]. Ainsi, chaque collectivité compétente dans un domaine assume une obligation de *standstill* relative à ses obligations positives en ce domaine, indépendamment des compensations réalisées par d'autres pouvoirs publics compétents sur cette matière. Si une autorité décide de régresser dans la mise en œuvre du droit à la culture, elle ne pourra en principe prendre appui sur les réalisations des autres niveaux de pouvoir pour se dédouaner du respect de l'obligation de *standstill* sauf si un accord de coopération organise un transfert de responsabilité en bonne et due forme. Ici, sous peine de remettre en question l'idée d'une adéquation d'une compétence culturelle et d'une obligation corrélative de réaliser le droit à la culture, l'évaluation par rapport au niveau effectif de protection n'intervient que comme deuxième critère d'appréciation de l'imputabilité d'une éventuelle régression.

Par ailleurs, soulignons que l'État fédéral soutient également diverses initiatives culturelles à travers la Loterie Nationale, ce qui n'est pas sans poser des problèmes particuliers en matière culturelle : P. Berckx, « De wettigheid van de subsidiëring door de nationale loterij van organisaties en activiteiten die ressorteren onder de bevoegdheid van de gemeenschappen en de gewesten », *T.B.P.*, 1996, pp. 583-598.

(2460) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, p. 297, n° 263.

d) *L'obligation de* standstill*, la défédéralisation et les transferts de compétences*

766. La troisième réflexion est inspirée des mécanismes de transferts de compétences et d'éventuelle défédéralisation ou refédéralisation. Dans les cas où une compétence est transférée d'une collectivité à une autre, la collectivité qui reçoit la compétence est-elle tenue par le niveau de protection qu'avait reçu le droit à la culture grâce à la précédente collectivité ? La question est loin de constituer un cas d'école car plusieurs transferts de compétences ont été opérés en matière culturelle. Par ailleurs, ces réflexions ont également un intérêt certain alors que foisonnent les propositions de réforme de la répartition des compétences culturelles, que ce soit dans le sens d'une régionalisation de l'ensemble des matières culturelles assumées par la Communauté française au profit de la Région wallonne et de la Région bruxelloise(2461) ou dans le sens d'un retrait de certaines compétences bi-culturelles assumées par l'État fédéral pour les transférer soit vers la Région de Bruxelles-Capitale, soit vers la Commission communautaire commune(2462).

767. Face à l'incurie manifestée par la collectivité fédérale pour les matières bi-culturelles « qui ne l'intéressent visiblement pas »(2463), certains envisagent une *défédéralisation* de ces matières soit vers la Commission communautaire commune soit vers la Région de Bruxelles-Capitale, après une suppression de la Commission communautaire commune. Plus rares sont ceux qui envisagent un transfert de toutes les matières culturelles exercées à Bruxelles à la collectivité fédérale, mais on ne peut exclure cette hypothèse.

Faudrait-il considérer que les – maigres – réalisations de l'État fédéral en ce domaine lient les collectivités qui seraient ensuite

(2461) Voy. notamment, sur ces propositions, A. De Wasseige, *Communauté Bruxelles-Wallonie : Quelles politiques culturelles ?, op. cit.*

(2462) Voy., sur cette proposition, H. Dumont, « La gestion des matières culturelles, éducatives et personnalisables à Bruxelles : le cadre actuel », *op. cit.*, pp. 10-12 ; H. Dumont et I. Hachez, « La gestion des matières culturelles à Bruxelles », in *Culture et pouvoirs publics à Bruxelles. Quelles institutions pour quelles politiques culturelles ?, Actes du colloque organisé par le Réseau des Arts à Bruxelles le 26 mars 2007*, Bruxelles, Publications du Réseau des Arts à Bruxelles, 2007, pp. 11-12.

(2463) H. Dumont, « La gestion des matières culturelles, éducatives et personnalisables à Bruxelles : le cadre actuel », *op. cit.*, p. 11 ; H. Dumont et I. Hachez, « La gestion des matières culturelles à Bruxelles », *op. cit.*, p. 11.

compétentes ? Dans ces cas de défédéralisation, Isabelle Hachez estime que les collectivités qui reçoivent les compétences doivent assurer le niveau de protection qui était à l'œuvre lorsque la compétence était encore fédérale. Cette auteure reprend à son compte l'opinion de Xavier Delgrange et de Hugues Dumont en ce qui concerne une éventuelle défédéralisation de la sécurité sociale, qui devrait, selon ces derniers, être accompagnée d'un « mode de financement de l'ensemble des entités fédérées qui permette à chacune de celles-ci d'assurer la sauvegarde d'un niveau de protection égal à celui dont bénéficiaient l'ensemble des personnes lorsque cette protection était assurée par l'autorité fédérale »[(2464)]. La conclusion serait la même en cas de fédéralisation de certaines matières culturelles[(2465)].

768. Quid en cas de *transferts de compétences* ? Cette question n'est pas envisagée telle quelle par Isabelle Hachez. Il nous semble que, par identité de motifs, le législateur devrait dans ce cas respecter le niveau de protection du droit fondamental atteint par le législateur antérieur. Si des compétences de la Communauté française venaient à être transférées à la Région wallonne, à la Région de Bruxelles-Capitale, à la Cocof voire à la Cocom et à la Communauté germanophone ou à une Fédération Wallonie-Bruxelles, ou si inversement, ce qui est moins probable, des compétences culturelles devaient être transférées à la Communauté française, il nous semble que le niveau de protection du droit garanti à l'occasion de ces compétences devrait être assuré par les nouveaux responsables de ces compétences. En effet, il n'y a pas de différence de nature entre une refédéralisation et un transfert de certaines matières. Par conséquent, il n'y a pas de raison d'adopter une conclusion différente concernant les transferts de compétences.

(2464) X. Delgrange et H. Dumont, « Bruxelles et l'hypothèse de la défédéralisation de la sécurité sociale », *Autonomie, Solidarité et coopération*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 260.

(2465) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, p. 296, n° 262.

2. L'exécutif

769. L'obligation de *standstill* s'applique à l'ensemble des actes de l'exécutif qui doivent être rattachés à l'exercice d'une fonction normative. Ainsi, l'obligation de *standstill* concerne incontestablement les délégations du législatif vers l'exécutif mais aussi l'exécution des lois et le pouvoir réglementaire de l'exécutif. À notre sens, l'obligation de *standstill* doit également être retenue pour certains actes individuels qui sont les sources d'une situation objective de réalisation ou de protection du droit à la culture ou qui organisent des subventions à des associations qui assument des missions de service public.

770. S'il est établi que le législateur est le débiteur principal des obligations positives et de l'obligation de *standstill*, le pouvoir exécutif est également débiteur de cette obligation(2466), qui s'adresse à toutes les composantes de l'État. Il est tenu de respecter le principe de *standstill* lorsqu'il élabore des actes réglementaires, soit à la suite d'une délégation du législateur compétent, soit dans le cadre de son pouvoir général d'exécution des lois, soit dans le cadre de son pouvoir réglementaire autonome(2467).

a) *L'application du principe de* standstill *aux délégations à l'exécutif*

771. Les délégations à l'exécutif sont possibles même dans le cadre de l'article 23 de la Constitution(2468), qui ne cite pourtant que les législateurs. L'exécutif, dans le cadre de ces délégations, devra respecter le principe de *standstill*. Eu égard à l'ampleur des délégations consenties à l'exécutif à l'occasion des décrets et ordonnances dans les matières culturelles, cette soumission des délégations à l'obligation de *standstill* est d'une importance capitale.

(2466) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, p. 292.

(2467) *Ibid.*, pp. 298-299, n^{os} 265-268.

(2468) Voy. notamment C.C., arrêt n° 151/2010, du 22 décembre 2010. La Cour établit que « Cette disposition constitutionnelle n'interdit pas au législateur compétent d'accorder des délégations au Gouvernement pour autant que ces délégations portent sur l'adoption de mesures dont l'objet a été déterminé par le législateur » (B.4.).

Évidemment, les délégations à l'exécutif ne peuvent être absolues. Elles doivent respecter des conditions précisées par la Cour constitutionnelle. Celle-ci a ainsi établi que, par le biais des délégations, « un gouvernement ne saurait combler l'imprécision des principes arrêtés par le législateur compétent lui-même ou affiner des options insuffisamment détaillées »[2469]. Ainsi, le législateur ne peut se dédouaner de l'obligation de *standstill* qui lui incombe en déléguant à l'exécutif tout pouvoir dans la réalisation du droit à la culture. La sanction d'un éventuel excès de délégation sera l'annulation par la Cour de la norme législative. Toutefois, à notre estime, le pouvoir législatif ou le pouvoir exécutif ne pourraient prendre prétexte du non respect des conditions de la délégation pour refuser la soumission des réalisations opérées dans le cadre de la délégation à l'obligation de *standstill*. Une telle situation constituerait en effet une entorse au principe *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* et ne cadrerait pas avec l'option prise dans l'évaluation des reculs et des progrès, rivée sur l'intérêt des particuliers.

b) *L'application du principe de* standstill *dans l'exécution des lois*

772. Dans son pouvoir d'exécution des lois, l'exécutif devra respecter le droit à la culture et l'obligation de *standstill* qui en découle. Cette obligation s'applique évidemment lorsque des lois, décrets et ordonnances concernent directement la culture, mais elle est valable également lorsque la matière concerne, d'une manière ou d'une autre, le droit à la culture (notamment parce qu'elle règle des aspects « secondaires » des matières culturelles, comme l'accès des mineurs aux salles de spectacles, etc.)[2470]. Cette appréhension par le *standstill* de ces matières est tout à fait fondamentale pour le droit à la culture. En effet celui-ci est dans le meilleur des cas simplement invoqué dans les exposés des motifs des matières culturelles mais est le plus souvent oublié et négligé dans les autres matières[2471].

(2469) C. C. n° 147/2005, 28 septembre 2005, Cons. B.11.2. Voy. également les arrêts cités par I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, p. 298, note en bas de page 294.

(2470) Voy. deuxième partie.

(2471) Une exception notable à ce constat : les arrêtés sur la promotion de l'épanouissement culturel des usagers des CPAS, qui émanent d'une matière

c) *L'application du principe de* standstill *en matière réglementaire : le cas des arrêtés royaux visant la promotion de l'épanouissement culturel des plus défavorisés*

773. Lorsqu'ils adoptent des arrêtés et règlements dans l'exercice de leurs compétences, les exécutifs doivent respecter le principe de *standstill*(2472). Diverses compétences sont touchées. Certaines concernent directement la culture : l'on songe aux compétences des communes et des provinces en matière de bibliothèque publique ou en matière muséale. Mais d'autres compétences moins directement liées au droit à la culture doivent être envisagées, comme par exemple les compétences en matière d'affichage, qui ont un impact très important sur la diffusion de l'information culturelle et sur la liberté de choix en matière culturelle.

774. Par exemple, le principe de *standstill* s'applique, à notre sens, aux arrêtés royaux adoptés depuis 2003 par le Service public fédéral Sécurité sociale et le Service public fédéral de programmation Intégration sociale, lutte contre la pauvreté, économie sociale et politique des grandes villes et visant l'octroi d'une subvention de 6 200 000 euros à répartir entre les centres publics d'action sociale (CPAS) afin d'encourager la participation et l'épanouissement sociaux et culturels(2473). Ces arrêtés, renouvelés chaque année, constituent une des réalisations les plus abouties du droit des plus défavorisés d'accéder et de participer à la culture(2474). Ils offrent aux

fédérale relative à la sécurité sociale mais qui consacrent de nombreux aspects du droit à la culture. Ces dispositifs ont été étudiés *supra*.

(2472) Comme par exemple les communes et les provinces. Voy. P. Martens, « Les communes et les droits économiques et sociaux », *Rev. dr. comm.*, 1996 ; I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, p. 299, n° 268.

(2473) A.R. du 8 avril 2003 portant l'octroi d'une subvention de 6.200.000 euros aux centres publics d'aide sociale afin d'encourager la participation et l'épanouissement sociaux et culturels de leurs clients, *Mon. b.*, 22 avril 2003, p. 21253.

(2474) A.R. du 23 août 2004 portant des mesures de promotion de la participation sociale et l'épanouissement culturel et sportif des usagers des services des centres publics d'action sociale, *Mon. b.*, 26 août 2004 ; A.R. du 1er juin 2005 portant des mesures de promotion de la participation sociale et l'épanouissement culturel et sportif des usagers des services des centres publics d'action sociale pour la période 2005-2006, *Mon. b.*, 8 juin 2005 ; A.R. du 1er mai 2006 portant des mesures de promotion de la participation sociale et l'épanouissement culturel et sportif des usagers des services des centres

CPAS les moyens de permettre à leurs usagers de participer à des activités, des manifestations et des associations culturelles, sociales et sportives et incitent ainsi à la réalisation de ce droit. Ces arrêtés se basent sur la nature de droit fondamental de l'épanouissement social et culturel et sur la constatation que le rejet des pauvres se situe dans tous les domaines de la vie, y compris la vie sociale et culturelle. La subvention peut être utilisée par les CPAS pour le cofinancement de la participation à des associations sociales, culturelles ou sportives y compris les cotisations et le matériel, pour le soutien et le financement des initiatives à destination du groupe cible au niveau social, culturel et sportif ayant une finalité sociale[2475]. Une circulaire insiste sur le but de la subvention : permettre aux plus défavorisés de renouer des contacts sociaux[2476].

---

publics d'action sociale pour la période 2006-2007, *Mon. b.*, 2 mai 2006 ; A.R. du 24 janvier 2007 modifiant l'A.R. du 1er mai 2006 portant des mesures de promotion de la participation sociale et l'épanouissement culturel et sportif des usagers des services des centres publics d'action sociale pour la période 2006-2007, *Mon. b.*, 6 février 2007 ; A.R. du 27 avril 2007 portant des mesures de promotion de la participation sociale et l'épanouissement culturel et sportif des usagers des services des centres publics d'action sociale pour la période 2007-2008, *Mon. b.*, 8 mai 2007 ; A.R. du 30 août 2008 portant des mesures de promotion de la participation sociale et l'épanouissement culturel et sportif des usagers des services des centres publics d'action sociale pour la période 2008-2009, *Mon. b.*, 5 novembre 2008 ; A.R. du 10 septembre 2009, portant des mesures de promotion de la participation sociale et l'épanouissement culturel et sportif des usagers des services des centres publics d'action sociale pour la période 2009, *Mon. b.*, 7 octobre 2009 ; A.R. du 9 juillet 2010 portant des mesures de promotion de la participation sociale et l'épanouissement culturel et sportif des usagers des services des centres publics d'action sociale pour la période 2010, *Mon. b.*, 30 juillet 2010.

Voy., sur ces arrêtés et les dispositifs qu'ils mettent en œuvre, E. Cramer et M. Van Looveren, *Coups d'œil aux projets socio-artistiques : la parole aux usagers, Rapport de mission*, 15 mai 2007, Bruxelles, ULB et VUB à la demande du service public de Programmation Intégration Sociale (http://www.mi-is.be/themes/participation) et A. Clé et L. Mechbal, « Rapport d'évaluation relatif à la subvention octroyée aux CPAS afin d'encourager la participation et l'épanouissement social et culturel de leurs usagers », à la demande du SPP Intégration sociale, Lutte contre la Pauvreté et Économie Sociale, 29 juin 2004, www.culturedemocratie.be (septembre 2008).

(2475) Art. 2, A.R. du 8 avril 2003 portant l'octroi d'une subvention de 6.200.000 euros aux centres publics d'aide sociale afin d'encourager la participation et l'épanouissement sociaux et culturels de leurs clients, *Mon. b.*, 22 avril 2003, p. 21253.

(2476) Circulaire du 17 juin 2003, adressée aux Présidents des Centres Publics d'Aide Sociale par le Ministre de l'Intégration sociale.

Sans conteste, ce mécanisme constitue la pierre angulaire d'un dispositif permettant de garantir l'accès à la culture pour les plus défavorisés. L'administration a élargi quelque peu le champ d'action de la subvention, comme en témoigne le dernier arrêté du 24 janvier 2007 qui veut favoriser l'accès à l'Internet. Le caractère temporaire de ce dispositif, qui reste aujourd'hui le seul à garantir un accès à la culture pour les plus pauvres, ne doit pas hypothéquer une application du principe de *standstill*. Ainsi, les nombreux retards qui sont survenus dans le renouvellement des arrêtés(2477) et qui ont paralysé l'action culturelle en faveur des plus défavorisés pendant quelques mois pourraient être considérés comme des reculs.

d) *L'application de l'obligation de* standstill *aux actes individuels : déplacement de la fonction normative et principe de subsidiarité*

775. Isabelle Hachez réfute une application de l'obligation de *standstill* aux actes individuels émanant de l'exécutif(2478). Selon cette auteure, « il paraît justifié de soustraire les actes administratifs individuels adoptés par les autorités administratives au respect de l'obligation de *standstill*, actes individuels qui peuvent, le cas échéant, être adoptés au titre d'obligations positives »(2479).

Cette position a le mérite de la clarté tandis que le flou demeure sur ce sujet, tant dans la jurisprudence qu'en doctrine(2480). Ainsi, lorsque le Conseil d'État(2481) a été saisi de plusieurs recours portant

(2477) L'arrêté a été adopté en septembre 2009 (A.R. du 10 septembre 2009, portant des mesures de promotion de la participation sociale et l'épanouissement culturel et sportif des usagers des services des centres publics d'action sociale pour la période 2009, *Mon. b.*, 7 octobre 2009).

(2478) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, pp. 299-306, n^{os} 269-272.

(2479) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, p. 240, n° 206, note en bas de page 139.

(2480) Voy., sur cette question, J. Vande Lanotte et T. Pelsmaeker, « Economic, Social and Cultural Rights in the Belgian Constitution », in *Economic, Social and Cultural Rights : An Appraisal of Current International and European Developments*, Antwerpen, Maklu, 2002, pp. 277-278 ; I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, pp. 299-306, n^{os} 263-272.

(2481) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, pp. 299-306, n^{os} 263-272. Cette auteure cite plusieurs arrêts du Conseil d'État qui, sans infirmer que le *standstill* ne s'applique pas aux

sur des décisions individuelles qui invoquaient le principe de *standstill*, il n'a pas écarté l'application de ce principe aux décisions en cause mais n'a pas fait droit au moyen invoqué. En matière culturelle, le recours de l'asbl *Diwan F.M.* contre plusieurs décisions de refus d'octroi d'une fréquence pour émettre des émissions radiophoniques est paradigmatique de cette position ambiguë de la juridiction administrative. Les requérants estimaient que les retraits d'octroi de fréquence constituaient un recul par rapport à l'obligation de garantir la diversité culturelle rattachée au droit à l'épanouissement culturel mais le Conseil d'État a rejeté cet argument, non pas sur la base d'une inapplication de l'obligation de *standstill* aux décisions individuelles, mais au motif de l'illégalité de la situation antérieure(2482). Quant à la Cour constitutionnelle, elle se limite à rappeler que les délégations à l'exécutif dans le cadre de l'article 23 doivent être réalisées « sur la base d'une habilitation suffisamment précise ou dans des limites suffisamment définies »(2483), sans préjuger de la responsabilité de l'exécutif à l'égard des droits fondamentaux dans des décisions individuelles.

776. Le raisonnement d'Isabelle Hachez se fonde sur la différence entre la fonction de légiférer/réglementer et la fonction d'administrer(2484). Son refus d'appliquer le principe de *standstill* aux décisions individuelles s'explique par la différence de nature entre les actes « matériellement législatifs » et la décision individuelle qui établit « un lien entre la norme et la situation concrète »(2485). En effet, selon Cyr Cambier, cité par Isabelle Hachez dans sa thèse, « le pouvoir qui s'exprime dans l'acte administratif concret n'a pas pour objet de réaliser le droit, mais, s'y conformant, de satisfaire l'intérêt général »(2486).

---

actes individuels, refusent cependant de faire droit aux arguments des individus (C.E., arrêt *Coomans et Nysten*, n° 140.730, du 16 février 2005).

(2482) C.E., arrêt *Diwan F.M.*, n° 185.415, du 16 juillet 2008, p. 18 (arrêt en suspension).

(2483) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, p. 305, n° 272.

(2484) L'auteure semble en effet être revenue, dans une certaine mesure, sur cette justification théorique de l'exclusion des actes individuels du champ d'application du *standstill* dans I. Hachez et B. Jadot, « Environnement, développement durable et *standstill* : vrais ou faux amis ? », *Amén.*, 2009, liv. 1, n° 15, note 47.

(2485) M. Pâques, *Droit public élémentaire en quinze leçons*, *op. cit.*, p. 51.

(2486) Voy. I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, p. 304, n° 272.

Pour Isabelle Hachez, l'obligation de réaliser (au plan normatif) les droits fondamentaux doit être rattachée à une fonction de « réaliser le droit », c'est-à-dire à une fonction normative. L'obligation de réalisation et de protection des droits fondamentaux n'incombe donc en principe pas aux autorités chargées de la fonction d'administrer, qui n'ont pour seule obligation que d'appliquer les normes en se conformant à l'intérêt général(2487).

De plus, de manière plus pragmatique, l'application du principe de *standstill* à l'ensemble des décisions administratives serait peu praticable. En effet, soit l'on décide qu'une administration se voit imposer l'obligation de *standstill* par rapport au plus haut niveau de protection des droits qu'elle a assuré dans l'adoption d'actes individuels ; soit l'on considère que le plus haut niveau de protection d'un droit fondamental s'impose à partir d'un acte individuel à toutes les administrations œuvrant dans ces matières. Dans tous les cas, l'application du principe de *standstill* aux actes individuels se heurterait à de grandes difficultés pratiques liées à l'absence de publicité des décisions administratives et à l'impossibilité de suivre une ligne de conduite établie(2488).

777. La distinction théorique entre la fonction de légiférer/réglementer et la fonction d'administrer ne peut être niée. Toutefois, à notre sens, cette distinction doit être relativisée en matière culturelle où, dans les faits, on observe parfois un déni de légiférer/réglementer qui entraîne lui-même une excroissance de la fonction d'administrer. Ce qui pose problème en matière culturelle, c'est que, dans certains cas, la carence normative au niveau législatif est palliée par les normes de valeur réglementaire, mais aussi – et surtout – que la carence normative au niveau réglementaire est palliée par un ensemble de décisions individuelles et que cette carence est justifiée par l'application du principe de subsidiarité : ce sont des particuliers qui dirigent et gèrent une partie des politiques culturelles, sur la base de décisions individuelles de l'administration ou de l'exécutif. Ainsi, dans les faits, il n'est pas rare de constater que

(2487) Signalons cependant que l'administration, lorsqu'elle prend des actes administratifs individuels, est débitrice d'une obligation de respecter les droits fondamentaux, au même titre que les autres organes de l'État et de la même manière que lorsqu'elle prend des actes réglementaires.

(2488) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, pp. 299-306, n^os^ 269-272.

l'administration de la culture assume des fonctions normatives. Dans ces cas, il faut, à notre sens, considérer que c'est l'administration qui est débitrice de l'obligation de réaliser, sur le plan normatif, le droit à la culture et donc de l'obligation de *standstill* déduite de cette obligation de réaliser.

Le déplacement de la fonction normative en matière culturelle s'explique par la combinaison de plusieurs facteurs. La volonté de respecter le principe de subsidiarité et une certaine neutralité culturelle(2489) sont souvent invoquées par le législateur et l'exécutif(2490) pour justifier les carences dans l'exercice de la fonction normative et réglementaire. La désillusion qui frappe certains grands principes des politiques culturelles est également un facteur qui explique le moindre investissement politique dans la culture(2491). L'auto-limitation de la fonction normative, qui se reflète dans l'édiction de normes vagues et floues, implique que de nombreux axes des politiques culturelles sont dessinés par l'exécutif et l'administration dans des décisions individuelles. Parce que les normes réglementaires restent très floues, l'administration se voit parfois contrainte de préciser ces normes et d'en créer de nouvelles, et non seulement de les appliquer. Ces décisions individuelles concernent soit des infrastructures et des institutions, qui assument concrètement, par la voie de la subvention(2492), des concessions de services

(2489) Déduite des principes de la démocratie libérale en matière de politiques culturelles (voy. Première partie). Ainsi, ce qui distingue un pays totalitaire d'un pays démocratique dans les politiques culturelles, c'est justement que l'État n'a pas pour ambition de gérer directement et globalement la culture, avec les conséquences néfastes sur la liberté d'expression que cela a entraîné dans les pays totalitaires. Voy. J.-G. Lowies, « Quel Traité culturel pour la Belgique du 21e siècle ? Le projet d'accord de coopération culturelle entre la Communauté française et la Communauté flamande de Belgique : voyage au centre du malaise belge », *op. cit.*

(2490) Cette invocation n'est pas toujours légitime. En effet, le principe de subsidiarité et de respect de la liberté des associations qui participent à la réalisation d'objectifs culturels d'intérêt général n'empêche pas – et appelle même – une action régulatrice de l'État et une action complémentaire pour pallier les éventuelles carences que le principe de subsidiarité impliquerait.

(2491) Voy. notamment H. Dumont, « Les politiques culturelles et la création en Belgique. Quelques repères historiques et juridiques », *op. cit.*, pp. 211-213 ; A. De Wasseige, *Communauté Bruxelles-Wallonie. Quelles politiques culturelles ?*, *op. cit.*, p. 408.

(2492) Soulignons que la plupart des subventions constituent des actes individuels mais que, à certaines conditions, ces subventions peuvent être qualifiées de contrats administratifs ou de quasi-contrats.

publics ou d'agréments, des missions de service public culturel[2493], soit directement le soutien à certains créateurs et formes de culture (mais dans une moindre mesure)[2494].

Ainsi, trop souvent, le cadre décrétal et réglementaire se limite à décrire les procédures qui doivent être suivies pour l'adoption de décisions individuelles, subventions directes ou « contrats » programmes ou, plus rarement, dans les contrats de subventionnement. Ce sont ces décisions individuelles, qui prennent souvent la forme de « contrats » programmes[2495], d'octroi d'aides à des structures ou à des créateurs, qui affectent véritablement, de manière favorable ou défavorable, certaines composantes du droit à la culture. Certes, ces décisions sont, d'une manière ou d'une autre, liées à un acte réglementaire qui, lui, est soumis à l'obligation de *standstill*. Mais ces actes législatifs et réglementaires se réduisent souvent à formuler les conditions de reconnaissance et de subventionnement, en laissant à l'administration le soin de vérifier ces conditions et de choisir parmi les institutions et organismes éligibles aux subventions et de préciser les missions d'intérêt public devant être assumées[2496]. Par conséquent, ce ne sont pas les actes réglementaires qui contiennent les éléments principiels des politiques culturelles

(2493) Ainsi, de nombreuses fonctions de démocratisation de la culture ou de démocratie culturelle sont assumées par des services publics de type « fonctionnels » (voy. deuxième partie).

(2494) A. De Wasseige, *Communauté Bruxelles-Wallonie. Quelles politiques culturelles* ?, *op. cit.*, p. 163. Le principe de subsidiarité a en effet, pendant longtemps, impliqué une concentration du soutien public vers des structures plutôt que vers les créateurs et la création. Le décret sur les arts de la scène marque certainement un tournant dans ce sens, mais certains secteurs, comme les arts plastiques, continuent à souffrir de ce déficit.

Voy. notamment, les décrets sur les arts de la scène précités.

(2495) Qui, la plupart du temps, constituent, malgré leur dénomination, des actes individuels de l'administration car il n'y a pas à proprement parler de négociation des termes du contrat et donc pas de contrat administratif en soi. Toutefois, dans certains cas, on pourra parler de contrat administratif, s'il y a respect des conditions du contrat administratif.

(2496) Voy., par exemple,

– sur les conditions de reconnaissance et de subventionnement des bibliothèques publiques, adoptées ou libres, qui sont soit locales, principales, centrales, itinérantes ou spéciales, Décret du 28 février 1978 organisant le service public de la lecture, *Mon. b.*, 21 avril 1978 ; modifié par le Décret du 8 juillet 1983, *Mon. b.*, 17 août 1983 ; l'Arrêté du gouvernement de la Communauté française du 10 novembre 1988, *Mon. b.*, 1er décembre 1988 ; le Décret du 30 novembre 1992, *Mon. b.*, 2 février 1993 ; le Décret du 21 octobre 1988, *Mon. b.*, 1er décembre 1988 ; le Décret du 19 juillet 1991, *Mon. b.*, 22 octobre 1991.

mais ceux-ci ressortent plutôt d'une ligne de conduite de l'exécutif par rapport aux décisions individuelles et aux décisions de l'administration.

778. Si l'on refuse de considérer que l'administration, dans ces cas de déplacement *de facto* de la fonction normative, n'est pas débitrice d'une obligation de *standstill* par rapport à ses décisions, l'effectivité du droit à la culture serait mise en danger. En effet, si l'on refuse d'appliquer le principe de *standstill* à certaines décisions individuelles prise dans leur globalité, le contrôle ne peut s'exercer que sur des normes floues et sans contenu qui, en raison de leur évanescence, n'offrent pas de prise pour une application du principe de *standstill*. De plus, dans ce cas, on ouvre la possibilité pour les législateurs peu scrupuleux de se dégager de leur responsabilité de réaliser les droits fondamentaux en reportant cette responsabilité sur l'administration ou sur l'exécutif dans l'élaboration d'actes individuels.

La spécificité du secteur culturel, dont la liberté vitale est garantie par le principe de subsidiarité, invite à repenser la manière dont

---

– sur les organismes liés à la médiathèque : Arrêté royal du 7 avril 1971 fixant les conditions d'octroi de subventions à la Médiathèque francophone de Belgique et les conditions d'agréation et d'octroi de subventions aux organismes régionaux et locaux assurant le prêt de moyens audiovisuels au service de l'éducation permanente, *Mon. b.*, 18 juin 1971.

– sur les centres culturels : Décret du 28 juillet 1992 fixant les conditions de reconnaissance et de subventionnement des Centres culturels modifié par le décret du 10 avril 1995, *Mon. b.*, 8 octobre 1992 ; Arrêté du gouvernement de la Communauté française du 13 juillet 1994 déterminant la procédure d'octroi, de suspension ou de reconnaissance ainsi que celle relative au classement en catégories et aux conditions de subvention des Centres culturels, *Mon. b.*, 21 décembre 1996 ; Arrêté du Gouvernement de la Communauté française établissant le modèle type de contrat-programme et fixant la procédure de sa conclusion prévus à l'article 10*bis* du décret du 28 juillet 1992, *Mon. b.*, 12 août 1995.

– sur les institutions muséales : Décr. Comm. fr. du 17 juillet 2002 relatif à la reconnaissance et au subventionnement des musées et autres institutions muséales, *Mon. b.*, 9 octobre 2002.

– sur le subventionnement des infrastructures culturelles : Décret du 17 juillet 2002 relatif à l'octroi de subventions aux collectivités locales pour les projets d'infrastructures culturelles, remplaçant l'arrêté royal du 22 février 1974 relatif à l'intervention de l'État en matière de subsides pour l'exécution de travaux d'infrastructure culturelle et sportive exécutés par les provinces, communes, associations de communes et la Commission communautaire française de la Région de Bruxelles-Capitale, tel que modifié par l'arrêté de l'exécutif de la Communauté française du 19 septembre 1991.

s'exerce réellement la fonction normative. En réalité, il nous semble possible de considérer que cette fonction peut, dans certains cas, ressortir d'un ensemble de décisions individuelles prises par l'exécutif ou par son administration, éclairés par les instances d'avis(2497). L'administration exerce ainsi, *de facto*, à notre sens, une réelle fonction normative lorsqu'elle prend des décisions de subventionnement concernant une structure qui assume d'importantes fonctions de service public ou lorsqu'elle organise des délégations de services publics culturels d'importance pour la démocratie culturelle, la démocratisation de la culture et la diversité culturelle.

Il est évident qu'une application plus rigoureuse du principe de légalité des subventions et de motivation des actes serait préférable et permettrait de dépasser cette situation de déplacement de la fonction normative. Mais, lorsque le principe de légalité et de motivation des subventions n'est pas respecté, une application du principe de *standstill* doit être possible pour éviter de laisser une partie importante des actes réalisant le droit à la culture hors de tout contrôle.

La praticabilité de l'application de l'obligation de *standstill* dans le cas d'actes administratifs doit être modalisée. Remarquons toutefois qu'une belle publicité des décisions individuelles – signe de leur poids – est déjà assurée par la loi sur le Pacte culturel(2498) et que la Communauté française publie sur son site internet la plupart des contrats programmes conclus(2499). Par ailleurs, si, dans certains cas, le nombre d'actes administratifs individuels est trop important, la formulation des lignes de conduite générales devrait au minimum être systématisée et publiée.

(2497) Décr. 10 avril 2003 relatif au fonctionnement des instances d'avis œuvrant dans le secteur culturel, *Mon. b.*, 9 mai 2003.

(2498) Art. 13-14 de la Loi sur le Pacte culturel, qui prévoit une publication des listes des bénéficiaires des encouragements individualisés en annexe du budget.

(2499) Voy. le site très complet http://www.culture.be/index.php?id=culture_conventions&no_cache=1. Ce site reprend « l'ensemble des documents signés entre la Communauté française et ses partenaires culturels. On trouvera dans cette rubrique les conventions et contrats-programmes en cours et archivés, classés par domaine (division organique ou DO), par secteur ou discipline et par date » et « les subventions attribuées aux opérateurs culturels sur base des crédits ajustés (soit le dernier état du budget) des exercices budgétaires annuels. Ces listes sont établies par postes budgétaires (allocations de base ou AB), à l'intérieur desquels les subventions sont présentées par ordre alphabétique des opérateurs bénéficiaires. La marge d'erreur est inférieure à 0,50 % ».

779. Par ailleurs, de façon plus générale, il nous semble que la distinction théorique entre fonction de légiférer/réglementer et fonction d'administrer ne justifie pas toujours de manière satisfaisante une exclusion des actes individuels du champ d'application du principe de *standstill*. D'abord, l'on peut se demander si cette distinction peut aller jusqu'à fonder une exclusion des actes individuels, au contraire des actes de valeur normative, de la sphère des actes juridiques qui « réalisent un droit fondamental » et donc du champ d'application de l'obligation de *standstill*[2500]. Il est en effet paradoxal de considérer que, alors qu'il vise à garantir l'effectivité des droits fondamentaux, le principe de *standstill* s'arrête précisément là où commence souvent la mise en œuvre concrète des droits fondamentaux. De plus, s'il est vrai que l'obligation de *standstill* suit le même régime que les obligations positives, elle a les mêmes débiteurs que ces obligations positives. Or, l'on a établi dans la deuxième partie que les obligations positives ne s'imposent pas qu'aux pouvoirs publics détenant une fonction normative mais également aux autorités administratives. Eva Brems rappelle ainsi « que toutes les autorités publiques soient tenues par les droits fondamentaux constitutionnels, est une évidence »[2501] et que des obligations

(2500) En effet, si l'acte individuel est bien celui qui établit « un lien entre la norme et la situation concrète » (M. PÂQUES, *Droit public élémentaire en quinze leçons*, *op. cit.*, p. 51) alors que l'acte de l'exécutif à valeur normative est celui qui procède de la fonction normative, on ne voit pas pourquoi le premier échapperait à l'obligation de réaliser progressivement les droits fondamentaux et que le deuxième y serait soumis. Ainsi, il semble difficile de considérer que parce que, selon Cyr Cambier, cité par Isabelle Hachez, « le pouvoir qui s'exprime dans l'acte administratif concret n'a pas pour objet de réaliser le droit, mais, s'y conformant, de satisfaire l'intérêt général », les actes administratifs individuels ne tombent pas dans la sphère de l'obligation de réalisation des droits fondamentaux, et donc pas dans la sphère de l'obligation de *standstill*. Il nous semble cependant que même au niveau des actes administratifs individuels, les obligations de respecter, de protéger et de réaliser doivent être mises en œuvre. Peut-être l'intensité de l'action de réaliser n'est pas la même s'il s'agit d'une administration ou d'un législateur, mais elle s'impose aux deux corps indistinctement. Ainsi, l'administration, lorsqu'elle prend des actes administratifs individuels, est débitrice d'une obligation de respecter les droits fondamentaux, au même titre que les autres organes de l'État et de la même manière que lorsqu'elle prend des actes réglementaires.

(2501) E. BREMS, « Vers des clauses transversales en matière de droits et libertés dans la Constitution belge ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2007, n° 70, p. 376. Ainsi, en réaction à la clause transversale proposée par Sébastien van Drooghenbroeck et Jan Velaers, qui prévoit que « la réalisation effective et la protection

positives incombent à ces autorités publiques[2502]. Sébastien van Drooghenbroeck écrit que « de telles obligations positives pèsent sur l'ensemble des autorités étatiques – législateurs, autorités administratives, mais aussi autorités juridictionnelles »[2503]. Par ailleurs, en matière d'environnement, Charles-Hubert Born a estimé que les obligations positives découlant de l'article 7*bis* de la Constitution doivent s'appliquer aux décisions individuelles, même si le contrôle du respect de ces obligations n'est pas évident[2504]. Ainsi, si le *standstill* est réellement cette obligation négative inhérente à toute obligation positive, ne devrait-elle pas accompagner les obligations positives qui s'imposent à l'administration dans l'édiction des actes individuels (dont la nature peut évidemment différer de celles établies à charge du pouvoir législatif, exécutif ou judiciaire)[2505] ? Enfin, la distinction entre fonction de légiférer/réglementer et fonction d'administrer apparaît souvent impraticable, et pas seulement en matière culturelle. Dès lors, à notre sens, le principe de *standstill* doit pouvoir s'appliquer aux actes individuels en fonction de leur importance pour la réalisation des droits fondamentaux et de leur impact normatif. Ainsi, par exemple, si la subvention accordée aux

---

de ces droits fondamentaux sont garanties, dans la sphère de compétences des assemblées législatives concernées, par la loi, par le décret ou par la règle visée à l'article 134 de la Constitution », cette auteure écrit que « la raison pour laquelle le texte réserve les mesures de protection et de réalisation aux assemblées législatives n'est cependant pas claire. Pour les restrictions aux droits, l'intervention du pouvoir législatif est une garantie pour les citoyens, mais pour les mesures promouvant les droits, toutes les autorités peuvent et doivent utiliser tous les moyens à leur disposition » (*ibid.*, p. 380). L'auteure poursuit en précisant que dans certains cas la réalisation ou la protection d'un droit peut être confiée par le Constituant au législateur).

(2502) *Ibid.*, p. 377.

(2503) S. VAN DROOGHENBROECK, « La loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination: les défis d'une 'horizontalisation' des droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 210.

(2504) Charles-Hubert Born, parlant des contrôles pouvant s'exercer à l'encontre des décisions contraire à l'article 7*bis* : « Encore une fois, ces contrôles visent essentiellement à vérifier le respect des obligations négatives par l'autorité administrative. Ils sont inopérants pour sanctionner le non respect des obligations positives qui pèsent sur celle-ci » (C.-H. BORN, « Le développement durable : un 'objectif de politique générale' à valeur constitutionnelle », *R.B.D.C.*, 2007, p. 244. Ce passage peut laisser entendre que des obligations positives découlant de la disposition constitutionnelle pèsent donc sur les autorités administratives.

(2505) Ainsi, évidemment, l'administration n'est pas tenue de mettre en œuvre un cadre législatif réalisant le droit à la culture.

centres d'expressions et de créativité ou à l'association *Article 27* ou à des associations similaires qui mettent en place des mécanismes fondamentaux pour l'accès et la participation à la culture des plus pauvres en l'absence de dispositifs publics venait à être supprimée, l'autorité devrait justifier ce retrait au regard des exigences découlant du principe de *standstill*.

3. Le juge

780. Selon Isabelle Hachez, une obligation de *standstill* s'impose également au juge, à qui il revient d'interpréter les normes élaborées par le législateur et qui réalisent les droits fondamentaux. Le juge est tenu de respecter les obligations positives qui lui incombent, et donc l'obligation de *standstill* qui en découle. Même si sa fonction n'est pas d'édicter des règles générales et normatives, ce que l'article 6 du Code civil exclut d'ailleurs, il est communément admis que le juge découvre, à l'occasion du traitement de demandes individuelles, des principes généraux et participe ainsi à la fonction normative[(2506)]. Par ailleurs, le juge concourt plus largement à cette fonction en interprétant les règles de droit.

4. Les particuliers

781. L'État, dans son ensemble, est débiteur principal des obligations découlant des droits fondamentaux et notamment de l'obligation de *standstill*. Cependant, dans certains cas, il peut privatiser une partie des activités qui permettent la réalisation des droits fondamentaux. Dans ces cas de privatisation, Isabelle Hachez estime que l'acteur privé est « érigé en 'débiteur secondaire' du droit fondamental car l'intervention de l'État est nécessaire à cette fin »[(2507)]. L'obligation de protéger les droits fondamentaux impose à l'État de veiller, dans ces cas, à ce que la privatisation n'engendre pas de diminution du droit en question. Il devra préciser à l'acteur privé qui est chargé de réaliser le droit les conditions de sa réalisation et devra entourer son action d'une série de garanties pour

(2506) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, pp. 307-311, n^os^ 273-278.

(2507) *Ibid.*, pp. 311-314, n^os^ 279-281.

éviter des diminutions du niveau de protection[2508]. Selon Isabelle Hachez, les particuliers en question sont des débiteurs secondaires du droit fondamental mais pas de l'obligation de *standstill*. Ce n'est que lorsqu'un pouvoir de production de normes leur serait conféré qu'ils pourraient être considérés comme des débiteurs secondaires de l'obligation de *standstill*.

782. En ce qui concerne le droit à la culture, on a vu que, en raison de l'absence d'exercice par le législateur et par l'exécutif de sa fonction normative, ce sont l'exécutif ou l'administration qui, par des décisions individuelles, exercent *de facto* la fonction normative. Or, ces décisions individuelles se résument souvent à établir des subventions ou à conclure des contrats-programmes, qui peuvent s'analyser comme des délégations de service public et des privatisations des obligations positives qui découlent du droit à la culture. Ainsi, la problématique de la montée en puissance du principe de subsidiarité ressurgit à nouveau. En effet, l'application du principe de subsidiarité peut s'analyser comme une privatisation de services publics culturels, qui implique par ailleurs certains effets pervers quant à l'évaluation et à la garantie du bon déroulement des obligations positives découlant du droit à la culture[2509]. Comment, dans ces cas, articuler principe de subsidiarité, délégation de services publics et obligation de *standstill* ?

783. Selon Isabelle Hachez, dans ces cas de privatisation[2510], ce sont les pouvoirs publics responsables des services publics culturels qui se voient imposer une obligation de *standstill* par rapport au droit à la culture dans ces services culturels sauf lorsque le service public est assumé par un démembrement de l'État ou est créé par la puissance publique[2511] auquel cas le recul doit être assumé directement par ce service. Cette solution nous paraît devoir s'imposer à partir du moment où l'on retient dans le champ d'application de l'obligation de *standstill* l'ensemble des actes administratifs individuels qui sont à la source de ces privatisations de services publics

(2508) *Ibid.*

(2509) Voy. deuxième partie.

(2510) Qui correspondent souvent à des concessions de service public culturel ou à des agréments de droit administratif.

(2511) Ainsi en est-il par exemple du Théâtre royal de la Monnaie, qui a pris la forme d'un établissement public avec la loi du 19 avril 1963, modifié par la loi du 5 décembre 2006.

culturels. Un contrôle est ainsi déjà garanti sur la norme à la source de la privatisation du service public culturel.

Il faut donc considérer que le niveau de réalisation du droit à la culture atteint par des particuliers dans l'exécution des délégations de services publics lie les pouvoirs publics. En effet comme on le verra, il faut, dans l'application du principe de *standstill*, tenir compte de la pratique effective. Or, comme ce sont les pouvoirs publics qui sont garants de l'obligation de *standstill* accompagnant les obligations positives dont ils ont délégué l'exercice, le niveau de protection atteint dans la délégation de ces obligations positives les oblige.

B. **Les créanciers**

784. Puisque l'obligation de *standstill* découle des obligations positives des droits fondamentaux, il n'est pas étonnant de conclure que les créanciers de l'obligation de *standstill* sont les bénéficiaires des droits dont est déduite cette dernière(2512).

785. L'obligation de *standstill* crée un lien particulier entre les destinataires actuels et les générations futures, qui sont particulièrement visées par le principe de *standstill*. En effet, cette obligation « entend également assurer la transmission d'un patrimoine aux générations futures », ainsi, « la transmission intergénérationnelle du patrimoine des droits de l'homme est notamment assurée par la médiation de l'obligation de *standstill* »(2513).

Cette référence aux générations futures est particulièrement pertinente dans le cas du droit à la culture. On a vu, dans la première partie de la thèse, qu'un des fondements les plus pertinents des politiques culturelles résidait dans l'obligation qui incombe à chaque société de transmettre à la suivante une « structure culturelle » riche et diversifiée, permettant à chacun de disposer d'un panel large de conceptions de la vie. Cette structure permet ainsi d'enrichir et de complexifier les conceptions de la vie des individus(2514). Le droit à

(2512) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative, op. cit.*, pp. 315-318, n^{os} 283-285. On renvoie donc le lecteur à l'identification des titulaires du droit, effectuée dans la deuxième partie de cette thèse.

(2513) *Ibid.*, p. 316, n° 285.

(2514) Voy. *supra*, première partie.

la culture, dans sa première composante, vise précisément à assurer l'existence de cette structure, en garantissant un droit au maintien, à la préservation et à la protection des cultures. L'obligation de *standstill* met en relief ce lien qu'opère le droit à la culture entre les générations de créanciers. En effet, les réalisations des droits des bénéficiaires actuels constituent également des réalisations des droits des générations futures, en ce qu'ils visent à conserver un patrimoine commun formé par la diversité culturelle. Promouvoir le patrimoine et la diversité culturelle, c'est protéger directement les droits des générations futures(2515).

§3. *Le champ d'application temporel : le point de départ et le point de comparaison de l'obligation de* standstill(2516)

786. L'obligation de *standstill* interdit à ses débiteurs de régresser dans la réalisation du droit à la culture. Cette obligation induit donc la détermination d'un point de référence afin d'effectuer la comparaison entre deux niveaux de protection. La question de savoir s'il faut prendre comme élément de référence un point fixe, comme par exemple l'entrée en vigueur du droit en question, ou un point mobile, comme le plus haut niveau de protection, a fait l'objet d'un débat parmi les commentateurs(2517) qu'il ne s'agit pas de reprendre ici. Bien que la thèse du point fixe ait l'avantage de la facilité, en ce qu'elle implique de ne prendre en considération que le niveau de protection acquis à un moment déterminé, il semble bien plus cohérent, compte tenu de la logique de progressivité des droits fondamentaux, de suivre Isabelle Hachez et de prendre comme base de comparaison la « législation interne qui confère le plus haut niveau de protection à un droit fondamental, depuis l'entrée en vigueur de ce dernier »(2518). Nous renverrons ici

(2515) D'ailleurs, le rapport entre les réalisations actuelles du droit à la culture et les générations futures est une des sources de la légitimité des politiques culturelles.

(2516) Nous reprenons ici la dénomination d'un des titres de la thèse d'Isabelle Hachez sur le *standstill*.

(2517) A. Alen et K. Muylle, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2008, p. 38 ; G. Maes, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, *op. cit.*, p. 462 ; J. Theunis, « De toetsing aan grondrechten door het Grondwettelijk Hof. Overzicht van rechtspraak 2006 », *T.B.P.*, 2007/6, p. 346.

(2518) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, pp. 363-363, n° 334.

au second chapitre qui procède à une application du principe de *standstill* sur la base d'une identification du plus haut niveau de protection.

SECTION II. – L'IDENTIFICATION DE LA PORTÉE DE L'OBLIGATION DE *STANDSTILL* POUR LE DROIT À LA CULTURE[2519]

787. Après avoir identifié le champ d'application du principe de *standstill*, l'on étudie maintenant sa portée. Le but est donc de préciser quand il y a atteinte à l'obligation de *standstill* (§ 1) et comment cette atteinte peut être justifiée ou non (§ 2).

§1. *Les atteintes matérielles à l'obligation de* standstill *induite du droit à la culture*

788. Le principe de *standstill* « ne confère pas de droit acquis à la norme venue concrétiser un droit fondamental, mais bien un droit au maintien d'un niveau de protection équivalent à celui antérieurement garanti par la norme en question »[2520].

L'obligation de garantir le niveau de protection du droit tolère donc que des compensations (A) soient effectuées entre des composantes du droit, mais pas que des reculs « sensibles » affectent le niveau de protection de celui-ci (B).

A. **Les compensations**

789. Pour garantir autrement un droit fondamental, les pouvoirs publics peuvent jouer sur les modalités de la protection et de la mise en œuvre de ces droits en effectuant des « compensations ». Un recul dans la réalisation d'un droit fondamental peut être compensé de diverses manières : en renforçant soit la composante de ce droit qui est déforcée par le recul, soit une autre composante, soit un autre droit fondamental. Dans le premier cas, la compensation vient jouer sur l'existence même d'une atteinte au principe

(2519) Nous reprenons ici la présentation de l'obligation de *standstill* réalisée par Isabelle Hachez dans sa thèse, qui distingue entre champ d'application de l'obligation de *standstill* et portée de cette obligation.

(2520) I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, p. 367, n° 338.

de *standstill*. Dans les deux derniers cas, l'existence d'une compensation peut intervenir au niveau du contrôle de la proportionnalité de la violation (voy. *infra*)[2521].

Les reculs sont souvent compensés au sein même d'une des composantes des droits fondamentaux. Que l'on prenne la participation à la culture, qui peut être dévaluée dans les arts plastiques et renforcée dans les arts de la scène, ou l'accès à la culture, qui peut être renforcé au niveau financier et dévalué au niveau géographique ou symbolique. Il en est de même en cas de renforcement des aides à la création au détriment de la diffusion ou lorsque la refonte d'un décret en faveur de plus de diversité se réalise au détriment de la protection des piliers et donc d'une certaine forme de pluralisme. Ainsi, par exemple, pour certains auteurs, le nouveau décret sur l'éducation permanente, en accentuant l'objectif d'insertion individuelle assigné au secteur, défavorise les objectifs d'émancipation individuelle et de diffusion artistique[2522].

Il est donc certain que les pouvoirs publics bénéficient d'une certaine marge de manœuvre dans les modalités de mise en œuvre du droit à la culture[2523]. Isabelle Hachez cite à juste titre l'exemple du droit à la culture, en précisant que « le législateur pourrait décider de soutenir autrement que par l'allocation de subsides les différentes associations culturelles », comme en établissant certains services publics culturels fonctionnels ou organiques[2524]. Dans ces cas, une régression ne devrait pas forcément être constatée.

Des jeux de reculs et de compensations peuvent aussi intervenir entre plusieurs composantes du droit. Dans ce cas, il y aura une atteinte avérée au principe de *standstill*, qui pourra éventuellement être justifiée dans le cadre du contrôle de proportionnalité. Si, par exemple, le législateur favorise l'accès, donc la démocratisation de

(2521) *Ibid*., p. 371, n° 341.

(2522) J.-P. Nossent, « D'un décret à l'autre », *op. cit.*, p. 69.

(2523) Il en va d'ailleurs de la légitimité de l'obligation de *standstill*, qui ne peut avoir pour effet de cadenasser tout à fait l'avenir.

(2524) Il faudrait cependant bien veiller dans ce cas à respecter la liberté d'association et la liberté culturelle. Les propositions de réforme proposées par Alain de Wasseige, par exemple, qui promeut la création de services publics culturels forts et intégrés, capables de mettre en œuvre des politiques culturelles cohérentes, doivent être nuancées au regard des libertés d'association et d'expression dans le domaine de la culture (voy. A. De Wasseige, *Refonder les politiques culturelles*, *op. cit.*).

la culture, au détriment de la démocratie culturelle et donc de la participation à la culture, il compense un recul d'une composante du droit à la culture au profit d'une autre.

790. On perçoit déjà ici les difficultés d'appréciation que l'obligation de *standstill* peut impliquer. *Quid* si le législateur décide d'abaisser le niveau de réalisation de la démocratie culturelle pour opter pour des formes plus classiques de démocratisation de la culture, en compensant par exemple la réduction des budgets de l'éducation permanente par une gratuité totale des musées ? Dans le même sens, comme évaluer une politique de démocratisation qui défavoriserait la diversité culturelle, par exemple une baisse du prix de la place de cinéma compensée par l'absence de financement du cinéma indépendant ?

B. **Les reculs**

791. L'exigence de recul sensible ou significatif s'est peu à peu imposée dans la jurisprudence sans que son impact sur le droit à la culture soit tout à fait certain.

792. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle relative au principe de *standstill* est désormais presque unanime(2525) : seul un recul « sensible » ou « significatif » peut être pris en compte dans l'examen du respect de l'obligation de *standstill*(2526). Dès son premier arrêt sur la question, la Cour a en effet considéré que l'obligation de *standstill* « interdit de prendre des mesures qui marqueraient un recul significatif » dans le droit à l'aide sociale(2527). La Cour définit le *standstill*, dans la matière de l'environnement sain, comme une obligation « qui s'oppose à ce que le législateur compétent réduise sensiblement le niveau de protection offert par la législation en vigueur sans qu'existent pour ce faire des motifs

(2525) À l'exception d'un arrêt n° 50/2003, du 30 avril 2003, où la Cour, dans son considérant B. 18., envisage l'obligation de *standstill* comme un obligation qui « leur interdirait de prendre une législation qui serait en l'occurrence plus défavorable à l'environnement que la précédente ».

(2526) Cette exigence a été émise très tôt. Voy. C.C., arrêt n° 110/2005, du 22 juin 2005, B.3.1. (concernant l'article 23, alinéa 1er et 3, 1°, ainsi que 6 Pidesc et 24, § 4 Const.). Voy. C.C., arrêt n° 169/2002, du 27 septembre 2002, B.6.6. (concernant l'aide sociale).

(2527) C.C., arrêt n° 169/2002, du 27 septembre 2002, B.6.6.

liés à l'intérêt général »[2528] ou comme l'interdiction « de régresser de manière significative dans la protection que les législations offraient antérieurement dans cette matière »[2529]. À l'occasion de

(2528) Voy. e.a. C.C., arrêts n° 58/2012, du 2 mai 2012, B.2.2. (non-violation du principe de *standstill*) ; n° 135/2011, du 27 juillet 2011, B.5.2. (non-violation du principe de *standstill* combiné avec le principe de non-discrimination) ; n° 8/2011, du 27 janvier 2011 (non-violation du principe de *standstill*) ; n° 151/2010, du 22 décembre 2010 (non-violation du principe de *standstill*) ; n° 139/2010, du 16 décembre 2010 (non-violation du principe de *standstill*) ; n° 121/2008, du 1er septembre 2008, B.11.1. (non-violation du principe de *standstill*) ; n° 114/2008, du 31 juillet 2008, B.3. (non-violation du principe de *standstill*) ; n° 87/2007, du 20 juin 2007, B.5. (non-violation) ; n° 145/2006, du 28 septembre 2006, B.5.1. (non-violation) ; n° 137/2006, du 14 septembre 2006, B.7.1., note I. Hachez, « Lorsque Cour d'arbitrage et *standstill* se rencontrent... », note sous C.A., n° 137/2006, 14 septembre 2006, *J.T.*, 2007, liv. 6257, pp. 150-153 ; B. Martel et E. Maes, « Arbitragehof aanvaardt *standstill*-verplichting voor recht op gezond leefmilieu », noot bij Arbitragehof, arrest n° 137/2006, 14 september 2006 en arrest n° 145/2006, 28 september 2006, *Juristenkrant*, 2006, n° 136, p. 13 ; n° 135/ 2006, du 14 septembre 2006, B.10. (non-violation de l'obligation de *standstill*) ; n° 135/2006, du 14 septembre 2006, B.10 ; n° 189/2005, du 14 décembre 2005, B.9. La Cour ne se prononce toutefois pas, dans cet arrêt, sur la question de savoir si l'article 23 implique en l'espèce une obligation de *standstill*, tout en examinant cependant si les riverains gardent le même niveau de protection ; C.C., arrêt n° 59/2005, du 16 mars 2005, B.7.2. La Cour, dans cet arrêt, a également adopté la même position que dans l'arrêt du 14 décembre 2005, en ce qu'elle considère « sans qu'il faille se prononcer sur le point de savoir si l'article 23 de la Constitution implique, en l'espèce, une obligation de *standstill* selon laquelle le législateur ne pourrait réduire sensiblement le niveau de protection offert par la législation applicable à défaut de motifs liés à l'intérêt général, la Cour constate que la mesure inscrite à l'article 70, alinéa 2, du décret du 27 juin 1996 relatif aux déchets ne réduit pas sensiblement le niveau de protection offert par la législation antérieure » ; C.C., arrêt n° 150/2004, du 15 septembre 2004, B.12. Dans cet arrêt également, la Cour ne se prononce pas sur la question de savoir si l'article 23 implique une obligation de *standstill*, mais elle considère déjà que l'obligation de *standstill* requiert une diminution sensible du niveau de protection ; C.C., arrêt n° 130/2004, du 14 juillet 2004, B.5. La Cour adopte déjà ici le raisonnement détaillé pour l'arrêt précédent, et exige déjà un recul sensible.

Voy., en matière d'aide juridique, C.C., arrêt n° 128/2008, du 18 décembre 2008, B.7.3. La Cour a considéré que l'article 23, alinéa 3, 2°, s'opposait à une interprétation de l'article 1022 alinéa 4 du Code judiciaire, si celle-ci impliquait une obligation de payer une indemnité de procédure pour les bénéficiaires de l'aide juridique.

(2529) C.C., arrêt n° 132/2008, du 1er septembre 2008, B.9. La Cour a considéré que « Enfin, le fait que chacun des conjoints soit à présent tenu d'accomplir individuellement les démarches en vue de l'obtention du revenu d'intégration et qu'il soit aussi tributaire de l'accomplissement de ces démarches par l'autre conjoint ne constitue pas une régression dans l'octroi du droit au revenu d'intégration dès lors que l'accomplissement de ces

recours concernant l'augmentation des frais de formation, la Cour a par ailleurs rappelé qu'une augmentation « significative » du minerval est requise pour considérer qu'il y a violation des obligations découlant du Pacte sur ce point[2530].

793. Cette jurisprudence de la Cour a été avalisée par la section du contentieux administratif du Conseil d'État dans l'arrêt *Coomans* du 17 novembre 2008[2531]. Cet arrêt marque un tournant dans la jurisprudence du Conseil d'État relative au *standstill*, qui différait sensiblement de celle de la Cour. En ce qui concerne la section du contentieux administratif, les chambres francophones[2532] et néerlandophones avaient dans un premier temps adopté une démarche sévère pour les pouvoirs publics[2533] : dans certains cas, la section d'administration du Conseil d'État remarquait simplement que la mesure avait des conséquences pour les droits invoqués

---

démarches ne représente pas un obstacle insurmontable à l'obtention de ce droit » (B.11.6) ; C.C., arrêts n° 123/2006, du 28 juillet 2006, B.14.3 (pas d'annulation sous réserve d'interprétation conforme) ; n° 5/2004, du 14 janvier 2004, B.25.3.

(2530) C.C., arrêt n° 105/2008, du 17 juillet 2008, B.8.5. Les requérants estimaient que l'augmentation du minerval, passé de 130 euros à 335 ou 505 euros, était incompatible avec l'obligation de *standstill*. La Cour répond à leur argument en liant le *standstill* avec l'obligation d'instauration progressive de la gratuité, si bien que sa réponse aux arguments mélange les deux aspects sans que l'on sache lequel prédomine. Voy. aussi, *mutatis mutandis*, l'arrêt de la Cour du 19 mars 2008, n° 56/2008, dans lequel, sans explicitement se référer au *standstill*, elle répond à l'argument déduit de l'article 13.2. du Pacte. (B.9.3. et B.10). Voy. aussi, sur cette question, l'arrêt n° 28/2007, du 21 février 2007, B.4.5. à B.4.12. Dans cet arrêt, la Cour n'exige pas spécialement de recul significatif ou sensible pour appliquer le principe de *standstill*. Toutefois, elle justifie le recul en expliquant que « L'obligation de *standstill*, résultant du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et mentionnée en B.4.9, n'implique pas que ces droits [minervals] ne puissent être augmentés, postérieurement à 1983, en fonction notamment, d'une part, d'une appréciation raisonnable de l'évolution du coût de la vie, de celle du produit national et de l'élévation du revenu moyen par habitant, par rapport à l'époque où ils ont été fixés et, d'autre part, de motifs liés à l'intérêt général mentionnés notamment à l'article 2.1 du Pacte, en particulier en fonction des ressources disponibles » (B.4.11).

(2531) C.E., arrêt *Coomans*, n° 187.998, du 17 novembre 2008.

(2532) Ce sont les chambres francophones de la section du contentieux administratif qui se sont le plus emparées du principe de *standstill*. Voy. B. Steen, « Artikel 23 van de Grondwet en de rechtspraak van de Raad van State », *op. cit.*, p. 121.

(2533) A. Vandeburie, *L'article 23 de la Constitution. Coquille vide ou boîte au trésor ?*, *op. cit.*, pp. 58-59.

au litige[2534]. Cette sévérité avait quelque peu été atténuée par les arrêts *Apers* et *De Muynck* où les chambres néerlandophones de la section du contentieux administratif du Conseil d'État avaient rapproché leur analyse du *standstill* de celle de la Cour constitutionnelle, en ne retenant pour l'application de ce dernier que les reculs sensibles[2535]. Quant aux chambres francophones de la section de législation du Conseil d'État, elles n'ont pendant longtemps pas exigé de recul sensible[2536], ce qui constituait une attitude plus

(2534) C.E., arrêt *Commune de Woluwe-Saint-Pierre,* n° 126.669, du 19 décembre 2003, *J.L.M.B.*, note B. Hendrickx ; arrêt *Van Doren*, n° 144.320, du 11 mai 2005 ; arrêt *Cornelis*, n° 149.312, du 22 septembre 2005.

(2535) C.E., arrêt *Apers*, n° 166.439, du 9 janvier 2007 : « Overwegende dat het *standstill*-beginsel eraan in de weg staat dat de bevoegde overheid het beschermingsniveau dat geboden wordt door de van toepassing zijnde regelgeving *in aanzienlijke mate* vermindert, zonder dat er daarvoor redenen zijn die verband houden met het algemeen belang » (nous soulignons). C.E., arrêt *De Muynck*, n° 178.667, du 18 janvier 2008, 3.6.2. : « Overwegende dat het *standstill*-beginsel eraan in de weg staat dat de bevoegde overheid het beschermingsniveau dat geboden wordt door de van toepassing zijnde regelgeving in aanzienlijke mate vermindert, zonder dat er daarvoor redenen zijn die verband houden met het algemeen belang ; dat dit beginsel op het eerste gezicht een ruime appreciatiebevoegdheid lijkt toe te laten in hoofde van de overheid belast met het vaststellen van een ruimtelijk uitvoeringsplan ; dat het niet lijkt in te houden dat de bestemmingsvoorschriften die op grond ervan in een plan van aanleg zijn voorzien, niet zouden kunnen worden gewijzigd ».

(2536) Voy. C.E., section de législation, avis n° 25.046/9, 22 avril 1996, relatif à un amendement à un projet de décret relatif aux déchets, *Doc.*, Parl. wall., sess. 1995-1996, n° 49/97, 3 ; C.E., section de législation, avis n° 25.223/9, 20 juin 1996, sur un projet de décret « relatif à la création de la zone d'habitat à caractère de loisirs de la Plate Taille », *Doc.*, Parl. wall., sess. 1995-1996, n° 169/1 ; C.E., section de législation, avis n° 25.689/9, 26 février et 5 mars 1997, sur un avant-projet de décret « modifiant le Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine », *Doc.*, Parl. wall., n° 233/1, p. 65 : « L'article 23 de la Constitution [...] s'oppose à l'adoption de normes ayant pour effet de réduire le niveau de protection des droits que cette disposition reconnaît – ici, le « droit à la protection d'un environnement sain » – par rapport aux garanties précédemment acquises dans l'ordonnancement juridique [...] et à priver ainsi indûment certaines personnes de droits auxquels elles peuvent prétendre ».

Voy. également C.E., section de législation, avis n° 31.683/4 du 3 décembre 2001 sur un avant-projet de décret modifiant le Code Wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine, *Doc.*, Parl. wall., sess. 2001-2002, n° 309/1, pp. 100-101 (pas d'exigence de recul sensible) ; C.E., section de législation, avis n° 35.971/4 du 26 janvier 2004, sur un avant-projet de décret établissant le Code forestier, *Doc.*, Parl. wall., sess. 2003-2004, n° 703/1, pp. 49-50 (pas d'exigence de recul sensible) ; C.E., section de législation, avis n° 35.689/4, 8 octobre 2003, sur un avant-projet d'ordonnance concernant certaines dispositions en matière d'aménagement du territoire, *Doc.*,

sévère que celle des chambres néerlandophones, qui exigeaient un degré d'intensité dans les reculs (sans admettre toutefois aucune justification dans les reculs)[2537]. Dans les avis récents rendus par la section de législation du Conseil d'État, un certain rapprochement avec l'approche de la Cour constitutionnelle doit être constaté, mais sans qu'il soit fait systématiquement référence à l'exigence de recul sensible[2538]. En effet, alors que l'exigence de recul sensible tendait à se généraliser[2539], le dernier avis avant l'arrêt *Coomans*

Parl. Brux.-Cap, sess. 2003-2004, n° A-501/1 (pas d'exigence de recul sensible) ; C.E., section de législation, n° 36.279/4, 8 janvier 2004, sur un avant-projet de décret modifiant le Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine et le décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement et portant le décret relatif à l'assainissement des sols pollués », *Doc.*, Parl. wall., sess. 2003-2004, n° 666/1, pp. 71-72 (pas d'exigence du recul sensible).

(2537) Voy. les deux avis de la première chambre néerlandophone, qui exigent également un recul sensible : C.E., section de législation, avis n° 34.373/1, 12 décembre 2002 sur un avant-projet d'arrêté royal « houdende sommige maatregele inzake organisatie van de arbeidstijd in de ondernemingen voor radio-en televisie uitzendingen » et C.E., section de législation, avis n° 36.007/1, 30 octobre 2003, sur un avant-projet de loi « tot wijziging van de wet van 14 december 2000 tot vaststelling van sommige aspecten van de organisatie van de arbeidstijd in de openbare sector », inédits, cités dans B. Steen, « Artikel 23 van de Grondwet en de rechtspraak van de Raad van State », *op. cit.*, p. 124.

(2538) Voy., pour les avis où un rapprochement se fait sentir avec la jurisprudence de la cour constitutionnelle, C.E., section de législation, avis n° 39.575/4, 10 janvier 2006, sur un avant-projet de décret « portant modification du Code wallon du logement », *Doc.*, Parl. wall., sess. 2005-2006, n° 322/1 (exigence de recul sensible) ; C.E., section de législation, avis n° 39.399/4, 5 décembre 2005, sur un avant-projet de décret « modifiant les articles 1er*bis* et 6 du décret du 23 juin 1994 relatif à la création et à l'exploitation des aéroports et aérodromes relevant de la Région wallonne, ainsi que l'article 1er*bis*, paragraphes 5, 6 et 7 de la loi du 18 juillet 1973 relative à la lutte contre le bruit », *Doc.*, Parl. wall., sess. 2005-2006, n° 284/1, p. 14-15 (exigence de recul sensible) ; C.E., section de législation, avis n° 39.350, 30 novembre 2005, sur un avant projet de décret « modifiant les articles 111, 112 et 127 du Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine », *Doc.*, Parl. wall., sess. 2005-2006, n° 354/1, p. 11 (exigence de recul sensible) ; C.E., section de législation, avis n° 37.741/2/4, 10 et 16 décembre 2004, sur un avant projet de décret « programme de relance économique et de simplification administrative », *Doc.*, Parl. wall., sess. 2004-2005, n° 74/1, p. 82. (exigence de recul sensible).

(2539) C.E., section de législation, avis n° 42.285/4, 22 janvier 2007, sur un avant-projet de décret « modifiant les articles 25, 33, 34, 46, 49, 58, 64, 65, 127, 175 et 181 du Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine et y insérant un article 174*bis* », *Doc.*, Parl. wall., sess. 2006-2007, n° 611/1, p. 53 : « Cette obligation s'oppose à l'adoption de mesures tendant à réduire sensiblement le niveau de protection des droits que reconnaît

de la section de législation du Conseil d'État invoquant le *standstill* n'y fait nullement mention[2540].

Par rapport à ces jurisprudences des sections du contentieux administratif et de la section de législation, l'arrêt *Coomans* marque un recul[2541]. En effet, cet arrêt, rendu par les chambres réunies du Conseil d'État, institue l'exigence de recul sensible[2542].

Enfin, soulignons que l'exigence de recul sensible semble demeurer lorsque l'appréciation du respect de l'obligation de *standstill* est combinée à l'exigence d'égalité et de non-discrimination[2543].

---

la disposition constitutionnelle précitée – ici le droit à la protection d'un environnement sain – par rapport aux garanties précédemment acquises dans l'ordonnancement juridique, sauf si une telle diminution du niveau de protection existant est concrètement et raisonnablement justifiée par un motif impérieux d'intérêt général » ; C.E., section de législation, avis n° 41.887/4, 12 février 2007, sur un avant-projet de décret « modifiant le Livre II du Code de l'environnement contenant le Code de l'eau », *Doc.*, Parl. wall., sess. 2006-2007, n° 641/1, pp. 36-37.

Voy. aussi les avis cités à la note 2550.

(2540) Voy. C.E., section de législation, avis n° 44.363/4, 19 mai 2008 sur un avant-projet de décret relatif au Code forestier, *Doc.*, Parl. wall., sess. 2008-2009, n° 806/1, p. 64 : « cette disposition s'oppose à l'adoption de mesures tendant à réduire le niveau de protection des droits qu'elle reconnaît – ici le droit à la protection d'un environnement sain – par rapport aux garanties précédemment acquises dans l'ordonnancement juridique, sauf si une telle diminution du niveau de protection existant est raisonnablement justifiée par un motif impérieux ».

Voy., pour d'autres avis qui ne font pas référence à l'exigence de recul sensible, les deux références citées par B. Steen, « Artikel 23 van de Grondwet en de rechtspraak van de Raad van State », *op. cit.*, p. 127, note 65, avis n° 29/331/3 (inédit) et n° 39/356/VR/3.

(2541) Belle mise en abyme en perspective : faut-il appliquer le principe de *standstill*, qui s'applique au juge, à une jurisprudence sur le *standstill* ?

(2542) Ainsi, la section de législation du Conseil d'État semble désormais exiger un recul sensible : C.E., section de législation, avis n° 45.917/4, 25 février 2009, sur un projet de décret « modifiant le Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine, le décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement et le décret du 11 mars 2004 relatif aux infrastructures d'accueil des activités économiques », *Doc.*, Parl. wall., sess. 2008-2009, n° 972/1, p. 67.

(2543) Dans un arrêt du 27 juillet 2011, la Cour constitutionnelle a en effet procédé à une appréciation du recul « classique » avant d'entamer une analyse de l'obligation de *standstill* combinée avec le principe d'égalité et de non-discrimination tout en maintenant l'exigence de recul sensible dans ce dernier cas (C.C., arrêt n° 135/2011, du 27 juillet 2011, B.8.1. à B.8.3.3). Simplement, la différence entre les catégories de personnes, c'est-à-dire entre les titulaires du droit pour lesquels il n'y a pas de recul et ceux pour lesquels il y a un recul

794. Un certain consensus se fait donc jour sur l'exigence d'un recul sensible. Cette exigence implique que certains reculs dans la réalisation des droits fondamentaux sont acceptés et que le contrôle effectué par le Conseil d'État ou par la Cour constitutionnelle est réduit à un contrôle marginal(2544).

795. La légitimité de l'exigence d'intensité dans le recul a fait l'objet d'un examen détaillé dans la thèse d'Isabelle Hachez, où elle conclut à la possibilité d'exiger un recul significatif pour prétendre à l'existence d'une atteinte matérielle à l'obligation de *standstill*. Pour Isabelle Hachez, cette exigence n'est que la traduction de la marge de manœuvre des pouvoirs publics dans la réalisation des obligations positives découlant des droits fondamentaux. Ainsi, dans le cadre de l'obligation négative de *standstill*, la marge de manœuvre liée aux obligations positives subsiste(2545). Pour Aurélien Vandeburie, il semble que cette exigence permette de faire « haro sur l'immobilisme » que peut impliquer le principe de *standstill*(2546).

Pour Isabelle Hachez, cette mansuétude à l'égard des pouvoirs publics connaît cependant des limites importantes. L'on devrait tolérer que les pouvoirs publics, lorsqu'ils revendiquent effectivement la possibilité de jouer sur les modalités de protection et de réalisation des droits fondamentaux, puissent disposer d'une marge de manœuvre et que ne soient sanctionnés que les reculs significatifs. *A contrario*, lorsque le législateur n'entend pas utiliser sa marge de manœuvre, mais que sa démarche révèle simplement la volonté de restreindre un droit fondamental « sans chercher à maintenir un niveau de protection équivalent », tout recul impliquerait une atteinte au principe de *standstill*(2547). La

---

doit être proportionnée et conforme aux obligations correspondantes reconnues dans l'article 23 de la Constitution.

Voy. également Bruxelles, 3e chambre nrl., 17 décembre 2010.

(2544) Voy., pour les exemples les plus récents, C.C., arrêt n° 58/2012, du 3 mai 2012.

(2545) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative, op. cit.*, p. 382, n° 348. La jurisprudence, tout en exigeant la plupart du temps un recul sensible ou significatif, ne semble pas fonder cette exigence sur la position particulière du législateur, mieux à même d'apprécier la manière dont exécuter les obligations positives.

(2546) A. Vandeburie, *L'article 23 de la Constitution. Coquille vide ou boite au trésor ?*, *op. cit.*, pp. 66-68.

(2547) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative, op. cit.*, p. 382, n° 348.

distinction proposée par Isabelle Hachez se fonde sur le caractère intentionnel ou non de la mesure régressive, attesté par l'existence de mesures compensatoires. Il faudrait donc établir, si cela est possible, si le législateur tentait de jouer sur les modalités de réalisation ou de protection d'un droit ou s'il entendait diminuer le niveau de protection, sans volonté de maintenir une mesure équivalente(2548).

796. Même si l'on reconnaît la nécessité démocratique de conférer aux pouvoirs publics la possibilité de garantir autrement les droits fondamentaux et donc la nécessité d'une certaine marge de manœuvre pour les pouvoirs publics, l'exigence d'un recul significatif ou sensible peut étonner(2549).

D'abord parce que, si l'on comprend que les pouvoirs publics, débiteurs de l'obligation de *standstill*, sont effectivement dans la meilleure position pour apprécier l'étendue de leurs obligations positives, et s'il est vrai qu'ils doivent jouir d'une marge de manœuvre démocratique découlant de la possibilité de jouer sur les modalités de protection et de réalisation des droits(2550), on peut se demander pourquoi la déférence à l'égard de leur marge de manœuvre interviendrait

(2548) Pour un bel exemple d'application de ce raisonnement, voy. l'argumentaire des requérants dans une affaire sur la prise en charge de coûts nécessaires à l'intégration de personnes handicapées. Dans cette affaire les requérants soulignent le fait qu'il s'agit d'une « régression brute », justifiée non pas par des mesures compensatoires ou la volonté de garantir autrement le droit en cause mais par « la volonté de ne plus perdre de procès devant les juridictions du travail » et « la volonté froidement affirmée d'éviter toute prise en charge d'adaptations voiturettes dans le cadre de la réglementation en cause » (C.E., arrêt *Cleon Angelo et a.*, n° 215.309, du 23 septembre 2011, pp. 18-19).

(2549) Voy. également, pour un avis similaire sur la question, T. Hauzer, « Nuisances sonores générées par l'aéroport de Bruxelles-National: fin d'une saga ? », *C.D.P.K.*, 2009, liv. 4, 734-746, p. 740, note 41.

(2550) Sur l'importance de la reconnaissance d'une marge de manœuvre aux pouvoirs publics dans la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels, voy. M. Bossuyt, « Artikel 23 van de Grondwet in de rechstpraak van het Grondwettelijk Hof », in *Sociale en economische grondrechten. Artikel 23 Gw. : een stand van zaken na twee decennia – Les droits économiques et sociaux. Article 23 Const. : état des lieux après deux décennies*, *op. cit.*, p. 64 : « de *standstill*-verplichting mag geen rem zijn op een aangepast en dynamisch beleid dat tegemoetkomt aan de concrete maatschappelijke noden » ; G. Maes, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, *op. cit.*, pp. 469 et s.

non seulement au niveau du test de proportionnalité mais également dans l'appréciation d'une atteinte au principe de *standstill*[2551].

En outre, un problème est posé par l'exigence de recul sensible : en l'état, l'étendue de cette exigence reste imprécise et son encadrement est trop lâche pour garantir une protection adéquate des droits fondamentaux. Concrètement, l'exigence du recul sensible donne la possibilité au juge d'apprécier de manière subjective les atteintes aux obligations positives sans qu'un encadrement ne soit institué, comme il en existe par exemple pour l'exigence de proportionnalité. De la même manière, la distinction proposée entre les cas où les législateurs ont fait usage de leur marge d'appréciation, et pour lesquels un recul sensible est exigé, et les autres cas, dans lesquels ils ne voulaient pas jouer sur les modalités de protection des droits fondamentaux, et pour lesquels un simple recul suffit pour constater la violation du principe de *standstill*, apparaît non seulement comme étant peu suivie par la jurisprudence[2552] mais par ailleurs comme étant difficilement praticable dans certains cas. Par exemple, il sera très compliqué d'identifier le caractère intentionnel ou non des mesures régressives si le législateur s'est contenté d'un rappel formel du droit fondamental en cause. *In fine*,

(2551) I. Hachez, « La Cour d'arbitrage et l'article 23 de la Constitution : 'cachez ce *standstill* que je ne saurais voir !' », note sous C.A., n° 150/2004, 15 septembre 2004, *Amén.*, 2005, n° 2, pp. 135-136. Il y aurait ainsi une certaine logique à confier exclusivement au juge le contrôle des obligations négatives découlant des droits fondamentaux, tout en reconnaissant une marge de manœuvre au législateur, que le juge a le pouvoir de contrôler.

(2552) Voy., par exemple, le cas de la suppression pure et simple d'aides pour les personnes handicapées, cité plus haut, sans intention d'établir des compensations, dans lequel le Conseil d'État a, malgré le caractère délibéré de la mesure régressive et le caractère explicite de la volonté de régresser, appliqué le critère du « recul sensible ». Le Conseil d'État a en effet considéré que « [c]onsidérant que la réduction du degré de protection déterminée par l'acte attaqué est significative ; qu'en effet, l'acte attaqué supprime la possibilité, pour la Commission communautaire française, d'accorder certaines interventions qui, en vertu de l'article 24, alinéa 1er, 2°, et de l'article 25, alinéa 1er, du décret du 4 mars 1999, doivent permettre la prise en charge du coût d'aides 'nécessaires à l'intégration de la personne handicapée' et de couvrir des frais qui, en raison du handicap d'une personne, sont 'indispensables à son intégration' ; qu'ainsi, des mesures qui, auparavant, apparaissaient 'nécessaires' ou 'indispensables', et non pas seulement utiles, à l'intégration des personnes handicapées cessent d'être qualifiées de telles, sans mesure compensatoire » (C.E., arrêt *Cleon Angelo et a.*, n° 215.309, du 23 septembre 2011, p. 22).

tout se passe comme si, en l'absence de cadre défini et praticable pour apprécier l'existence d'un recul sensible, cette exigence « vergroot de beleidsruimte voor wetgever en bestuur, en relativeert de bescherming voor burgers »[2553]. Cet argument est encore renforcé si s'avère confirmée l'opinion du Conseil d'État selon laquelle c'est au requérant, dans des situations sensibles, qu'il revient la charge d'« établir de manière systématique et sur une base uniforme l'état de la protection juridique avant l'adoption de la norme critiquée, la situation établie par la norme critiquée et la comparaison point par point entre les deux de manière à faire nettement ressortir les différences et à permettre au Conseil d'État d'apprécier si la protection de l'environnement garantie par la législation wallonne subit une réduction et si celle-ci est significative [...] »[2554].

Enfin, force est de constater que l'exigence de recul sensible reste propre au système constitutionnel belge et n'est pas reconnue en droit international, à tout le moins pour ce qui concerne le *soft law* du Comité des droits économiques, sociaux et culturels où l'interdiction d'adopter des mesures régressives n'est pas soumise à une exigence de seuil de gravité. En effet, si l'Observation générale n° 3 du Comité interdit que des mesures « délibérément régressives »[2555] ne viennent affecter le niveau de protection des droits, le mot « délibérément » ne peut cependant se traduire par « de manière significative ». En effet, il faut considérer, à la lumière des Observations générales du Comité, que celui-ci se réfère aux mesures qui constituent la conséquence d'une décision intentionnelle de l'État, à l'exclusion de celles qui ne lui sont pas directement imputables[2556].

(2553) G. Maes, « Twintig jaar sociale grondrechten in de Grondwet », in *Sociale en economische grondrechten. Artikel 23 Gw. : een stand van zaken na twee decennia – Les droits économiques et sociaux. Article 23 Const. : état des lieux après deux décennies*, *op. cit.*, p. 153.

(2554) C.E., arrêt *Asbl Inter-Environnement-Wallonie*, n° 191.272, du 11 mars 2009.

(2555) Observation générale n° 3, § 9.

(2556) M. Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *op. cit.*, p. 323. Cette appréciation du concept est notamment inspirée d'un passage de l'Observation générale n° 4 sur le droit au logement, où le Comité estime que : « [U]ne détérioration générale des conditions de vie et de logement, qui serait directement imputable aux décisions de politique générale et aux mesures législatives prises par des États parties, en l'absence de toute mesure parallèle de compensation, serait en contradiction avec les obligations découlant du Pacte ». Cette conclusion ressort par ailleurs des autres Observations générales, où sont ainsi visées par l'obligation de ne

Inspiré par les lignes directrices de Maastricht, le Comité a d'ailleurs inscrit, sans condition supplémentaire, les « mesures régressives » comme des violations des droits fondamentaux dans son Canevas pour la rédaction des Observations générales(2557). Comment dès lors articuler l'exigence de recul sensible au niveau national et l'exclusion de toute mesure régressive au plan international, à tout le moins dans le *soft law* du Comité, qui possède *a minima* une autorité interprétative(2558) ?

797. Ce débat sur la portée de l'exigence de recul sensible n'aura pas toujours un impact important en ce qui concerne le droit à la culture. En effet, le langage des droits culturels n'est incorporé

---

pas prendre de mesure régressives toutes les législations ou politiques affectant de manière négative les droits fondamentaux ou impliquant des discriminations dans leur jouissance, l'abrogation de législation ou politique ayant cet effet, la réduction de budgets en l'absence de mesure compensatoire ou encore l'absence d'intégration des droits économiques, sociaux et culturels dans les mesures de protection des droits de l'homme. Voy. M. Sepúlveda, *ibid.* Voy. aussi Obs. générale n° 13, § 59 ; Obs. générale n° 4, § 11, n° 12, § 9 ; Concluding Observations E/1998/22, Russia.

(2557) Canevas pour l'élaboration d'observations générales sur certains droits consacrés par le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, section IX, p. 133. Par ailleurs, la première phrase du paragraphe 45 de l'Observation générale consacrée au droit à l'éducation est très claire, lorsqu'elle dispose que : « Tout laisse supposer que le Pacte n'autorise aucune mesure régressive s'agissant du droit a l'éducation, ni d'ailleurs des autres droits qui y sont énumérés » (Observation générale n° 13, § 45). La suite du paragraphe envisage le contrôle de proportionnalité à mettre en œuvre pour les mesures délibérément régressives : « S'il prend une mesure délibérément régressive, l'État partie considéré doit apporter la preuve qu'il l'a fait après avoir mûrement pesé toutes les autres solutions possibles et qu'elle est pleinement justifiée eu égard à l'ensemble des droits visés dans le Pacte et à l'ensemble des ressources disponibles ». Cette interdiction de toute mesure régressive est réitérée dans l'Observation générale n° 14 concernant le droit à la santé, qui établit une interdiction de toute mesure régressive, avec un renversement de la charge de la preuve sur l'État pour prouver que la mesure n'affecte pas les droits fondamentaux.

(2558) Il est vrai que la « jurisprudence » des Comités des Nations Unies reste pour l'instant dépourvue d'effet direct. Toutefois, les Observations générales doivent être considérées comme des lignes interprétatives obligatoires relatives à des textes qui le sont tout autant. L'on ne peut dès lors manquer de constater la contradiction entre les positions de principe du Comité des droits économiques, sociaux et culturels et le droit national. Voy. W. Van Den Hole, « Doorwerking in België van de aanbevelingen van de VN-Comités voor mensenrechten » in *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde*, *op. cit.*, n^{os} 27-28.

que très lentement dans le droit des politiques culturelles. Dans la majorité des cas, le droit à la culture et les obligations qu'il emporte ne sont pas pris en compte sérieusement dans les travaux préparatoires et restent par conséquent négligés par les administrations qui appliquent le droit des politiques culturelles. Ainsi, lorsque des reculs apparaissent dans les législations culturelles qui, sans le savoir – ou le vouloir –, protègent et réalisent le droit à la culture, ils ne découlent presque jamais de la volonté de garantir autrement le droit à la culture[2559].

Or, l'on ne peut reconnaître une marge de manœuvre aux pouvoirs publics là où ils ne prennent pas en compte les obligations découlant d'un droit fondamental et ne citent même pas les droits concernés[2560]. Lorsqu'il n'y a aucune référence au droit à la culture et aux obligations qu'il implique, la constatation d'un recul suffit pour attester de l'existence d'une atteinte à l'obligation de *standstill*[2561]. Dans ce cadre, un des plus grands mérites du *standstill* est peut-être de contraindre les pouvoirs publics à prendre en compte le droit de participer à la vie culturelle dans l'élaboration des politiques culturelles. Ainsi, la portée procédurale de l'obligation de *standstill* agit comme une garantie importante pour le droit à la culture.

Par contre, lorsque le droit à la culture aura été formellement visé par la législation[2562], l'exigence d'un recul sensible pourra poser problème parce que des atteintes graves aux exigences de démocratie culturelle ou de démocratisation de la culture peuvent se situer dans des détails qui n'apparaîtront pas forcément comme « significatifs ». Dans ce cadre, c'est la sensibilité du juge à l'égard des obligations qui découlent du droit à la culture qui sera décisive. Or, ce juge manque, à ce jour, singulièrement d'entraînement dans ces matières...

(2559) À l'exception, par exemple, de l'A.R. concernant l'épanouissement culturel des usagers du CPAS, étudié *supra*.

(2560) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 382, n° 348.

(2561) *Ibid*., p. 382, n° 348.

(2562) On peut se demander si une simple référence formelle au droit à la culture ou aux obligations qui en découlent suffit ou s'il faut, pour appliquer la distinction proposée par Isabelle Hachez, que les travaux préparatoires portent la trace de débats significatifs sur le droit à la culture et les obligations qu'il implique.

C. La prise en compte de la pratique dans l'évaluation des reculs et dans les comparaisons entre niveaux de protection

798. Dès le début de ce chapitre consacré à l'application du principe de *standstill* au droit à la culture, l'on a considéré qu'il fallait tenir compte, dans l'appréciation de l'éventuel recul et du niveau de protection, du point de vue des particuliers[(2563)].

1. Dans l'évaluation des reculs

799. Bien sûr, ce sont les pouvoirs publics qui sont débiteurs de l'obligation de *standstill*. Mais, lorsqu'il s'agit d'évaluer le recul, ce n'est pas tant le point de vue de l'État qui compte que celui des particuliers.

Pour Isabelle Hachez, la distinction entre les cas où des mesures compensatoires existent et ceux où le législateur restreint délibérément le niveau de protection produit également des effets dans les mécanismes d'appréciation des reculs. Lorsque des mesures compensatoires ont été prises, l'appréciation des reculs s'effectue à partir du point de vue des bénéficiaires. L'idée est que les titulaires du droit à la culture doivent pouvoir jouir d'un niveau de protection équivalent. Par contre, lorsqu'aucune mesure compensatoire n'a été adoptée, l'appréciation du caractère régressif de la mesure s'effectue simplement dans le chef des pouvoirs publics[(2564)]. Il suffit alors de répondre à cette question : y a-t-il eu une prise en compte du droit à la culture et y a-t-il un recul simple ?

2. Dans l'identification du plus haut niveau de protection : le cas de l'inaliénabilité des collections des musées

800. Dans l'identification du plus haut niveau de protection, il faut tenir compte non pas seulement des normes formelles et valides et de leur interprétation par les juridictions[(2565)] mais également de la pratique et des normes irrégulières.

(2563) I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 404, n° 378.

(2564) *Ibid.*, pp. 393-404.

(2565) Dans son arrêt n° 215.309 relatif à un recul dans la protection accordée aux personnes handicapées, le Conseil d'État semble avaliser la position

801. La pratique peut être prise en compte pour identifier le plus haut niveau de protection à partir duquel les reculs sont évalués si elle est réellement imputable aux autorités publiques débitrices de l'obligation de *standstill*. Ainsi, « elle doit résulter des acteurs chargés d'intervenir pour mettre en œuvre le droit fondamental concerné »(2566) ou des « services publics, organiques ou fonctionnels »(2567).

802. Ainsi, pour identifier le plus haut niveau de protection du droit à la culture, il ne s'agit pas de s'arrêter simplement au plan formel. Plus largement, pour identifier le plus haut niveau de protection, il faut avoir égard non pas seulement à la formulation des normes proposées mais également au niveau de protection concret qu'elles offrent pour les particuliers.

803. C'est donc l'effectivité et le caractère concret du niveau de protection des droits qui doivent primer et il faut, à cette fin, dépasser les normes formelles. Lorsque le législateur a eu l'ambition de normes protectrices, mais qui sont demeurées largement inappliquées, il reste tenu par ses ambitions et ne peut prendre prétexte de ses propres défaillances(2568). Par contre, dans le cas contraire, « le législateur ne peut [...] tirer argument d'une défaillance des autorités publiques dans l'exécution de normes qu'il a adoptées pour s'exonérer de toute responsabilité sous l'angle de l'obligation de

---

des requérants qui situent le plus haut niveau de protection dans une interprétation jurisprudentielle de la norme objet du litige (C.E., arrêt *Cleon Angelo et a.*, n° 215.309, du 23 septembre 2011, p. 20).

(2566) *Ibid*., p. 392, n° 359.

(2567) *Ibid*., p. 393, n° 359. Voy., pour un exemple, le principe d'inaliénabilité des collections muséales qui s'attache à exclure toute aliénation ou destruction de biens culturels. Ce principe résulte d'une pratique qui n'est pas consacrée en tant que telle par le droit positif. Mais, parce que cette pratique résulte d'un ensemble d'institutions à qui ont été déléguées des missions de services publics, on peut considérer que le projet de loi ayant pour but de permettre la désaffection de certains biens (excédentaires ou détériorés ou n'ayant aucun lien avec l'institution à l'exclusion des trésors nationaux) constitue, dans une certaine mesure, un recul dans la réalisation du droit à la culture parce qu'il opère une régression par rapport à une pratique instituée par des institutions muséales subventionnées (voy., pour de plus amples détails sur la question de l'inaliénabilité des collections des musées, F. Mairesse (dir.), *L'inaliénabilité des collections en question, Actes du colloque du 28 avril 2009 du Musée de Mariemont*, Morlanwelz, Publications du Musée de Mariemont, 2010, 164 pp.).

(2568) I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux, op. cit.*, pp. 393-404.

standstill »[2569]. Dès lors, une norme, même non appliquée, doit être prise en compte pour identifier le plus haut niveau de protection. C'est pourquoi l'obligation de créer une bibliothèque publique, étudiée *supra*, doit être considérée comme constituant le plus haut niveau de protection par rapport au décret de 2009 même si elle n'a pas été appliquée.

Enfin, cette insistance sur la réalité de la réalisation des droits se manifeste aussi dans le cas de dispositions illégales mais protectrices[2570] : ce qui compte, c'est l'effectivité du droit, l'effectivité des compensations qui sont prises et non la régularité des normes qui en sont la source.

§2. *La justification des atteintes matérielles à l'obligation de* standstill *induite du droit à la culture*

804. Un consensus se dégage dans la jurisprudence en faveur d'un *standstill* relatif.

La Cour constitutionnelle admet la possibilité de justifier un recul dans les droits fondamentaux s'il existe « des motifs liés à l'intérêt général »[2571]. Quant au Conseil d'État, il avait dans un premier temps adopté une démarche sévère[2572], excluant tout recul dans la protection des droits fondamentaux sauf si des raisons impérieuses peuvent être invoquées[2573]. Par la suite, cette sévérité

(2569) *Ibid.*, p. 403, n° 377.

(2570) *Contra :* C.E., arrêt *Diwan F.M.*, n° 185.415, du 16 juillet 2008.

(2571) M. Bossuyt, « Artikel 23 van de Grondwet in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof », *op. cit.*, p. 63.

Voy., pour des exemples, C.C., arrêts n° 121/2008, du 1er septembre 2008, B.11.1. (non-violation du principe de *standstill*) ; n° 114/2008, du 31 juillet 2008, B.3. (non-violation du principe de *standstill*) ; n° 87/2007, du 20 juin 2007, B.5 ; n° 145/2006, du 28 septembre 2006, B.5.1. ; n° 137/2006, du 14 septembre 2006, B.7.1. (note I. Hachez, « Lorsque Cour d'arbitrage et *standstill* se rencontrent... », *op. cit.*, pp. 150-153 ; B. Martel et E. Maes, « Arbitragehof aanvaardt *standstill*-verplichting voor recht op gezond leefmilieu », *op. cit.*, p. 13) ; C.C., arrêts n° 135/ 2006, du 14 septembre 2006, B. 10 ; n° 59/2005, du 16 mars 2005, B.7.2.

(2572) A. Vandeburie, *L'article 23 de la Constitution. Coquille vide ou boîte au trésor ?*, *op. cit.*, pp. 58-59.

(2573) C.E., arrêt *Jacobs*, n° 80.018, du 29 avril 1999, *A.J.T.*, 1999-2000. note S. Wuckaert ; arrêt *Commune de Woluwe-Saint-Pierre*, n° 126.669, du 19 décembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 465, note B. Handrickx ; arrêt *Van Doren*, n° 144.320, du 11 mai 2005 ; arrêt *Cornelis*, n° 149.312, du 22 septembre 2005. Selon Brecht

a quelque peu été atténuée par les arrêts *Apers* et *De Muynck* où les chambres néerlandophones de la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont rapproché leur analyse du *standstill* de celle de la Cour constitutionnelle, en admettant que des raisons d'intérêt général puissent justifier un recul sensible(2574).

En ce qui concerne la section de législation du Conseil d'État, Brecht Steen souligne l'absence d'une ligne claire de conduite quant au *standstill* mais aussi la centralité de la notion de raisons impérieuses(2575). Dans un premier temps, la section de législation du Conseil d'État – chambres francophones – a développé une approche originale et stricte, n'admettant de diminution du niveau de protection que si elle était « raisonnablement justifiée par un motif impérieux »(2576). Les chambres néerlandophones n'admettaient quant à elles aucune restriction au principe de *standstill*. Dans les avis récents rendus par la section de législation du Conseil d'État, un certain rapprochement avec l'approche de la Cour constitutionnelle peut être constaté, mais, comme le souligne

Steen, cette formulation du principe de *standstill* est inspirée de la réglementation européenne sur l'environnement, Directive 92/43/EEG du Conseil du 22 mai 1992, B. Steen, « Artikel 23 van de Grondwet en de rechtspraak van de Raad van State », *op. cit.*, p. 122.

(2574) C.E., arrêt *Apers*, n° 166.439, du 9 janvier 2007 : « Overwegende dat het *standstill*-beginsel eraan in de weg staat dat de bevoegde overheid het beschermingsniveau dat geboden wordt door de van toepassing zijnde regelgeving *in aanzienlijke mate* vermindert, zonder dat er daarvoor redenen zijn die verband houden met het algemeen belang » (nous soulignons). Voir aussi : C.E., arrêt *De Muynck*, n° 178.667, du 18 janvier 2008, 3.6.2.

(2575) B. Steen, « Artikel 23 van de Grondwet en de rechstpraak van de Raad van State », *op. cit.*, p. 123.

(2576) Voy. C.E., section de législation, avis n° 31.683/4 du 3 décembre 2001 sur un avant-projet de décret modifiant le Code Wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine, *Doc.*, Parl. wall., sess. 2001-2002, n° 309/1, pp. 100-101 (pas d'exigence de recul sensible) ; C.E., section de législation, avis n° 35.971/4 du 26 janvier 2004, sur un avant-projet de décret établissant le Code forestier, *Doc.*, Parl. wall., sess. 2003-2004, n° 703/1, pp. 49-50 (pas d'exigence de recul sensible) ; C.E., section de législation, avis n° 35.689/4, 8 octobre 2003, sur un avant-projet d'ordonnance concernant certaines dispositions en matière d'aménagement du territoire, *Doc.*, Parl. Brux.-Cap., sess. 2003-2004, n° A-501/1 (pas d'exigence de recul sensible) ; C.E., section de législation, n° 36.279/4, 8 janvier 2004, sur un avant-projet de décret modifiant le Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine et le décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement et portant le décret relatif à l'assainissement des sols pollués », *Doc.*, Parl. wall., sess. 2003-2004, n° 666/1, pp. 71-72 (pas d'exigence du recul sensible).

Brecht Steen, sans que ce rapprochement n'affecte l'exigence de motifs impérieux pour justifier les reculs[2577]. L'attachement à cette exigence de motifs impérieux est manifeste dans les avis survenant juste avant l'arrêt *Coomans*[2578].

Dans l'arrêt *Coomans*, le Conseil d'État s'est rallié à l'opinion de la Cour en ce qui concerne la relativité du principe de *standstill* en admettant que des restrictions peuvent affecter celui-ci et que la justification de ces restrictions ne se limite pas aux « motifs impérieux », mais s'étend également aux « motifs d'intérêt général »[2579]. Par conséquent, un test de proportionnalité « classique » peut être appliqué aux atteintes au principe de *standstill*[2580]. Le Conseil d'État s'est ainsi rangé à l'avis de la Cour constitutionnelle, mais aussi, selon Brecht Steen, de la Cour européenne des droits de l'homme[2581]. Soulignons toutefois que, si la section du conten-

(2577) B. Steen, « Artikel 23 van de Grondwet en de rechstpraak van de Raad van State », *op. cit.*, p. 123.

(2578) C.E., section de législation, avis n° 42.285/4, 22 janvier 2007, sur un avant-projet de décret « modifiant les articles 25, 33, 34, 46, 49, 58, 64, 65, 127, 175 et 181 du Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine et y insérant un article 174*bis* », *Doc.*, Parl. wall., sess. 2006-2007, n° 611/1, p. 53 : « Cette obligation s'oppose à l'adoption de mesures tendant à réduire sensiblement le niveau de protection des droits que reconnaît la disposition constitutionnelle précitée – ici le droit à la protection d'un environnement sain – par rapport aux garanties précédemment acquises dans l'ordonnancement juridique, sauf si une telle diminution du niveau de protection existant est concrètement et raisonnablement justifiée par un motif impérieux d'intérêt général » ; C.E., section de législation, avis n° 41.887/4, 12 février 2007, sur un avant-projet de décret « modifiant le Livre II du Code de l'environnement contenant le Code de l'eau », *Doc.*, Parl. Wall., sess. 2006-2007, n° 641/1, pp. 36-37 ; Voy. C.E., section de législation, avis n° 44.363/4, 19 mai 2008 sur un avant-projet de décret relatif au Code forestier, *Doc.*, Parl. wall., sess. 2008-2009, n° 806/1, p. 64 : « cette disposition s'oppose à l'adoption de mesures tendant à réduire le niveau de protection des droits qu'elle reconnaît – ici le droit à la protection d'un environnement sain – par rapport aux garanties précédemment acquises dans l'ordonnancement juridique, sauf si une telle diminution du niveau de protection existant est raisonnablement justifiée par un motif impérieux ».

(2579) C.E., arrêt *Coomans*, n° 187.998, du 17 novembre 2008, Cons. 18.1.

(2580) Il en est de même lorsque le principe d'égalité et de non-discrimination est invoqué de manière combinée avec le *standstill*. Dans ce cas, il faut vérifier que la distinction est raisonnablement justifiée. (voy. C.C., arrêt n° 135/2011, du 27 juillet 2011, B.8.1).

(2581) Voy. B. Steen, « Artikel 23 van de Grondwet en de rechstpraak van de Raad van State », *op. cit.*, p. 129 ; A. Vandeburie, « Le Conseil d'État et l'obligation de *standstill* déduite de l'article 23, alinéa 3 et 4 de la Constitution :

tieux administratif comme la section de législation du Conseil d'État reprennent désormais la formulation du principe de *standstill* énoncée dans l'arrêt *Coomans*, elles n'appliquent pour autant pas la démarche proposée dans cet arrêt en ce qui concerne le principe de proportionnalité(2582).

Enfin, il reste à souligner que la preuve de l'existence de motifs d'intérêt général susceptible de justifier un recul sensible dans le niveau de protection par une autorité publique est à la charge de cette dernière(2583).

805. Sur le plan plus théorique, Isabelle Hachez a fondé la nécessité d'un *standstill* relatif sur les dangers qu'une vision absolue du *standstill* véhiculerait par rapport à un passé qui deviendrait immuable(2584). Les remarques développées par l'auteure sont d'autant plus pertinentes que l'on défend l'option d'un *standstill* sanc-

---

de nouvelles précisions », *J.L.M.B.*, 2009, p. 77. Signalons que pour Brecht Steens, cette application du principe de proportionnalité au sein de l'obligation de *standstill* implique que le Conseil d'État reconnaît un certain effet direct aux droits économiques, sociaux et culturels, sur la base d'une analogie avec les droits de la première génération qui revêtent un effet direct. (B. Steen, « Artikel 23 van de Grondwet en de rechtspraak van de Raad van State », *op. cit.*, p. 130). À notre estime, il s'agit là d'une confusion autour de la notion d'effet direct, qui revêt une toute autre signification dans le cadre du contentieux objectif. Par ailleurs, l'insertion d'un contrôle de proportionnalité au sein de l'obligation de *standstill* ne rend pas le droit à la culture directement invocable devant les juges.

(2582) Voy. notamment C.E., arrêt *Apers* e.a., n° 191.266, du 9 janvier 2007 et arrêt *asbl Inter-Environnement-Wallonie*, n° 191.272, du 11 mars 2009.

(2583) Voy., par exemple, C.E., arrêt *Debras et a.*, n° 189.820, du 27 janvier 2009 et arrêt *Ville de Huy*, n° 189.819, du 27 janvier 2009. Dans ces arrêts, le Conseil d'État rappelle qu'« une obligation de *standstill* qui s'oppose à ce que le législateur compétent réduise sensiblement le niveau de protection offert par la législation applicable, sauf si une telle diminution du niveau de protection existant est concrètement et raisonnablement justifiée par un motif d'intérêt général ». Or, il souligne « que ce motif ne ressort pas des travaux préparatoires, lesquels sont muets sur la disposition ». Il faut donc déduire de ces arrêts une obligation de motiver, dans les travaux préparatoires, les reculs dans le niveau de protection des droits.

Par ailleurs, la justification de la régression, lorsqu'elle est apportée par l'autorité publique, doit être de nature à justifier le recul en cause (voy. C.E., arrêt *Cleon Angelo et a.*, n° 215.309, du 23 septembre 2011, p. 22).

(2584) Voy. notamment les développements d'Isabelle Hachez en sa thèse, sur cette question du danger d'un *standstill* absolu dans le chapitre consacré à la légitimité d'un *standstill* relatif ou absolu : I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux, op. cit.*, pp. 583-593, n° 579.

tionnant tous les reculs. Dans ce cas, il faut pouvoir introduire des éléments d'arbitrage entre les options mises à disposition des politiques. Une conception trop absolue brimerait toute créativité, tout débat démocratique, et pourrait en effet trop lier l'avenir. Ainsi, parce que mener des politiques culturelles implique de poser des choix, il est nécessaire d'offrir au législateur un espace pour expliquer et justifier ces choix lorsqu'ils ont des conséquences désavantageuses pour le droit de participer à la vie culturelle et qu'ils impliquent des reculs portant atteinte au principe de *standstill*. Par exemple, le législateur doit pouvoir, à un moment donné, privilégier la politique du livre à celle des centres culturels, mais il doit expliquer ses choix et les justifier, dans le cadre d'un contrôle classique de la légalité, de la légitimité et de la proportionnalité de la mesure(2585).

§3. *L'évaluation des atteintes matérielles à l'obligation de* standstill *: la nécessité d'une évaluation législative et d'indicateurs*

806. L'obligation de *standstill* requiert une évaluation des reculs – et donc des progrès – dans la réalisation du droit à la culture : l'évaluation législative (A) et les indicateurs (B) sont donc « deux mécanismes indispensables au déploiement de l'obligation de *standstill* ».

A. **La nécessité d'une évaluation législative systématique**

807. Selon Isabelle Hachez, la mise en œuvre de procédures d'évaluation législative est « indispensable si l'on veut prendre au sérieux l'obligation de *standstill* »(2586). La mesure du respect du droit à la culture exige en effet la mise en place d'une procédure d'évaluation pour garantir l'application du principe de *standstill*.

(2585) Voy. notamment, sur la proportionnalité, S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, *op. cit.*

(2586) I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 636, n° 628.

1. L'indispensable évaluation de la réalisation du droit à la culture

808. La portée du principe de *standstill* implique donc que les pouvoirs publics aient l'obligation de s'expliquer sur les choix qu'ils ont opérés. Ceci implique qu'ils doivent justifier leurs mesures par rapport aux droits fondamentaux, démontrer l'usage maximal des ressources, justifier la prise en compte des droits fondamentaux. À cette fin, ils doivent pouvoir mobiliser des données qui ne peuvent être obtenues que dans le cadre d'une évaluation législative ou, le cas échéant, à l'aide d'indicateurs.

Il est donc tout à fait indispensable de mettre en place des outils permettant d'encadrer les décisions politiques et d'évaluer ces politiques, en amont comme en aval. Ainsi, plus largement, l'on partage la réflexion de François Tulkens : « le *standstill* ne sera-t-il pas [...] le vecteur des principes généraux de bonne législation, tant au plan formel que matériel, souhaités de longue date et dont le juge pourrait imposer le respect au pouvoir législatif, à l'instar des principes généraux de bonne administration, créés tout aussi prétoriennement par le Conseil d'État, et pesant sur le pouvoir exécutif ? »[(2587)].

Plus largement, l'on peut se demander si l'évaluation législative n'est pas une nécessité dès que l'on veut prendre les droits fondamentaux au sérieux : comment, en effet, s'assurer de leur respect, de leur protection et de leur réalisation sans évaluation des politiques qui concourrent à leur réalisation ?

809. La méthode de mesure du droit à la culture s'incarne, dans le meilleur des cas, dans une procédure d'évaluation législative, qui évalue l'impact des législations culturelles[(2588)]. Dans tous les cas, cette méthode se fonde sur des indicateurs particuliers qui per-

(2587) F. Tulkens, Principes de bonne législation et renouveau démocratique : qui osera, en Belgique, réellement franchir le pas ? », *op. cit.*, p. 501. Si le *standstill* évolue dans ce sens, il constituerait, avec les autres perspectives décrites par François Tulkens, la base d'un déploiement des principes de bonne législation. Ce redéploiement, rendu nécessaire par la complexité grandissante des lois et leur inintelligibilité, revaloriserait et relégitimerait la fonction du législateur.

(2588) Voy., sur les méthodes de l'évaluation, W. Bussmann, U. Klöti et P. Knoeppel (dir.), *Politiques publiques. Évaluation*, trad. fr. F. Varone, Paris, Economica, 1998.

mettent de prendre la mesure des régressions et des progrès réalisés dans le cadre du droit à la culture. Ces indicateurs sont constitutifs de la démarche d'évaluation législative mais peuvent également être utilisés en dehors du cadre strict de l'évaluation législative, quand celle-ci n'est pas instaurée ou mise en œuvre.

2. Les obstacles à l'évaluation systématique de la réalisation du droit à la culture

810. Force est de constater qu'il n'existe cependant pas d'évaluation législative systématique pour les législations régissant les politiques culturelles sur le territoire de la Communauté française, même si des initiatives se développent(2589). Ainsi, l'Observatoire des politiques culturelles(2590), qui réunit des experts des politiques culturelles, voit ses compétences s'étendre progressivement, impulse une dynamique d'évaluation et confirme une réelle volonté d'évaluer et de disposer d'outils statistiques valables. Toutefois, cette institution ne peut pas encore rendre compte et évaluer l'ensemble des politiques culturelles, alors qu'un consensus sur la nécessité d'une évaluation systématique fait toujours défaut(2591) comme l'attestent notamment les travaux de Jean-Gilles Lowies sur l'évaluation des politiques culturelles.

L'absence de consensus sur la nécessité d'évaluer s'explique notamment par un malentendu sur la portée de l'évaluation législative, sur son fondement et sur ses justifications. De nombreux auteurs ont pourtant déjà démontré que l'évaluation législative, qui vise à mesurer les effets des objectifs posés par les lois, loin de porter atteinte à la loi, revalorise plutôt l'arsenal législatif dans un contexte de crise de la législation. Par ailleurs, elle s'impose comme une voie nécessaire face

(2589) Ce défaut d'évaluation législative n'est d'ailleurs pas propre aux seules politiques culturelles. En effet, les initiatives visant à instaurer une évaluation législative systématique sont assez récentes. Voy., pour un exemple, N. Bernard, « La loi du 25 avril 2007 instaurant un comité parlementaire de suivi législatif : un premier pas, mais dans la bonne direction ? », *A.P.T.*, 2007-2008, pp. 21-40. Voy. également N. Bernard, « Pour une évaluation législative qui réhabilite cet effet qu'on dit pervers. L'exemple du logement », *Éthique et Économique*, 2003, n° 1, pp. 1-20.

(2590) Voy. les différentes études de qualité exécutées par cet Observatoire (http://www.opc.cfwb.be/).

(2591) Voy. site Observatoire des politiques culturelles et descriptif de ses missions.

à la fragilisation des recettes de l'État-Providence, afin que celui-ci puisse accomplir ses missions de la manière la plus efficiente et efficace possible. En réalité, il semble que l'évaluation agit comme une garantie du principe de légalité et permet de relégitimer l'action publique, affaiblie par une crise de la légalité, ainsi que de renforcer certains mécanismes juridiques fondamentaux, comme la sécurité juridique, le principe d'égalité de traitement et la proportionnalité(2592).

811. Certaines caractéristiques des politiques culturelles compliquent la tâche de l'évaluateur ayant pour mission de vérifier la réalisation des obligations que le droit à la culture emporte.

L'opacité des objectifs poursuivis par le droit des politiques culturelles complexifie l'identification nette du plus haut niveau de protection. Alors que les objectifs « classiques » des politiques culturelles sont réputés souffrir d'un certain « désenchantement » et d'un essoufflement, le renouvellement de ces objectifs n'a pas toujours été effectué(2593). Dans certains pans des politiques culturelles, l'idée qui prévaut est de développer les anciens objectifs et de gérer leur concrétisation, sans oser les adapter aux réalités actuelles (diversification des cultures et des langues, nouvelles technologies, abandon des modèles culturels des siècles précédents, nouvelles formes de pratiques culturelles d'obstacles à l'accès à la culture(2594)) ou en imaginer de nouveaux (autour de la nécessité d'une articulation entre politiques culturelles et autres politiques en faveur du développement, autour du renouvellement de la démocratie culturelle et de la nécessité de promouvoir la possibilité de création de chaque individu et de la démocratisation de la culture mais aussi de la participation aux politiques culturelles, autour de certaines priorités redéfinies)(2595).

(2592) Voy. notamment, pour une démonstration du bien-fondé de l'évaluation législative et ses vertus, N. Bernard, *Repenser le droit au logement en fonction des plus démunis. Un essai d'évaluation législative*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 31-55 ; L. Mader, *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Lausanne, Payot, 1985, p. 4 ; C.-A. Morand, « L'obligation d'évaluer les effets des lois », in *Évaluation législative et lois expérimentales*, C.-A. Morand (dir.), Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993 ; C.-A. Morand (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999.

(2593) H. Dumont, « Les politiques culturelles et la création en Belgique. Quelques repères historiques et juridiques », *op. cit.*, pp. 211-213 ; A. De Wasseige, *Communauté Bruxelles-Wallonie. Quelles politiques culturelles ?, op. cit.*, pp. 408.

(2594) *Ibid*., pp. 410-413.

(2595) Voy., par exemple, *ibid*., pp. 410-416.

812. En raison de l'opacité des objectifs et des normes qui les traduisent, les politiques culturelles se limitent souvent à gérer la répartition du budget et à déléguer l'exercice de missions de service public ou d'intérêt général culturel à des structures privées ou semi-privées[2596].

Comme on l'a montré *supra*, ces structures sont en effet souvent plus aptes à réaliser le droit à la culture que les pouvoirs publics eux-mêmes. Mais tout le problème vient de l'impossibilité de penser la complémentarité entre services publics culturels, missions d'intérêt général culturel et subsidiarité et de ce que les pouvoirs publics ne déterminent pas suffisamment clairement les missions qu'elles doivent poursuivre et les moyens de leur contrôle, rendant impossible toute forme d'évaluation.

Dans ce contexte, l'identification des impacts d'une législation ou d'une réglementation ou l'évaluation du niveau de réalisation d'une des obligations découlant du droit à la culture est compliquée par des délégations qui ne sont pas pensées de manière complémentaire avec des fonctions de régulation et de garantie de l'intérêt général culturel. Il est révélateur de voir que des législations sont parfois adoptées sans que l'on ait envisagé leur impact sur des associations privées qui, reconnues et subventionnées par la Communauté française, assument pourtant la bonne exécution des obligations découlant du droit à la culture. L'exemple de l'assujettissement des associations qui gèrent des collections muséales sur la base d'une reconnaissance et d'un subventionnement public[2597] à la taxe compensatoire des droits de succession est paradigmatique[2598]. Parce que ces collections ne peuvent

(2596) Voy., sur le principe de subsidiarité et les complications qu'il entraîne, *supra*.

(2597) En vertu des articles 2 et 3 du Décr. Comm. fr. du 17 juillet 2002 relatif à la reconnaissance et au subventionnement des musées et autres institutions muséales, *Mon. b.*, 9 octobre 2002, p. 45611.

(2598) En 2002, à l'occasion de la refonte de la loi sur les asbl, les associations sans but lucratif gérant un patrimoine supérieur à 25 000 euros ont été assujetties à une taxe compensatoire sur les droits de succession (Loi du 2 mai 2002 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations, *Mon. b.*, 11 décembre 2002, art. 49-56 ; Code des droits de succession, art. 147-160).

pas toujours être rattachées au domaine public[2599], la taxe s'applique à ces associations, les plongeant dans d'intenses difficul-

(2599) En effet, ces collections ne peuvent, parce qu'elles sont gérées par des asbl privées, être rattachées au domaine public. D'un côté l'on trouve des asbl, nées d'initiatives privées et gérées par des personnes privées, « associées à l'action administrative, en participant, sans toutefois être dénaturées, à la conduite d'actions d'intérêt général en concertation avec les autorités » (D. De Roy, « Être ou ne pas être... autorité administrative. Vers de nouvelles questions existentielles pour les A.S.B.L. satellites des institutions communales ? », *Droit communal*, 2002/2, p. 209). Éventuellement reconnues et financées par les pouvoirs publics, notamment dans le cadre des décrets communautaires dans les matières culturelles, elles sont associées à la conduite d'action d'intérêt général. Ainsi, en matière muséale, l'on se réfère à l'article 4 et l'article 5 du décret de la Communauté française relatif à la reconnaissance et au subventionnement des musées et autres institutions muséales. Ce décret prévoit la possibilité de reconnaître et de financer un musée ou une institution muséale qui est géré par une personne morale de droit privé. Dans ce cas, les collections muséales ne ressortent pas de la domanialité publique et l'association sera assujettie à la taxe compensatoire des droits de succession. À l'autre bout du spectre, l'on trouve des asbl qui sont créées et gérées par des pouvoirs publics pour la conduite d'actions d'intérêt général, véritables « prolongements de l'administration » (P. Lewalle, « Les ASBL, moyen d'action des pouvoirs publics », in *Les ASBL. Évaluation critique d'un succès*, Gand, Story-Scientia, 1985, pp. 249 et s., spéc. p. 299 ; Art. 17, Décr. Rég. fl. Du 18 juillet 1993 relatif au partenariat public-privé, D. De Roy, « Être ou ne pas être... autorité administrative. Vers de nouvelles questions existentielles pour les A.S.B.L. satellites des institutions communales ? », *op. cit.*, p. 209).

Comme en ce qui concerne l'identification des « autorités administratives », il s'agira le cas échéant pour le juge de déterminer au cas par cas le degré d'implication des pouvoirs publics dans la création, la gestion, la conduite et le financement de l'asbl. L'on tiendra par exemple compte d'une éventuelle majorité de représentants de personnes publiques au Conseil d'administration et à l'Assemblée générale de l'asbl. Au bout de cette évaluation, si l'on retient finalement la qualification de personne privée pour l'asbl, ses biens seront considérés comme étant ceux d'une personne privée. Par conséquent, même s'ils sont affectés à une mission de service public par cette asbl, ils ne seront pas soumis au régime de la domanialité publique. Dans le cas contraire, si l'on qualifie l'asbl de personne publique malgré sa forme de droit privé, ses biens pourront ressortir du régime de la domanialité publique. Pour statuer sur le statut juridique de ces asbl, qui ressortissent « en principe au droit privé » et pour décider d'une éventuelle requalification en personnes morales de droit public la plupart des auteurs analysent la situation de ces asbl à l'aune d'un critère organique. En matière de domanialité publique, ce critère est reconnu comme étant prépondérant (voy. P. Boucquey et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », in *Les partenariats public-privé (P.P.P.) : un défi pour le droit des services publics*, B. Lombaert (dir.), Bruxelles, la Charte, 2005, pp. 233-316, spéc. n° 25) ; P. Blondiau, « Les asbl communales : quels contrôles ? », octobre 2000, http://www.uvcw.be/articles/3,19,2,0,310.htm ; D. De Roy, « Être ou ne pas être... autorité administrative. Vers de nouvelles questions existentielles pour les A.S.B.L. satellites des institutions communales ? », *op. cit.*, p. 209).

tés financières qui ne sont pas facilement détectables de prime abord[2600].

B. **La nécessité d'indicateurs relatifs au droit à la culture**

813. Qu'il y ait ou non évaluation législative, la création d'indicateurs constitue une condition nécessaire pour mettre en œuvre le principe de *standstill* dans le cadre du droit à la culture. En effet, qu'ils soient mobilisés dans le cours d'une procédure d'évaluation législative ou en dehors d'une telle procédure, les indicateurs formeront la base de la mesure du respect, par l'État, de ses obligations à l'égard du droit à la culture.

Or, l'on constate, au niveau interne, que de tels indicateurs font toujours défaut. Par contre, au niveau international, de récentes recherches ont été menées par Yvonne Donders et Annamari Laaksonen pour établir des indicateurs généraux du droit de participer à la vie culturelle[2601]. Il faut également souligner la volonté de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels de

(2600) Toutefois, à notre sens, il est certain que cet impact est important, puisque la très grande majorité des collections muséales sont gérées par des personnes privées dont les missions culturelles sont compliquées par cette taxe. Parce que ces missions ne sont pas traduites dans des structures ou dans des dispositifs qui rattacheraient les collections muséales aux pouvoirs publics et à la domanialité publique et qui échapperaient à la taxe, de nombreuses collections muséales échappent ainsi aux règles protectrices et sont assujetties à une taxe importante qui freine leur entretien et leur mise en valeur. Comme aucune exception n'a été établie au profit des asbl qui gèrent, dans l'intérêt public, des collections muséales de grande valeur, la loi de 2002 a impliqué, dans une certaine mesure, une régression dans la protection des collections muséales en compliquant encore la tâche des asbl chargées, par le système de la liberté subventionnée, de gérer des collections cruciales pour le droit de chacun à jouir du patrimoine mobilier. Cette taxe implique un recul dans l'obligation de maintenir, de conserver, de mettre en valeur et de favoriser l'accès aux collections muséales. Elle constitue également un recul par rapport à l'obligation de prendre en compte le droit à la culture dans toutes les politiques, notamment fiscales. En réalité, il semble qu'en aucun cas la situation particulière des asbl gérant des collections muséales n'ait été abordée.

(2601) A. Laaksonen, *Making culture accessible – Access, participation and cultural provision in the context of cultural rights in Europe*, *op. cit.* ; Y. Donders et A. Laaksonen, *Finding ways to measure the cultural dimension in human rights and development*, paper commissioned by UNESCO HQ, Division of Cultural Industries for Development, December 2009, 34 pp. SSRN: http://ssrn.com/abstract=1657837.

promouvoir des études aboutissant à la réalisation d'indicateurs de réalisation des droits culturels[2602].

Conclusions du Chapitre I

814. Fondamentalement, l'obligation de *standstill* apparaît comme un mécanisme protecteur de première importance pour le droit à la culture car il permet d'assurer une effectivité aux nombreuses obligations positives et aux rares obligations négatives qui en découlent et qui ne sont pas encore dotées d'effet direct.

815. L'obligation de *standstill* a pour champ d'application matériel les obligations précises découlant du droit à la culture qui exigent un niveau de protection défini.

Quant au champ d'application personnel de l'obligation de *standstill*, il est déterminé par rapport à celui des obligations positives. Ainsi, l'obligation de *standstill* doit être respectée par les débiteurs des obligations positives découlant du droit à la culture : les législateurs, les juges mais aussi l'exécutif. Celui-ci est tenu de respecter l'obligation de *standstill* lorsqu'il met en œuvre concrètement le droit à la culture dans des actes réglementaires ou dans des délégations. Dans le cas du droit à la culture, les déplacements de la fonction normative sont, pour de multiples raisons, fréquents. Dans ce cadre, les décisions, même individuelles, qui s'avèrent relever de la fonction normative tombent dans le champ d'application du principe de *standstill*.

Le champ d'application temporel de l'obligation de *standstill* est déterminé par un point mobile qui correspond au plus haut niveau de protection du droit à la culture. Les éventuels reculs doivent être comparés à ce niveau de protection.

816. En ce qui concerne la portée de l'obligation de *standstill* pour le droit à la culture, la jurisprudence tend à retenir l'exigence d'un recul sensible pour constater une atteinte matérielle à l'obligation de *standstill*, afin de préserver une marge de manœuvre pour les pouvoirs publics, mais cette exigence est contestée.

(2602) Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, 14e session, *Rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels, Mme Farida Shaheed, soumis en application de la résolution 10/23 du Conseil des droits de l'homme*, 22 mars 2010, A/HRC/14/36, *op. cit.*, p. 16.

Dans l'identification des termes de la comparaison, c'est l'effectivité qui prime. Ainsi, dans l'évaluation des reculs, hormis les cas où le législateur n'entendait pas jouer sur les modalités de réalisation du droit, il faut prendre le point de vue des particuliers pour identifier s'il y a eu un recul. Dans ce cadre, la pratique doit être prise en compte. De la même manière, dans l'identification du plus haut niveau de protection, c'est la réalisation effective du droit (du point de vue des particuliers) qui doit primer lorsque cette réalisation dépasse les normes formelles. Dès lors, la pratique doit être prise en compte, comme l'illustre l'exemple du principe d'inaliénabilité des collections des musées, sauf si elle est en-deçà de la norme formelle, auquel cas le législateur ne peut tirer argument de sa propre incurie pour se délier de l'obligation de *standstill*.

La portée de l'obligation de *standstill* n'est pas absolue : ainsi, des reculs – éventuellement sensibles – peuvent être justifiés s'ils sont proportionnés à un but légitime. Cette relativité de l'obligation de *standstill* poursuit l'objectif d'éviter de lier l'avenir au passé.

Enfin, il a été rappelé que pour prendre l'obligation de *standstill* au sérieux, il était nécessaire de déployer une évaluation législative et d'établir des indicateurs afin de mesurer les reculs et les progressions.

817. L'obligation de *standstill* remplit, à l'égard du droit à la culture, plusieurs fonctions. La première grande fonction du principe de *standstill* réside sans aucun doute dans sa fonction procédurale. L'obligation de *standstill* a le mérite de rappeler aux pouvoirs publics que, dans l'élaboration des politiques culturelles, il faut tenir compte du droit à la culture sans se satisfaire de déclarations générales et en évaluant la mise en œuvre concrète de ce droit. Par ailleurs, il agit comme « palliatif à l'absence d'effet direct » et permet d'assurer un effet indirect à une série d'obligations positives fondamentales pour le droit à la culture.

Mais ces fonctions fondamentales de l'obligation de *standstill* ne doivent pas faire oublier que son ambition est limitée aux régressions qu'il interdit, sans jamais contraindre à agir. Le *standstill* contient des limites inhérentes à sa vocation : il ne fait que consolider la réalisation des droits fondamentaux et ne peut donc pas imposer aux pouvoirs publics de développer des actions.

On perçoit sans peine les lacunes de protection que cette limite engendre pour le droit à la culture. En effet, dans certains secteurs, aucune réalisation d'une des composantes du droit à la culture n'est à l'œuvre et l'obligation de *standstill* ne peut être d'aucun secours. Signalons par exemple l'absence de traitement des formes culturelles émergentes, l'absence de protection des biens culturels mobiliers à Bruxelles, la négligence du secteur des arts plastiques ou encore l'absence de reconnaissance dans le Pacte culturel des « sans tendances », des professionnels de la culture, de ses médiateurs, des acteurs ou des publics et donc l'absence de réalisation de leur droit de participer à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques culturelles(2603).

Enfin, le manque d'encadrement de l'exigence de recul sensible limite quelque peu le déploiement de cette obligation.

818. Malgré ces limites, les potentialités du principe de *standstill* pour le droit à la culture demeurent significatives.

D'abord, parce que l'application du principe de *standstill* met en relief l'importance de la sauvegarde de certaines composantes du droit de participer à la vie culturelle, alors que les politiques culturelles sont fragilisées par la crise des finances publiques, la libéralisation du commerce et par la décrédibilisation qu'elles subissent.

Ensuite parce que, en contraignant les pouvoirs publics à évaluer la mise en œuvre de leurs politiques, le *standstill* permettra de rouvrir le débat sur les choix latents des politiques culturelles actuelles et, au besoin, de les reconstruire.

En outre parce que, à notre sens, l'application du principe de *standstill* au droit à la culture peut, en ce qui concerne le droit au maintien, à la protection et à la diffusion des cultures et des patrimoines, être aisée et féconde, comme elle l'a été pour le droit à l'environnement sain. En effet, le droit à la culture partage avec le droit à l'environnement sain la caractéristique de déployer, à tout le moins en ce qui concerne sa deuxième composante, des obligations

(2603) H. Dumont, « Quatre idées pour réviser la loi sur le Pacte culturel », Deuxième consultation du Professeur H. Dumont, Projet de décret relatif au fonctionnement des instances d'avis œuvrant dans le secteur culturel, *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 2002-2003, n° 364-1, pp. 18-20.

qui concernent plus la sauvegarde d'un patrimoine commun pour les générations futures que la défense de droits exclusifs[2604].

Enfin parce que, globalement, l'obligation de *standstill* représente actuellement la voie la plus sûre pour poser les bases d'une réelle effectivité pour les obligations positives découlant du droit à la culture.

819. Il est donc étonnant de constater que, malgré ces potentialités, l'application du principe de *standstill* au droit à la culture est restée très limitée[2605].

À notre sens, les raisons de cet insuccès sont multiples. D'abord, le caractère évanescent du droit à la culture n'a pas aidé les plaideurs ni les juges à se saisir de ce droit. Ensuite, l'absence d'évaluation freine toute velléité d'appréciation des reculs et des limites inhérentes au principe de *standstill*. En particulier, l'absence d'indicateurs et d'évaluation législative des politiques culturelles menées rend difficile une appréhension de ce droit à travers le principe de *standstill*.

Afin de dépasser ces obstacles et de permettre au principe de *standstill* de jouer son rôle de garant du droit à la culture, le chapitre suivant propose une étude prospective visant à consolider l'application d'un principe déterminant pour consacrer un droit à la culture concret et effectif, et non illusoire et théorique.

(2604) Voy. I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, pp. 316-318, n° 285.

(2605) En dehors des deux avis rendus par la section de législation du Conseil d'État et d'un arrêt rendu par la section du contentieux administratif du Conseil d'État qui rencontrent cet argument, aucun juge ne s'est penché sur la rencontre entre le *standstill* et le droit à la culture.

CHAPITRE II.

Les potentialités de l'obligation de *standstill* pour le droit à la culture

820. Ce chapitre a pour but de consolider les possibilités et d'explorer les potentialités d'une application de l'obligation de *standstill* au droit à la culture.

La **première section** vise à fournir des balises pour dépasser les difficultés découlant de l'absence d'évaluation et d'indicateurs. Dans une **seconde section**, on tente de dépasser les difficultés importantes auxquelles est confrontée l'application du principe de *standstill* dans le domaine du droit à la culture, pour identifier une série de situations dans lesquelles le principe de *standstill* pourrait déjà jouer son rôle de garantie du droit à la culture.

Section I. – La nécessité d'élaborer une procédure d'évaluation législative et des indicateurs. Quelques balises

821. La détermination de l'évaluation législative, de ses critères et de ses procédures (§ 1) et celle des indicateurs (§ 2) relèvent des compétences d'une assemblée démocratique et du débat public parce que ces éléments participent de l'aménagement et de la protection des droits eux-mêmes. Loin de prétendre confisquer ce rôle de définition des procédures d'évaluation législative et des indicateurs, le but est ici seulement de proposer quelques pistes de réflexion.

§1. *L'obligation d'élaborer une évaluation législative basée sur le droit à la culture*

822. On a déjà mis en lumière que l'obligation de *standstill* impliquait nécessairement une évaluation législative pour apprécier les reculs et les progrès afin de faire advenir des droits « concrets et effectifs ». L'évaluation législative doit jouer dans les deux sens : révéler les carences qu'ont entraînées des normes trop ambitieuses et évaluer concrètement la réalisation de toutes les normes.

A. Une obligation procédurale particulièrement importante pour le droit à la culture

823. S'il est vrai que certaines caractéristiques des politiques culturelles actuelles rendent l'évaluation plus compliquée, elles mettent également en lumière sa nécessité. Vu l'opacité et le caractère englobant des objectifs des politiques culturelles, il est, à notre sens, urgent, pour la bonne réalisation du droit à la culture, de faire la lumière sur les priorités latentes posées dans les politiques culturelles, sur les choix politiques implicites qui ressortent nécessairement de l'ensemble des décisions individuelles exécutant des objectifs trop englobants. En effet, alors que les pouvoirs publics se targuent d'objectifs culturels totalisants et englobants, dans un contexte de rareté des ressources et de crise des budgets de la culture, ces objectifs ne reflètent pas la réalité de l'action culturelle, formée d'une multitude de décisions budgétaires en faveur de certains types de création, d'une certaine démocratisation, d'une limitation de l'éducation permanente dans certains secteurs et dans certains mouvements socio-culturels, d'une participation à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques culturelles, limitée à certains groupes ou à certaines décisions. S'il est impossible d'évaluer les objectifs consensuels et englobants – et par là-même trop décevants ?[(2606)] – des politiques culturelles, il faut donc se concentrer sur l'évaluation de ces décisions et de ces choix qui, en limitant la réalisation des objectifs totalisants à certains domaines ou à certaines personnes, constituent les réelles politiques culturelles.

L'évaluation des politiques menées pour réaliser le droit à la culture implique nécessairement l'évaluation de la réalisation des obligations découlant du droit à la culture par les institutions et organisations subventionnées par la Communauté française. Cette évaluation doit se réaliser à partir des obligations qu'emporte le droit à la culture et doit mettre à jour les éventuels problèmes et les inégalités dans la réalisation de ce droit. Ces inégalités dans la réalisation du droit à la culture doivent être corrigées par les pouvoirs

(2606) Voy., sur la déception charriée par l'échec relatif des politiques culturelles trop ambitieuses des années 60 et 70, H. Dumont, « Les politiques culturelles et la création en Belgique. Quelques repères historiques et juridiques », *op. cit.*, pp. 211-213 ; A. De Wasseige, *Communauté Bruxelles-Wallonie. Quelles politiques culturelles ?*, *op. cit.*, pp. 409-413.

publics, qui doivent instituer des délégations précises de service public voire créer des services publics forts.

L'existence d'une procédure d'évaluation législative est nécessaire, mais pas suffisante : encore faut-il qu'elle intègre une approche basée sur les droits humains et qu'elle prenne en compte des indicateurs liés au droit à la culture.

La présente thèse ne sera pas le lieu de la mise en œuvre d'une telle évaluation. Notre objectif est plus modeste. Rivée sur le droit à la culture, l'ambition de cette thèse est de préfigurer les conditions d'une application de l'obligation de *standstill*. L'idée est donc plus simplement de jeter les bases de la construction d'une évaluation législative du droit à la culture, en exemplifiant cette démarche dans la section suivante.

B. **Les caractéristiques de l'évaluation de la réalisation du droit à la culture**

824. L'évaluation législative systématique qui doit être mise en place, doit être valable, se dérouler dans des conditions d'impartialité et prendre en compte les dimensions propres au droit à la culture. Elle doit par ailleurs dépasser la simple évaluation formelle.

Dans l'éventail riche des types d'évaluations législatives possibles telles qu'elles ont été étudiées par Charles-Albert Morand et Nicolas Bernard notamment(2607), l'évaluation législative des politiques mettant en œuvre le droit à la culture devrait nécessairement combiner une évaluation de l'effectivité des lois régissant les politiques culturelles, de la mise en œuvre de ces lois, de l'efficacité, de l'efficience et de l'impact de celles-ci.

Ainsi, l'évaluation chercherait à établir si la législation a impliqué les changements voulus par ses créateurs et si ces changements sont réellement imputables à la législation, en précisant la relation

(2607) N. Bernard, *Repenser le droit au logement en fonction des plus démunis. Un essai d'évaluation législative*, *op. cit.*, pp. 55- 82 ; C.-A. Morand, « Formes et fonctions de l'évaluation législative », in *Élaborer la loi, mission impossible ?*, B. Jadot et F. Ost (dir.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1999, pp. 211-216.

entre les objectifs et les résultats (évaluation d'effectivité)[2608]. Elle chercherait aussi à établir si les organes administratifs et publics chargés de l'exécution de la législation fonctionnent correctement (évaluation de mise en œuvre). Elle permettrait ensuite d'évaluer le niveau de satisfaction de l'objectif général qui a motivé la législation, en mesurant la « profitabilité de la mesure » (évaluation de l'efficacité) et enfin de mesurer le coût de la mise en œuvre de cette législation (évaluation de l'efficience) qui met en relation les ressources utilisées et les résultats[2609]. Par ailleurs, elle devrait être dirigée vers la globalité des conséquences, résultats et effets inattendus, prévisibles ou non, soupçonnés ou soupçonnables de la législation (évaluation d'impact).

L'accent mis sur un type d'évaluation plutôt que sur un autre dépendra de la matière analysée et de l'objectif général de l'évaluation. Dans notre sens, une évaluation législative globale et idéale combinerait les différentes approches et impliquerait les titulaires du droit à la culture. Ainsi, l'on ne se limitera donc pas à une évaluation de l'efficacité ou de l'efficience, mais l'on envisagera de manière globale, en débusquant ce que le déterminisme des autres types d'évaluations qui recherchent un certain résultat sur le réel peut avoir négligé. En effet, l'évaluation d'impact, « non téléguidée par des attentes trop étroites [...] est plus à même de débusquer toutes ces conséquences non prévues charriées naturellement par la loi, quelle qu'elle soit, même la plus perfectionnée »[2610]. L'outil proposé est global mais aussi résiduel, « en ce sens qu'il vient compléter les autres évaluations lorsque celles-ci butent sur des effets imprévus »[2611]. Par ailleurs, pour éviter que l'évaluateur, affranchi d'un cadre d'évaluation strict, n'y substitue « son propre système de valeur », et pour que l'évaluation comprenne cette « connaissance qualitative essentielle de la société »[2612], il faut l'envisager de manière « pluraliste ». Ainsi, l'évaluation d'impact devra prendre en

(2608) Voy., sur ce type d'évaluation dans les politiques culturelles, M. D'Angelo et P. Vesperini, *Politiques culturelles en Europe. Méthodes et pratiques de l'évaluation*, Strasbourg, Publications du Conseil de l'Europe, 2000, p. 49.

(2609) M. D'Angelo et P. Vesperini, *Politiques culturelles en Europe. Méthodes et pratiques de l'évaluation*, *op. cit.*, p. 49.

(2610) N. Bernard, *Repenser le droit au logement en fonction des plus démunis. Un essai d'évaluation législative*, *op. cit.*, pp. 82-83.

(2611) *Ibid.*, p. 85.

(2612) *Ibid.*, p. 100.

compte une multitude de points de vue et ne pas se limiter au point de vue des pouvoirs publics. Les meilleurs évaluateurs du droit à la culture sont sans conteste ses titulaires, c'est pourquoi nous suivrons Nicolas Bernard dans son choix pour une évaluation pluraliste d'impact[(2613)].

825. La méthode d'évaluation du droit à la culture doit se situer dans une optique spécifique de protection et de promotion des droits de l'homme. Elle doit être un outil de progrès pour les droits des individus.

Dans cet esprit, elle doit éviter l'écueil d'une approche purement « managériale » et « économique » de l'évaluation des politiques culturelles, qui dénaturerait son objectif particulier[(2614)]. Ainsi, si l'on prend au sérieux l'obligation de *standstill* telle qu'elle a été redéfinie par Isabelle Hachez, la redéfinition de la fonction législative et de l'évaluation législative qu'elle implique constitue une garantie contre une soumission des politiques à une « rationalité purement économique » lors de l'évaluation[(2615)]. L'approche doit donc se concentrer sur la réalisation concrète, qualitative et quantitative, des prérogatives qui découlent du droit à la culture.

L'évaluation de la réalisation des droits fondamentaux a fait l'objet de nombreuses études[(2616)] notamment sur la question de

(2613) *Ibid*., p. 83.

(2614) *Ibid*., p. 81 ; C.-A. Morand, « Formes et fonctions de l'évaluation législative », *op. cit.*, p. 210.

(2615) N. Bernard, *Repenser le droit au logement en fonction des plus démunis. Un essai d'évaluation législative*, *op. cit.*, p. 81. I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, p. 635, n° 625. Dans ce type d'évaluation économique des politiques culturelles, il s'agit alors d'identifier les flux financiers qui sont attribués à la culture (évaluation d'effectivité et évaluation d'efficacité). Dans cet esprit, l'on identifie à la fois les investissements directs dans les facteurs de production et dans l'achat de biens et services culturels, mais également les investissements indirects, qui recouvrent les frais qu'accompagnent la consommation de biens et services culturels (restaurants, hôtels, tourisme...). Enfin, certaines évaluations tiennent compte des « investissements induits », c'est-à-dire des mécanismes où, indirectement, les politiques culturelles ont un effet « knock on » sur l'économie (M. D'Angelo et P. Vesperini, *op. cit.*, p. 46).

(2616) Voy. notamment T. B. Jabine et R. P. Claude (dir.), *Human Rights and Statistics : Getting the Records Straight*, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 1992 ; D. L. Cingranelli et D. L. Richards, « Measuring Government Effort to Respect Economic and Social Human Rights : A Peer Benchmark », in *Economic Rights. Conceptual, Measurement, and Policy Issues*, *op. cit.*,

l'usage des statistiques[2617]. Plusieurs approches ont ainsi été élaborées[2618] afin de « s'assurer concrètement de la bonne infusion [des

pp. 214-232 ; C. Apodaca, « Measuring the Progressive Realization of Economic and Social Rights », in *Economic Rights. Conceptual, Measurement, and Policy Issues, op. cit.*, pp. 165-181.

(2617) R. P. Claude et T. B. Jabine, « Exploring Human Rights Issues with Statistics », in *Human Rights and Statistics : Getting the Records Straight*, *op. cit.*, p. 30. Toutefois, des limites à cette approche, qui favorise les données quantitatives, ont d'emblée été soulignées. En effet, la rationalité des droits de l'homme diffère considérablement des rationalités économiques. Par conséquent, les tentatives statistiques de mesure de leur respect peuvent s'avérer très subjectives, malgré leur semblant d'objectivité, tant est différente la logique dans laquelle elles s'inscrivent. Si une utilisation de ces méthodes statistiques est envisagée, elle devra donc être prudente (R. J. Goldstein, « The Limitation of Using Quantitative Data in Studying Human Rights Abuses », in *Human Rights and Statistics : Getting the Records Straight*, *op. cit.*, pp. 35-61). Ces problèmes quantitatifs se doublent d'autres problèmes découlant de la confrontation de la méthode statistique aux droits de l'homme, notamment en ce qui concerne la définition claire des droits de l'homme, alors que les processus de récolte de données quantitatives exigent une définition stricte des phénomènes étudiés. Plus généralement, la logique qui anime les statistiques peut paraître trop éloignée de celle des droits fondamentaux (D. Deprins, « La statistique, instrument de pouvoir ? », *R.I.E.J.*, 2005, n° 55, pp. 117-136).

(2618) Todd Landman et Edzia Carvalho (*Measuring Human Rights*, Abingdon/New York, Routledge, 2010) distinguent trois grandes méthodes de mesure des droits de l'homme qui affrontent la complexité inhérente à ces droits. La première se concentre sur les droits « basiques ». Afin de réduire la complexité d'une évaluation de tous les droits, certains auteurs proposent de réduire l'ensemble des droits à une liste définie, voire à quatre grands droits de base. À partir du moment où la présente thèse se veut une étude d'un droit en particulier, cette approche est inadéquate, puisque son seul objet est de réduire le champ des droits étudiés. La deuxième a pour objet les mesures prises pour appliquer les droits, et distingue entre droits civils et politiques et droits économiques, sociaux et culturels. Si nous souscrivons à l'idée d'une évaluation des droits par rapport aux mesures concrètes prises pour les mettre en œuvre, nous ne pouvons adhérer à une distinction formelle entre générations de droits. Par conséquent, l'évaluation proposée reprendra bel et bien la mise en œuvre du droit comme objet principal d'étude, mais en distinguant selon obligations positives et obligations négatives. Enfin, la troisième approche s'élabore droit par droit, en tenant compte des spécificités de chaque droit et en réfutant la possibilité d'une méthode globale de mesure des droits humains. Sans se prononcer sur la possibilité d'une généralisation des approches d'évaluation de la mise en œuvre des droits de l'homme, c'est dans cette perspective que se situe la thèse, qui a pour objet de cerner précisément la portée du droit à la culture.

droits fondamentaux] au sein du monde réel et de [leur] transposition en actes normatifs »[2619].

826. L'évaluation des obligations de respecter, de protéger et de mettre en œuvre les droits de l'homme ne peut s'opérer que si le contenu de ces droits a été rigoureusement précisé[2620], ce que la première partie de cette thèse s'est attachée à réaliser pour le droit à la culture. Dans cette perspective, l'évaluation du respect de ses obligations par l'État doit être comprise comme le prolongement du concept du droit à la culture et non pas comme une opération extérieure à la précision de ce concept[2621]. L'évaluation permet de garantir que les propositions formelles du droit à la culture aient un impact sur la réalité. Ainsi, dans ce sens, l'évaluation participe au contrôle de régularité, en est un des mécanismes de garantie[2622] et constitue une démarche complémentaire, indispensable et nécessaire, à la formulation des droits humains[2623].

§2. *Les indicateurs du droit à la culture*

827. La méthode de mesure du droit à la culture s'incarne, dans le meilleur des cas, dans une procédure d'évaluation législative, qui évalue l'impact des législations culturelle. Dans tous les cas, cette méthode se fonde sur des indicateurs particuliers qui permettent de prendre la mesure des régressions et des progrès réalisés dans

(2619) N. Bernard, *Repenser le droit au logement en fonction des plus démunis. Un essai d'évaluation législative*, *op. cit.*, p. 52.

(2620) T. Landman et E. Carvalho, *Measuring Human Rights*, *op. cit.*, pp. 9-30.

(2621) Rappelons que selon G. Goertz en effet, les concepts des sciences humaines sont multidimensionnels. Ils revêtent d'abord une dimension théorique, « ontologique ». Cette dimension, pour le droit à la culture, recouvre les propositions théoriques qui fondent le droit à la culture : l'importance de la démocratisation, de la démocratie culturelle et de la diversité culturelle. Ces propositions constituent le noyau dur du droit. La seconde dimension du concept concerne ses éléments constitutifs, qui ont été étudiés dans la première partie et concerne également les principes de mise en œuvre étudié *supra*. La troisième dimension concerne l'opérationnalisation des concepts dans la réalité (cette description du concept en trois étapes est inspirée de Gary Goertz et de son ouvrage *Social Science Concept. A User's Guide*, Princeton, Princeton University Press, 2006, pp. 4-5 et le chapitre II, *Structuring and Theorizing Concepts*).

(2622) C.-A. Morand, « L'obligation d'évaluer les effets des lois », *op. cit.*, p. 110.

(2623) N. Bernard, *Repenser le droit au logement en fonction des plus démunis. Un essai d'évaluation législative*, *op. cit.*, p. 52.

le cadre du droit à la culture. Certains auteurs n'ont d'ailleurs pas hésité à écrire que le salut des droits culturels résidait principalement dans la création d'indicateurs spécifiques à ces droits[2624]. La création et l'utilisation d'indicateurs est en effet une condition nécessaire pour mettre en œuvre le principe de *standstill* dans le cadre du droit à la culture.

A. **L'élaboration des indicateurs**

828. L'élaboration des indicateurs doit être réalisée au sein de plusieurs instances. Idéalement, elle devrait être le résultat d'un processus démocratique et d'un débat public mené par les législateurs et autorités publiques compétentes pour la réalisation du droit à la culture.

829. En l'absence de procédure de création d'indicateurs propres au droit à la culture, force est de constater que les indicateurs existants à disposition sont essentiellement quantitatifs et économiques. Ils ont été élaborés dans un premier temps par l'OCDE, par la Banque Mondiale et par le FMI pour mesurer le développement de la croissance. Ces indicateurs se révèlent largement inadéquats pour les politiques menées dans des secteurs incertains comme l'éducation ou la culture, c'est pourquoi d'autres indicateurs, développés dans d'autres perspectives, doivent être privilégiés. Mentionnons par exemple les indicateurs qualificatifs élaborés par Jacques Delors à l'ENA par le PNUD ou les indicateurs développés par les études d'Augustin Girard pour identifier, quantitativement et qualitativement, les ressources mobilisées dans la mise en œuvre des politiques culturelles[2625].

830. L'évaluation concrète des indicateurs se réalise sur la base d'un travail de récolte de données. Celles-ci, qualitatives mais également quantitatives, doivent comprendre à la fois des variables endogènes

(2624) J. Symonides, « Cultural Rights », *op. cit.*, p. 218.

(2625) M. D'Angelo et P. Vesperini, *Politiques culturelles en Europe. Méthodes et pratiques de l'évaluation*, *op. cit.*, p. 49 ; A. Girard, *Indicateurs culturels : quelques exemples,* Conseil de l'Europe, DECS-Cult. (92) 6, Août 1992. Ce dernier auteur a ciblé une série de données qui doivent être considérées comme pertinentes : le niveau de dépenses nationales dans la culture, le niveau de dépense régionales ou locales dans la culture, la consommation culturelle des ménages, la participation de la population dans les activités culturelles.

mais également des éléments exogènes aux politiques culturelles. En effet, l'enjeu est d'identifier et d'isoler les variables qui déterminent la vie culturelle, d'en cerner les effets et la portée(2626).

831. Deux grandes séries d'indicateurs peuvent être identifiés. La première a trait aux ressources institutionnelles et politiques de l'État et la deuxième aux composantes du droit étudié.

Au niveau des ressources, la première mesure est celle de la structure mise en place au niveau de l'État. Cette mesure permet d'évaluer les mécanismes légaux mis en place(2627). La deuxième mesure se situe au niveau des ressources qui, sur une période donnée, ont été allouées à la réalisation de l'encadrement structurel et à la réalisation du droit à la culture. La troisième mesure est celle des « process », et vise la mesure du fonctionnement des politiques et des mesures qui ont été décidées(2628). À cette étape sont notamment pris en compte l'ensemble des plaintes et actions dirigées à l'encontre des politiques culturelles(2629) mais aussi la mise en œuvre administrative de ces politiques.

La seconde série d'indicateurs décline les différentes composantes du droit de participer à la vie culturelle.

B. **Une proposition d'indicateurs du droit à la culture**

832. Ce n'est donc qu'à titre prospectif que l'on propose *infra* un tableau reprenant des propositions d'indicateurs pour le droit à la culture.

Ce tableau a été réalisé en croisant les dimensions de l'évaluation identifiées en A avec les obligations de l'État établies dans le tableau n° 1 (qui récapitule l'ensemble des obligations qui découlent du droit à la culture pour l'État).

(2626) *Ibid*., p. 47.

(2627) Voy. CESCR, 1999, General Comment n° 12 et 13 ; PNUD, *Human Development Report*, New York/Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 102 ; M. Green, « What We Talk About When We Talk About Indicators : Current Approaches to Human Rights Measurement », *H. R. Q.*, novembre 2001, Vol. 23, n° 4, pp. 1062-1097 ; C. Apodaca, « Measuring the Progressive Realization of Economic and Social Rights », *op. cit.*

(2628) *Ibid*.

(2629) Inspiré de *Right to food*, ONU, 2008, p. 24.

TABLEAU II. Les indicateurs du droit à la culture

Indicateurs/Obligations	Indicateurs relatifs aux structures juridiques	Indicateurs relatifs aux politiques publiques	Indicateurs relatifs à la participation dans les politiques culturelles	Indicateurs relatifs à la participation culturelle
Obligations de respecter	Ratifications d'instruments internationaux qui imposent le respect du droit à la culture Existence et fonctionnement d'un cadre légal imposant, prévenant et sanctionnant le respect du droit à la culture par les pouvoirs publics et par les institutions culturelles dépendantes des pouvoirs publics	Existence et fonctionnement de politiques, de programmes et de plans d'action dont le but est, de manière générale, de prévenir, de sanctionner et de réparer les atteintes par les pouvoirs publics au droit à la culture	Existence et fonctionnement d'institutions culturelles et d'opérateurs culturels manifestant le respect des différentes composantes du droit à la culture Inexistence de discriminations instituées par les institutions et opérateurs culturels	Cartographie et évaluation positive de l'offre culturelle et des acteurs intervenant dans le secteur de la culture établissant qu'une offre diversifiée et accessible est à la disposition de chacun sans entrave des pouvoirs publics et des institutions et opérateurs culturels et qu'aucune discrimination ne peut être rencontrée dans le paysage culturel

BRUYLANT

Obligations de protéger	Ratifications d'instruments internationaux qui aménagent la protection du droit à la culture eu égard aux tiers Existence et fonctionnement d'un cadre légal, régional ou communautaire imposant, prévenant et sanctionnant la violation par des tiers du droit à la culture	Existence et fonctionnement de politiques, de programmes et de plans d'action dont le but est, de manière générale de prévenir, de sanctionner et de réparer les atteintes commises par des tiers au droit à la culture, en ce compris les institutions et opérateurs culturels	Existence et fonctionnement d'institutions et d'opérateurs culturels manifestant une protection du droit à la culture des individus appartenant aux groupes spécifiques et, plus généralement, au droit à la culture de tous les individus	Cartographie et évaluation de l'offre culturelle établissant qu'aucune discriminations n'existe dans cette offre culturelle et que, dans le cas contraire, des mesures ont été prises à l'égard de ces discriminations Cartographie de l'offre culturelle et évaluation établissant que les délégations de service public ont porté leur fruit et ont permis la réalisation du droit à la culture

BRUYLANT

Obligations de réaliser	Ratifications d'instruments internationaux qui aménagent la réalisation, la promotion et la facilitation du droit à la culture Existence et fonctionnement d'un cadre légal, régional ou communautaire réalisant, promouvant et facilitant la réalisation du droit à la culture via les institutions culturelles et/ou le soutien à l'initiative privée	Existence et fonctionnement de politiques, de programmes et de plans d'action dont le but est, de manière générale, de réaliser le droit à la culture (création d'institutions culturelles réalisant le droit à la culture, existence de mécanismes de soutien aux initiatives privées soutenant la réalisation du droit à la culture, existence de mécanismes individuels d'aide à la réalisation du droit à la culture, initiatives assurant l'information sur le droit à la culture)	Évaluation positive de la mise en œuvre concrète du cadre légal, des politiques et des plans d'action dans les institutions culturelles et par les opérateurs culturels du droit à la culture	Évaluation positive des politiques culturelles par rapport aux différentes prérogatives du droit à la culture Évaluation positive du fonctionnement concret des formes de délégation de services publics

Section II. – Exploration de quelques cas d'application du principe de *standstill* au droit à la culture

833. Cette section vise à identifier, à partir des développements proposés dans la section précédente, une série de situations dans lesquelles il est possible de conclure à l'existence d'un recul dans la réalisation du droit à la culture. En partant des cas les plus précis et les plus simples vers des cas plus généraux et les plus conflictuels. La présente section entend exemplifier les perspectives riches que laisse entrevoir le principe de *standstill* pour le droit à la culture.

834. Dans un premier temps, l'on envisage des cas très précis de reculs identifiables dans l'obligation de conserver le patrimoine (§ 1). Dans un deuxième temps, sont analysés les reculs plus généraux et programmatiques qui résident dans les diminutions de possibilité d'accès à la culture à l'école (§ 2). Ensuite, ce sont les reculs dans l'obligation de protéger le droit à la culture dans le cadre du droit d'auteur qui sont étudiés et la possibilité de qualifier ces reculs de conflits de droits (§ 3). Enfin, de manière plus générale, on s'interroge sur la possibilité d'identifier un recul dans l'obligation de réaliser la liberté de choix et l'accès à une culture diversifiée face aux règles favorisant la libéralisation des « biens et services » culturels (§ 4).

§1. *Les reculs dans l'obligation de réaliser le droit à la conservation du patrimoine*

835. Dans un avis relatif à un avant-projet d'ordonnance « portant sur certaines dispositions en matière d'aménagement du territoire », le Conseil d'État a estimé qu'une réduction du niveau de protection du droit à la jouissance du patrimoine immobilier pourrait survenir à l'occasion d'un avant-projet d'ordonnance qui prévoyait, entre autres, dans ses articles 98 et 100, une « éventuelle » zone de protection autour du bien classé. Cet avant-projet opérait ainsi un changement par rapport aux dispositions de l'ordonnance du 4 mars 1993 qui rendait obligatoire la présence d'une telle zone. Par contre, l'avant-projet d'ordonnance laissait intacte la disposition qui obligeait le gouvernement, lors du classement d'un bien, d'établir et de délimiter une zone de protection autour de ce bien.

Le Conseil d'État, devant cette contradiction interne de l'avant-projet, a mis en garde face à une éventuelle violation du *standstill* : « Si les auteurs de l'avant-projet avaient l'intention de supprimer le caractère obligatoire de l'établissement et de la délimitation d'une zone de protection autour d'un bien classé, il en résulterait, eu égard au contenu du régime applicable dans les zones de protection, une réduction des garanties de protection des biens classés »[(2630)].

836. La section de législation du Conseil d'État s'est aussi prononcée, dans le même sens, en 1997. Le Conseil d'État avait estimé que « le législateur ne peut supprimer purement et simplement, sans les remplacer par des garanties équivalentes, d'importantes garanties reconnues par le texte en vigueur »[(2631)]. Ainsi, l'on ne pourrait se satisfaire de « la transformation en simple faculté du droit actuellement reconnu, dans certains cas, d'exiger du Gouvernement que soit entamée la procédure de sauvegarde ou de classement d'un bien »[(2632)].

837. À notre sens, ces exemples suscitent une application du principe de *standstill* assez simple. En l'absence de compensation et de prise en compte du droit à la culture, il faut conclure que cette transformation implique un recul dans la réalisation du droit au maintien et à la protection du patrimoine immobilier.

§2. *Les reculs dans l'obligation de réaliser l'accès à la culture à l'école*

838. La culture à l'école est une des garanties les plus fondamentales de l'accès et de la participation à la culture. Force est cependant de constater que, malgré des discours d'intention des pouvoirs publics sur le rôle de la culture, la place réservée à l'éducation artistique et culturelle et à la formation du sens esthétique connaît depuis des décennies un net déclin dans les programmes élaborés par ces mêmes pouvoirs publics.

(2630) C.E., section de législation, avis n° 35.689/4, *Doc.*, Parl. Brux.-Cap., sess. 2003-2004, n° A.501/1, p. 135.

(2631) Avis n° 26/383/9 du 14 juillet 1997 portant sur un avant-projet d'ordonnance de la Région de Bruxelles-capitale modifiant l'ordonnance du 4 mars 1993 relative à la conservation du patrimoine immobilier (non publié), cité dans I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative, op. cit.*, p. 176, n° 143.

(2632) *Ibid*.

A. **Le recul**

839. Le plus haut niveau de protection résulte ici à la fois de disposition réglementaires et d'une pratique qui impliquaient qu'une série d'heures étaient consacrées chaque semaine notamment à l'enseignement de la musique, des arts plastiques et du théâtre.

Le décret « missions », qui définit les missions prioritaires de l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire et organise les structures propres à les atteindre prévoit que chaque établissement « suscite le goût de la culture et de la créativité et favorise la participation à des activités culturelles et sportives par une collaboration avec les acteurs concernés »(2633). En vertu de l'article 16, § 1er de ce décret, le gouvernement détermine les socles de compétences, soumis ensuite à l'approbation du Parlement. Dans ce document régissant l'enseignement, il est prévu que : « l'éducation artistique peut et doit y tenir sa place comme toute activité éducative, elle est éveil dans son essence : éveil à soi, aux autres, au monde ». L'école doit « sensibiliser à toutes les formes d'expression, notamment en exerçant les perceptions visuelles et auditives ; faire acquérir des techniques permettant d'accéder à la maîtrise objective des 'choses de l'art', de se dépasser pour atteindre la créativité ; traiter et structurer les savoirs pour qu'ils deviennent transférables ; participer à la formation équilibrée pour que chacun découvre et construise sa personnalité »(2634).

(2633) Art. 8, 8° du Décr. Comm. fr. du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire et organisant les structures propres à les atteindre, *Mon. b.*, 23 septembre 1997.

(2634) Ministère de la Communauté française, Administration générale de l'Enseignement et de la Recherche scientifique, *Socles de compétences, Enseignement fondamental et premier degré de l'enseignement secondaire, Éducation artistique*, p. 3. Les « Compétences terminales et savoirs requis » sont des documents qui prolongent les « socles de compétences » pour les humanités générales et technologiques. Dans le document relatif à l'étude du français, il est dit que l'élève accumulera dans le cadre de ce cours des savoirs sur la littérature et l'art. Une liste non exhaustive d'œuvres et d'auteurs est reprise. (Ministère de la Communauté française, *Compétences terminales et savoirs requis en Français, Humanités générales et technologiques*, 1999, p. 17). Même si peu d'accent est mis sur l'accès à la culture et l'accumulation d'un savoir culturel, l'élève est tout de même censé s'ouvrir au monde sonore et visuel pour « percevoir et s'approprier » des langages pour s'exprimer. Les savoirs ainsi retenus par la Communauté française participent de « l'alphabet culturel de l'homme contemporain ». La Communauté française

Les objectifs de la Communauté française en matière d'éducation artistique restent donc élevés. Cependant, ils se révèlent contradictoires avec le décret du 30 juin 2006 relatif à l'organisation pédagogique du premier degré de l'enseignement secondaire. Ce décret ne prévoit en effet qu'une heure par semaine réservée aux activités artistiques, sans en définir les composantes. Ces activités font parties des « activités complémentaires » que les écoles doivent prévoir. Cependant, les écoles ne sont tenues d'organiser que deux des quatre types d'activités complémentaires. L'accès aux diverses matières artistiques n'est donc pas garanti aux élèves.

Ces mesures décrétales et l'inaction de la Communauté française et des établissements ont éloigné la culture des établissements scolaires. De l'aveu même de la Ministre-Présidente de la Communauté française, l'école s'est peu à peu fermée aux différentes disciplines artistiques(2635).

L'art et la culture sont ainsi désormais peu accessibles dans la structure même de l'école(2636), sauf exception, bien entendu, pour les élèves de l'enseignement artistique de transition, également

---

précise cependant que le but n'est pas de « transmettre une culture encyclopédique passéiste », mais de donner « de la manière vivante » « la maîtrise des références culturelles qui ont influencé durablement la pensée et l'écriture occidentale et/ou s'avèrent les plus utiles pour décoder les productions culturelles contemporaines ». L'enseignement de la diversité culturelle est « essentiel » aux yeux des rédacteurs du document, puisque les professeurs sont encouragés à enseigner à leurs élèves, « à l'heure de la société multiculturelle », « une ouverture sur les autres cultures, en particulier celles liées aux peuples d'Europe et à l'immigration » (Ministère de la Communauté française, *Compétences terminales et savoirs requis en Français, Humanités générales et technologiques*, *op. cit.*).

(2635) Rapport présenté au nom de la Commission de l'Éducation, Projet de décret relatif à la mise en œuvre, la promotion et le renforcement des collaborations entre la Culture et l'Enseignement, *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 2005-2006, n° 226/3, p. 5.

(2636) Citons également les Écoles Supérieures des Arts constituant l'enseignement supérieur artistique. Le décret relatif à l'enseignement supérieur artistique du 17 mai 1999 règle l'organisation de ces établissements, sauf pour l'architecture. Cet enseignement est un lieu de développement des arts « envisagés comme productions sociales mais également comme agents sociaux qui participent à la connaissance, à l'évolution et à la transformation de la société ». L'enseignement prodigué aux étudiants vise deux buts : l'étudiant doit être à la fois placé « en situation de développer une autonomie créatrice et d'élaborer la singularité d'une démarche » mais ceci « sans négliger sa responsabilité sociale » (Décr. Comm. fr. relatif à l'enseignement supérieur artistique du 17 mai 1999, *Mon. b.*, 29 octobre 1999, Art. 3, § 4, de ce décret).

appelé « Humanités artistiques », qui, évidemment, voient le programme centré sur l'éducation artistique[2637]. Il en est de même pour les élèves de l'enseignement secondaire professionnel et de qualification[2638] qui peuvent choisir de suivre l'enseignement artistique de qualification dans leurs deuxième et troisième degrés de l'enseignement secondaire[2639].

B. **Des mesures compensatoires**

840. Ce recul doit être mis en balance avec certaines mesures compensatoires.

841. La Communauté française a adopté, le 24 mars 2006 un décret relatif à la mise en œuvre, à la promotion et le renforcement des Collaborations entre la Culture et l'Enseignement[2640]. Ce décret a pour but de « permettre aux élèves des écoles d'avoir accès, au cours de leur parcours scolaire, à la culture et aux différentes formes de la création et de l'expression artistique ». Il veut favoriser « l'émancipation des élèves en leur donnant les moyens d'accéder aux différents langages de la création », et renforcer les coopérations entre les opérateurs culturels et les établissements scolaires, ainsi que celles déjà existantes, et enfin organiser la mise à disposition, pour les enseignants, d'informations et d'outils pédagogiques leur

(2637) Les établissements pouvant organiser un enseignement artistique de transition sont les suivants : le Conservatoire de Musique Arthur Grumiaux de Charleroi, l'Académie intercommunale de Musique, de danse et des arts de la parole de Court-Saint-Etienne et Ottignies-Louvain-la-Neuve, l'Académie de Musique Grétry de Liège, le Conservatoire de Musique de Huy, l'Académie de musique d'Ixelles, l'Académie de musique de Mons, le Conservatoire de musique de Namur (Art. 23, Décr. Comm. fr. du 2 juin 1998 organisant l'enseignement secondaire artistique à horaire réduit subventionné par la Communauté française, *Mon. b.*, 29 août 1998). Ces établissements organisent les Humanités artistiques en coopération avec un établissement scolaire.

(2638) Comm. fr., *Compétences terminales et savoirs communs, Humanités professionnelles et techniques*, 2000, p. 7.

(2639) D'assistant en décoration, d'assistant aux métiers de la publicité, de graveleur ciseleur, de bijoutier joaillier, de technicien de la photographie, de technicien en infographie et de technicien en multimédia et images de synthèse. Communauté française, Profils de qualification et de formation, Humanités professionnelles et techniques, http://www.enseignement.be/prof/info/documentation/profils_menu_sec6.asp.

(2640) Décr. Comm. fr. du 24 mars 2006 relatif à la mise en œuvre, la promotion et le renforcement des Collaborations entre la Culture et l'Enseignement, *Mon. b.*, 22 mai 2006.

permettant de développer des activités culturelles[2641]. Ce décret poursuit l'œuvre d'un décret antérieur, qui visait à développer les synergies entre le monde de l'enseignement et le monde culturel, mais qui avait manifestement été rédigé dans l'urgence[2642].

842. Le décret de 2006 prévoit qu'un programme d'actions concerté sera adopté, tous les trois ans, qui définira les stratégies à adopter pour atteindre les objectifs cités, les actions concrètes à organiser, les indicateurs adéquats à une bonne évaluation, les processus de coordination pour accroître les synergies, les propositions de partenariats privilégiés durables ou ponctuels[2643]. Des rencontres avec les artistes sont également prévues[2644].

Le décret relatif à la mise en œuvre, la promotion et le renforcement des Collaborations entre la Culture et l'Enseignement peut remédier partiellement aux grandes lacunes culturelles de l'enseignement primaire et secondaire. Il jette en tout cas les bases d'une action administrative transversale et efficace, relativement simple. Il permet le renforcement du rôle de coordination, de médiation et d'information de la Cellule Culture-Enseignement. Enfin, il prévoit une évaluation par une Commission spécialisée. Le décret a aussi comme avantage de fournir une base juridique solide et par là-même de mettre fin aux critiques relatives aux subventions facultatives que les écoles à discrimination positive demandaient pour leurs projets. L'inspection des Finances considérait en effet ce dispositif comme contraire à l'article 24, § 4 de la Constitution[2645].

(2641) Art. 3, Décr. Comm. fr. du 24 mars 2006 relatif à la mise en œuvre, la promotion et le renforcement des Collaborations entre la Culture et l'Enseignement, *Mon. b.*, 22 mai 2006.

(2642) Décr. Comm. fr. du 12 mai 2004 relatif au développement des synergies entre le monde de l'enseignement et le monde culturel, *Mon. b.*, 16 juin 2004.

(2643) Art. 6, Décr. Comm. fr. du 24 mars 2006 relatif à la mise en œuvre, la promotion et le renforcement des Collaborations entre la Culture et l'Enseignement, *Mon. b.*, 22 mai 2006.

(2644) Art. 10, Décr. Comm. fr. du 24 mars 2006 relatif à la mise en œuvre, la promotion et le renforcement des Collaborations entre la Culture et l'Enseignement, *Mon. b.*, 22 mai 2006.

(2645) Rapport présenté au nom de la Commission de l'Éducation, Projet de décret relatif à la mise en œuvre, la promotion et le renforcement des collaborations entre la Culture et l'Enseignement, *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. ord. 2005-2006, n° 226/3, p. 5.

Cette mesure peut donc très clairement s'analyser comme une mesure compensatoire par rapport au recul opéré par le système général des cours. Toutefois, il conviendrait de mesurer l'impact de cette mesure afin de répondre à une série de questions. Cette mesure compense-t-elle suffisamment la désertification structurelle des préoccupations culturelles et artistiques dans le cursus scolaire des élèves ? Peut-on aller jusqu'à dire que ce décret permet de considérer les arts comme une des « compétences de base dans les systèmes éducatifs de demain »(2646) ? *A priori*, ce décret ne semble pas suffisant pour compenser le recul subi dans l'organisation générale de l'enseignement, parce qu'il fait reposer l'action culturelle et artistique à l'école sur la volonté et l'énergie des professeurs responsables des projets et, surtout, parce que la participation à la vie culturelle, loin d'être intégrée au cursus scolaire, reste réduite à quelques activités ponctuelles, dont la durabilité est souvent remise en question.

843. Une deuxième mesure compensatoire concerne l'enseignement artistique à horaire réduit.

Derrière cette dernière dénomination bureaucratique, se cachent les académies, conservatoires et autres établissements du même type, subventionnés par la Communauté française. Ces établissements ont pour but de « concourir à l'épanouissement des élèves en promouvant une culture artistique par l'apprentissage des divers langages et pratiques artistiques », mais aussi de « donner aux élèves les moyens et formations leur permettant d'atteindre l'autonomie artistique suscitant une faculté créatrice personnelle ». Ces établissements doivent prodiguer un enseignement « préparant des élèves à rencontrer les exigences requises pour accéder à l'enseignement artistique du niveau supérieur »(2647). Intelligence artistique, maîtrise technique, créativité et autonomie sont les objectifs de cet enseignement.

Sensible à la question des publics fragilisés à la culture, le décret organisant l'enseignement secondaire artistique à horaire réduit

(2646) UNESCO, *Rapport final de la Conférence mondiale sur l'éducation artistique*, Séance de clôture, Lisbonne, 9 mars 2006, p. 5.

(2647) Art. 3 du Décr. Comm. fr. du 2 juin 1998 organisant l'enseignement secondaire artistique à horaire réduit subventionné par la Communauté française, *Mon. b.*, 29 août 1998.

subventionné par la Communauté française prévoit que des cours spécifiques d'initiations aux pratiques artistiques peuvent être organisés sur proposition du Pouvoir organisateur ou du chef d'établissement pour permettre « aux populations socialement défavorisées d'accéder à l'enseignement secondaire artistique à horaire réduit »[(2648)]. Dans ce cadre, les cours sont donnés soit dans l'établissement d'enseignement artistique à horaire réduit, soit dans l'établissement d'enseignement fondamental ou encore dans toute autre implantation. Ils sont dispensés sous forme de cours par des membres du personnel enseignant, ou sous forme d'activités et de formations particulières. Les nonante-six académies de musique et les vingt académies des beaux-arts participent ainsi de manière fondamentale à l'épanouissement culturel de la population. La gratuité de cet enseignement jusqu'à l'âge de 12 ans, et son prix modique par la suite[(2649)] en font, en principe, un véritable lieu d'enrichissement culturel de tous.

844. Malgré ces deux mesures compensatoires, faut-il considérer que, dans l'ensemble, la formation artistique et l'éveil au sens esthétique dans le cadre scolaire a connu un déclin ? Au plan normatif, il est certain que le droit universel d'accéder à la culture à l'école a effectivement connu un tel déclin qui est en contradiction avec l'obligation d'assurer l'accès et la participation pour tous à la culture, alors que la contribution des actions artistiques et culturelles au processus éducatif n'est plus à démontrer[(2650)].

§3. *Les reculs dans l'obligation de protéger l'accès à la culture dans le cadre du droit d'auteur*

845. Dans le premier titre, l'on a évoqué la possibilité pour le juge de reconnaître un effet direct à l'obligation de protéger l'accès aux cultures et aux patrimoines. Cette possibilité a été étayée par une étude des exceptions aux droits d'auteur et des principes

(2648) Art. 27, *ibid*.

(2649) 55 euros jusqu'à 18 ans, 137 euros ensuite, avec possibilité d'exceptions.

(2650) C. ARCHAT, « Partenariats artistiques et culturels. Conditions pour une dimension éducative », in *Cultures à égalité. Diversité Ville-École-Intégration*, mars 2007, n° 148.

Voy., sur la crise de l'enseignement artistique en France, S. BRONDEL, « Comment sortir l'enseignement artistique de la crise ? », *A.J.D.A.*, 2008, p. 1462.

du domaine public. Cette reconnaissance d'un effet direct est, selon nous, possible, *quod non* actuellement.

Si cette reconnaissance persistait à être refusée, la situation actuelle ne pourrait être appréhendée qu'à l'aune du principe de *standstill*. Or, de multiples reculs peuvent être identifiés dans la mise en œuvre de l'obligation de protéger l'accès aux cultures et aux patrimoines. En effet, alors que l'environnement numérique offre de formidables perspectives pour l'accès à la culture, sous la pression des « maximalistes », cet environnement s'est peu à peu fermé, au profit d'une plus grande protection des droits d'auteur. Cette fermeture donne lieu à un changement de perspective par rapport aux exceptions au droit d'auteur instituées pour favoriser l'accès à la culture (voy. *supra*). Afin de cerner ces changements de perspectives très techniques, nous nous sommes basée ici sur les travaux de Séverine Dusollier.

A. **Les reculs**(2651)

846. La loi sur le droit d'auteur s'est longtemps caractérisée par la recherche d'un équilibre entre intérêt privé des auteurs et intérêt public de l'accès à la culture et aux œuvres. Le droit de la propriété intellectuelle instituait en obligation légale le respect aux exceptions protégeant le droit à la culture. Jusqu'en 2005, c'était le législateur qui disposait de manière exclusive du pouvoir de maîtrise des exceptions.

Face à l'évolution numérique et l'expansion des possibilités de contourner les droits d'auteur, les auteurs et les diffuseurs ont demandé une expansion de leurs droits et des nouvelles mesures techniques de protection. Diverses mesures techniques sont ainsi venues protéger les œuvres et empêcher la contrefaçon : depuis les techniques de limitation des copies intégrées dans les supports multimédias jusqu'aux dispositifs de distribution des œuvres qui cadenassent l'utilisation de celles-ci et les possibilités de copie et de transmission à autrui(2652).

(2651) Ce point est largement inspiré des travaux de Séverine Dusollier sur le sujet.

(2652) Pour une description complète de ces mesures : S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, pp. 39 et s.

Derrière ces diverses techniques, il y a la volonté des titulaires de droits « de concevoir de nouvelles manières d'exploiter et de jouir des œuvres de l'esprit [...] » et de retrouver ainsi « la maîtrise de l'exploitation de leurs créations, par le contrôle de leur utilisation ». Avec comme résultat que « la copie de l'œuvre devient techniquement réduite ou empêchée : c'est aussi l'accès à l'œuvre et les modalités de jouissance que les ayants droit tentent d'interdire ou de limiter. La technique permet également de gérer et de contrôler toute utilisation de l'œuvre, de conclure des contrats relatifs à cette utilisation et d'en suivre l'exécution »(2653). Le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, faits à Genève le 20 décembre 1996, protège les mesures techniques au travers des fameuses « dispositions anti-contournement ». Celles-ci sont également prescrites dans la directive européenne sur le droit d'auteur dans la société de l'information du 22 mai 2001(2654) et dans la loi belge sur le droit d'auteur(2655).

847. Ces « dispositions anti-contournement » augmentent la « réservation de l'œuvre ». Celle-ci est en effet « susceptible de bénéficier [...] de trois couches de protection successives »(2656) : « les mesures techniques qui *protègent* des œuvres *protégées* par le droit d'auteur sont à leur tour *protégées* »(2657). Finalement, « par la conjugaison de ces multiples protections, l'auteur jouit d'une réservation étendue sur l'œuvre. À ses droits exclusifs se rajoutent une

---

Voy. également, entre autres, A. Strowel et S. Dusollier, « La protection légale des systèmes techniques », Atelier sur la mise en œuvre du Traité de l'O.M.P.I. sur le droit d'auteur et du Traité de l'O.M.P.I. sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, Genève, 6-7 décembre 1999 (site internet de l'O.M.P.I.) ; K. Koelman, « De derde laag: bescherming van technische voorzieningen », *A&M*, 2001, n° 1, p. 82 ; K. Koelman, « A hard nut to crack: the protection of technological measures », *E.I.P.R.*, 2000, p. 272 ; A. Strowel, « Protection des mesures techniques : une couche de trop ? Quelques remarques à propos du texte de Kamiel Koelman », *A&M*, 2001, n° 1, pp. 90-95.

(2653) S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, p. 24, n° 2.

(2654) Directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information.

(2655) LDA.

(2656) S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, p. 25, n° 5.

(2657) K. Koelman, « Handjeklap in Brussel », *I&I*, 2000-2, pp. 2-4, cité et traduit dans S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, p. 26, n° 5.

maîtrise de fait, par l'outil technique, et de nouvelles prérogatives, par les dispositifs anti-contournement »[2658]. S'ajoute à ces nouvelles prérogatives la maîtrise des exceptions. En effet, les législations sur les mesures techniques transforment l'obligation légale de se conformer aux exceptions du droit d'auteur en une *faculté* de respecter ces exceptions. Elles transfèrent les compétences relatives aux exceptions aux auteurs eux-mêmes. Ainsi, les dispositifs de verrouillage et de contrôle des œuvres, dans l'univers numérique, aboutissent à changer la nature même des exceptions établies au profit du droit à la culture, qui deviennent de simples facultés laissées au bon vouloir des titulaires de droits[2659].

848. La protection des mesures techniques n'est pas forcément illégitime. En effet, elle apparaît « juste et utile au regard des fondements de la propriété littéraire et artistique » parce que, face à la perte de contrôle que favorise l'ère numérique, le droit d'auteur peut légitimement combler le manque de protection en autorisant et en protégeant le recours aux mesures techniques qui redonnent une autonomie à l'auteur[2660]. Ainsi, « la loi sur le droit d'auteur restaure l'autonomie de l'auteur et assure la survivance de la sphère publique littéraire et artistique »[2661]. Les dispositifs anti-contournement permettent de restaurer le contrôle du marché sur la diffusion des œuvres et protège les intérêts des titulaires de droit[2662]. Toutefois, si elle n'est pas illégitime, cette protection peut, à certains égards, apparaître comme étant disproportionnée par rapport aux droits et intérêts du public, également pris en compte dans le droit d'auteur et qui sont au fondement de celui-ci[2663].

849. Dans le cadre de cette thèse, la question posée est celle de la compatibilité de la réglementation de ces mesures techniques par le législateur belge et communautaire avec le principe de *standstill* au regard du droit à la culture, tant sont fragilisés certains mécanismes de protection de ce droit. Afin d'identifier ces reculs, nous

(2658) S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, p. 26, n° 5.

(2659) *Ibid*.

(2660) *Ibid*., n° 304 et p. 518, n° 667.

(2661) *Ibid*., p. 518, n° 667.

(2662) *Ibid*., n^{os} 376 et s.

(2663) *Ibid*., pp. 216-587.

nous référerons ici à l'analyse et aux conclusions de l'excellente thèse de Séverine Dusollier, que nous appliquerons au droit à la culture.

1. Le recul dans l'accès libre au domaine public

850. La directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, qui a initié la protection des mesures techniques, prévoit explicitement que seules les mesures techniques visant la protection d'œuvres protégées par le droit d'auteur sont protégées. Elle exclut ainsi clairement les œuvres tombées dans le domaine public(2664). Le droit belge ne reprend pas cette précision, mais Séverine Dusollier considère qu'une interprétation conforme à la directive s'impose sur ce point(2665) : les mesures techniques ne peuvent donc être protégées que lorsqu'elles sont apposées sur des œuvres protégées.

Il n'y a donc en principe pas de recul, puisque les œuvres du domaine public restent hors du champ de la protection par les mesures techniques (celles-ci ne concernant ces œuvres qu'en ce qui concerne leur mise en forme dans des fichiers électroniques)(2666).

851. Toutefois, Séverine Dusollier a mis en lumière le recul subtilement induit par cette réglementation. L'auteure considère en effet que l'« exclusion du domaine public du champ de la protection n'est [...] que relative » pour trois raisons.

D'abord parce que, « si le contournement d'une mesure apposée sur un élément du domaine public est licite, il n'en demeure pas moins que cet élément est verrouillé par un mécanisme technique qui en restreint le libre accès et l'utilisation, à tout le moins dans le format ainsi sécurisé »(2667).

(2664) Directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

(2665) S. DUSOLLIER, « Les nouvelles dispositions belges en matière de protection technique des œuvres », *A&M*, 2005, pp. 532-549 ; S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, p. 560.

(2666) S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, pp. 103 et s.

(2667) Il y a en effet une différence essentielle entre l'œuvre qui peut être protégée par un droit d'auteur ou être dans le domaine public et les exemplaires qui lui donnent forme qui feront eux l'objet de la protection technique. Ce qui signifie que si les pièces de Molière dans une édition particulière

Ensuite, l'auteure souligne qu'« il suffit que l'élément du domaine public soit accompagné par un objet protégé par un droit d'auteur, tel qu'une introduction ou un commentaire, des photographies, pour que le dispositif technique qui couvre l'ensemble bénéficie de la protection contre le contournement »(2668).

Troisièmement, Séverine Dusollier remarque qu'« il sera difficile de prétendre que les équipements de contournement offerts au public ne visent qu'à neutraliser des protections relatives à des objets relevant du domaine public, si ces mêmes protections sont également apposées sur des œuvres et prestations protégées ». En effet, la technique ne peut pas distinguer entre les éléments du domaine public et ceux protégés. Pour reprendre l'exemple donné par Séverine Dusollier, « un mécanisme électronique, conçu pour empêcher la copie d'e-books, sera tout autant utilisé pour protéger une nouvelle édition des pièces de Molière, que le dernier livre d'Amélie Nothomb. Si une personne commercialise des moyens pour désactiver cette protection, elle ne pourra sans doute pas éviter la sanction légale dans la mesure où ces moyens sont susceptibles d'être utilisés pour contourner une mesure technique appliquée à une œuvre protégée, même si le recours à ces moyens peut également être justifié par la nécessité d'accéder à des œuvres relevant du domaine public »(2669).

852. Ainsi, la protection légale des mesures techniques peut, en l'absence de dispositifs garantissant expressément l'accès aux œuvres du domaine public, être considérée comme un recul par rapport au droit à la culture en ce qu'elle entrave le libre accès au domaine public.

électronique peuvent faire l'objet d'un mécanisme de contrôle et d'accès, il n'empêche que l'œuvre elle-même existe sous d'autres formes non protégées. Cela réduit donc la réalité de l'entrave technique sur les œuvres du domaine public, bien que cette entrave sera bien réelle si l'œuvre n'existe pas sous un autre format ou est difficilement accessible par ailleurs. Sur ce point, voy. S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, pp. 103 et s.

(2668) S. Dusollier, « Les nouvelles dispositions belges en matière de protection technique des œuvres », *op. cit.*, pp. 532-549.

(2669) *Ibid.*, pp. 532-549.

2. Le recul dans l'accès aux œuvres : la détermination de la réservation par le titulaire du droit

853. Les dispositions anti-contournement ont tendance à confier au titulaire du droit lui-même un véritable « pouvoir normatif » quant à « la détermination de l'étendue de la réservation sur l'œuvre ». La loi autorise en effet le titulaire du droit d'auteur à interdire, contrôler et soumettre à conditions l'accès et l'utilisation de l'œuvre. Le législateur européen, en définissant de manière très large les mesures techniques (celles-ci sont définies comme les mesures qui empêchent les « actes non autorisés par l'auteur ») ouvre la voie à des réservations très importantes en permettant à l'auteur de contrôler l'accès à l'œuvre(2670). La loi belge interdit de la même manière tout contournement des mesures techniques dès lors que celles-ci ont pour but d'empêcher un « acte non autorisé par le titulaire de droits »(2671).

Ces dispositions conduisent à une « autoréglementation » ou *private ordering* du droit d'auteur par le titulaire de droits puisque c'est le titulaire des droits qui définit les mesures techniques qui seront protégées, quel que soit le but poursuivi par ces mesures(2672).

Comme l'a démontré Séverine Dusollier, les mesures techniques et leur protection ne se limitent pas à n'être qu'un moyen de protection des droits, mais elles sont également « le moyen et la fin d'une protection plus étendue de l'œuvre »(2673). Le législateur, en définissant de manière tautologique les mesures techniques protégées, qui

(2670) Art. 6(3), Directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information : « on entend par 'mesures techniques', toute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter, en ce qui concerne les œuvres ou autres objets protégés, les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur prévu par la loi, ou du droit sui generis prévu au chapitre III de la directive 96/9/CE ».

(2671) Art. 79*bis*, § 1er LDA : « On entend par 'mesures techniques' : toute technologie, dispositif ou composant qui dans le cadre normal de son fonctionnement est destiné à empêcher ou à limiter en ce qui concerne les œuvres ou prestations, *les actes non autorisés par les titulaires de droits d'auteur ou de droits voisins* » (nous soulignons).

(2672) Voy. S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, pp. 103-117.

(2673) *Ibid.*, p. 674.

sont celles qui n'autorisent pas les utilisations non autorisées par les ayants droit, « ouvre la porte à une réservation juridique très large des œuvres techniquement protégées ». Ainsi, « du contrôle de l'exploitation des œuvres, la cible du droit d'auteur se déplace au contrôle de leur réception et de leur utilisation, jusqu'à couvrir tout acte d'accès à l'œuvre qu'il soit matériel (soit l'accès au support matériel ou au site de l'œuvre, à la visibilité de l'œuvre) ou intellectuel (soit l'expérience et la jouissance du contenu intellectuel, artistique ou informationnel de l'œuvre) »(2674).

854. Cette idée d'une réservation absolue de l'utilisation de l'œuvre au profit du droit d'auteur heurte non seulement les principes qui légitiment le droit d'auteur(2675) mais elle constitue également un recul par rapport au droit à la culture, en ce qu'elle conduit à une privatisation de la diffusion et des actes d'accès et de réception des œuvres. Est ainsi déséquilibrée la balance entre droit à la culture et droits d'auteur : « [e]n protégeant les mesures techniques définies sur le seul critère de l'utilisation non autorisée par les titulaires de droits, et non en référence avec les droits reconnus à ceux-ci par la loi, les dispositions anti-contournement étendent la réservation dont jouit l'auteur sur son œuvre au-delà de la seule exploitation de celle-ci. Les simples actes de réception et d'utilisation de l'œuvre, et notamment l'accès à celle-ci, peuvent désormais, par le truchement de mécanismes subordonnant l'accès à l'œuvre et par la protection légale de ceux-ci, faire l'objet d'un contrôle par l'ayant droit »(2676).

855. En confondant « exploitation et accès, œuvre et support ou service portant sur celle-ci »(2677) la directive européenne et la loi belge marquent une régression de l'État dans son obligation de protéger le droit à la culture par rapport aux intérêts privés.

3. Les reculs dans le bénéfice des exceptions

856. La tendance à l'autoréglementation concerne également les exceptions et les limites au droit d'auteur. En effet, dans les dispositions relatives aux mesures techniques, le législateur belge et

(2674) *Ibid*., p. 523, n° 674.
(2675) Voy. *ibid*., p. 580.
(2676) *Ibid*.
(2677) *Ibid.*

communautaire admet que le respect des exceptions et des limites du droit d'auteur définies dans la loi soit également confié au titulaire du droit[(2678)]. Les mesures techniques peuvent donc venir déroger aux exceptions et aux limites au droit d'auteur[(2679)] et les titulaires de droits se voient donc reconnaître un contrôle sur l'accès et la distribution des œuvres et donc sur la détermination des conditions de jouissance des limitations à leurs propres droits établies par la

(2678) Signalons qu'avant même qu'une protection légale soit accordée aux mesures techniques, la jurisprudence avait éprouvé des difficultés à protéger adéquatement les exceptions au droit d'auteur lorsqu'étaient en cause des mesures techniques. Voy. notamment l'affaire *Mulholland Drive*, CA Paris, 4 avril 2007, et la note de S. Dusollier, « Sortie de route sur Mulholland Drive » ; S. Dusollier, « Le 'droit' à la copie privée : le débat est-il clos ? », note sous Bruxelles, 9 septembre 2005, *R.D.T.I.*, n° 23, décembre 2005, p. 71 ; S. Dusollier, « Le dernier tournant de l'affaire Mulholland Drive », *A&M*, 2006, n° 2, pp. 178-180 ; T. Léonard, « Mulholland Drive chute sur l'épine du droit subjectif », *R.D.T.I.*, 2007, n° 29, pp. 354-361.

(2679) Voy. art. 6(4) de la directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information :

« Nonobstant la protection juridique prévue au paragraphe 1, *en l'absence de mesures volontaires prises par les titulaires de droits*, y compris les *accords entre titulaires de droits et d'autres parties* concernées, les États membres prennent des mesures appropriées pour assurer que les bénéficiaires des exceptions ou limitations prévues par le droit national conformément à l'article 5, paragraphe 2, points a), c), d) et e), et à l'article 5, paragraphe 3, points a), b) ou e), puissent bénéficier desdites exceptions ou limitations dans la mesure nécessaire pour en bénéficier lorsque le bénéficiaire a un accès licite à l'œuvre protégée ou à l'objet protégé en question.

Un État membre peut aussi prendre de telles mesures à l'égard du bénéficiaire d'une exception ou limitation prévue conformément à l'article 5, paragraphe 2, point b), à moins que la reproduction à usage privé ait déjà été rendue possible par les titulaires de droits dans la mesure nécessaire pour bénéficier de l'exception ou de la limitation concernée et conformément aux dispositions de l'article 5, paragraphe 2, point b), et de l'article 5, paragraphe 5, sans empêcher les titulaires de droits d'adopter des mesures adéquates en ce qui concerne le nombre de reproductions conformément à ces dispositions.

Les mesures techniques *appliquées volontairement par les titulaires de droits*, y compris celles mises en œuvre en application d'accords volontaires, et les mesures techniques mises en œuvre en application des mesures prises par les États membres, jouissent de la protection juridique prévue au paragraphe 1. [...] » (nous soulignons). Voy. l'article 79*bis* LDA, § 2 : « Les ayants droit prennent dans un délai raisonnable des mesures volontaires adéquates, y compris des accords avec les autres parties concernées, afin de fournir à l'utilisateur d'une œuvre ou d'une prestation, les moyens nécessaires pour pouvoir bénéficier des exceptions prévues à l'article 21, § 2, à l'article 22, § 1er, 4°, 4°*bis*, 4°*ter*, 4°*quater*, 8°, 10°, 11°, et 13°, à l'article 22*bis*, § 1er, alinéa 1er, 1° à 5°, et à l'article 46, 3°*bis*, 3°*ter*, 7°, 9°, 10° et 12°, lorsque celui-ci a un accès licite à l'œuvre ou à la prestation protégée par les mesures techniques [...] ».

loi au profit du public[2680]. C'est ainsi que l'auteur reçoit la liberté de sauvegarder, de manière volontaire[2681] les limites et les exceptions ou de les écarter, en régulant la distribution de ses œuvres de manière contractuelle ou à la demande[2682].

Ce mouvement de « private ordering » dans l'exercice des exceptions est conjoint aux trois directives européennes relatives aux droits d'auteur. Les trois directives font ainsi ressortir la figure de l'utilisateur légitime, c'est-à-dire d'un personnage bénéficiant d'un « accès licite » (société de l'information), bénéficiaire d'un « contrat de licence » (bases de données) ou ayant acquis une copie (logiciel). L'idée est de « conditionner le bénéfice des exceptions en fonction de l'accès à l'œuvre ». Cette logique permet « l'expansion du contrôle de l'auteur sur les conditions d'accès à l'œuvre et sur le bénéfice des exceptions »[2683]. Ainsi, cette notion d'utilisateur légitime se déploie à deux niveaux : « elle suivrait les contours du droit d'auteur au niveau de la détermination du bénéfice d'une exception dans le droit d'auteur ; elle s'abandonnerait à la détermination de l'auteur au niveau de la couche de protection technique »[2684].

Cette « autoréglementation » des exceptions et des limites du droit d'auteur marque un recul par rapport à la protection du droit à la culture. Désormais, tout fonctionne à peu près comme si les exceptions au droit d'auteur, qui constituent autant de « droits contextualisés » du droit à la culture, ne sont plus des exceptions que l'auteur « ne *doit* pas empêcher, pour diverses raisons sociales et culturelles »

(2680) S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, p. 460, n° 593.

(2681) *Ibid.*, n° 213.

(2682) Voy. art. 6(4) Directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information : « Les dispositions des premier et deuxième alinéas *ne s'appliquent pas aux œuvres ou autres objets protégés qui sont mis à la disposition du public à la demande selon les dispositions contractuelles convenues entre les parties* de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement » (nous soulignons).

Voy. art. 79*bis* LDA : « Le § 2 *ne s'applique pas aux œuvres et prestations qui sont mises à la disposition du public à la demande selon des dispositions contractuelles entre parties*, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ». S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, n° 222.

(2683) S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, p. 457, n^{os} 587-588.

(2684) *Ibid.*, p. 459, n° 590.

mais deviennent des exceptions qu'il *peut* contrer, pour des motifs techniques ou économiques[2685]. En conséquence, « la réservation des utilisations normalement couvertes, en droit d'auteur, par une exception au droit exclusif est systématiquement autorisée par les dispositions anti-contournement »[2686]. La directive et la loi belge de transposition confirment que « les exceptions ne sont une limite ni aux dispositifs techniques enserrant les œuvres ni à la protection légale de ceux-ci, mais deviennent soumises à la décision des titulaires de droits d'auteur et de droits voisins »[2687].

857. Au-delà de l'autoréglementation par le titulaire de droits des exceptions légales, d'autres mécanismes viennent remettre en question le bénéfice des exceptions.

D'abord, les dispositions communautaires ou belges qui assurent une protection des exceptions dans le cadre des mesures techniques ne reprennent qu'une série limitée d'exceptions opposables aux mesures techniques[2688]. Ainsi, la loi de transposition belge exclut de l'article 79*bis* LDA la copie privée des exceptions pouvant être opposées aux mesures techniques[2689].

Ensuite, le bénéficiaire d'une exception couverte par la directive ou par l'article 79*bis* de la LDA ne peut exiger des ayants droit la mise en œuvre de dispositifs assurant l'exercice des libertés prévues dans les exceptions que lorsqu'il bénéficie déjà d'un « accès licite » à l'œuvre – c'est-à-dire un accès autorisé par l'auteur (voy. *supra* sur

(2685) *Ibid.*, p. 531, n° 670.

(2686) *Ibid.*, p. 532, n° 687.

(2687) *Ibid.*, p. 582.

(2688) Et la loi de transposition comporte en sus, des erreurs matérielles, notamment des oublis dans les renvois à des exceptions pourtant protégées dans l'article 87*bis*, qui protège les droits voisins.

(2689) Un arrêté royal peut cependant être adopté afin de permettre d'opposer aux mesures techniques la copie privée.

L'impact est important : les mesures techniques peuvent entraver le bénéfice des exceptions non reprises dans l'article 79*bis* de la LDA et donc le bénéfice de l'exception de copie privée. Le sort des exceptions non reprises dans l'article 79*bis* de la LDA est fragile. Selon Séverine Dusollier, le contournement effectué pour bénéficier d'une exception non reprise dans l'article 79*bis* LDA ne devrait pas être punissable : si le titulaire de l'exception bénéficie de ressources techniques adéquates, il pourrait exercer son exception. Selon cette même auteure, un recours devant les tribunaux pour violation de l'intérêt juridique consacré par l'exception devrait être envisageable, mais « la question reste ouverte », *ibid.*, p. 573.

la réservation par l'auteur) –[2690]. Ainsi, lorsqu'il n'y a pas d'accès licite, en droit communautaire, la sanction du contournement sera appliquée même si ce contournement visait l'exercice d'une exception légale[2691]. En conclusion, il est établi que, en droit belge comme en droit communautaire, l'exception ou la limitation au droit d'auteur ne peut, à elle seule, justifier la levée de la réservation.

Par ailleurs, le système de protection des exceptions dans le cas d'accès licite est exclu lorsque l'auteur use de son pouvoir de contrôle de l'accès aux œuvres par la voie de dispositions contractuelles régissant la mise à disposition à la demande[2692].

Enfin, le système de protection des exceptions doit subir le « triple test » (les exceptions imposées par les États ne peuvent pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et ne peuvent pas porter de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur). La directive européenne élève ce test du statut de cadre général international pour les législateurs[2693] à celui de condition d'exercice des exceptions. Dès lors, la légalité et la prévisibilité des exceptions sont remises en question, et sont soumises, au cas par cas, à

(2690) Ainsi, l'article 79*bis*, § 2 prévoit que « [l]es ayants droit prennent dans un délai raisonnable des mesures volontaires adéquates, y compris des accords avec les autres parties concernées, afin de fournir à l'utilisateur d'une œuvre ou d'une prestation, les moyens nécessaires pour pouvoir bénéficier des exceptions [...] *lorsque celui-ci a un accès licite à l'œuvre ou à la prestation protégée par les mesures techniques* » (nous soulignons). Cette condition est identique à celle établie dans la directive.

(2691) L'article 6(4) tente bien de restaurer l'application des exceptions mais « nonobstant la protection juridique » des mesures techniques : la réservation par la technique de l'œuvre n'est pas concernée par cette disposition (S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, n^os^ 218 et s. et p. 532, n° 687).

(2692) Ainsi, l'article 79*bis*, § 3 LDA prévoit que ce système « *ne s'applique pas* aux œuvres et prestations qui sont mises à la disposition du public *à la demande selon des dispositions contractuelles* entre parties, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ». La directive européenne exclut pareillement la protection des exceptions dans ces cas d'exercice du droit « de mise à disposition du public » (nous soulignons). Voy., sur l'interprétation de ce droit, S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, n^os^ 222 et s. ; L. Bodson, « Droit de communication et webcasting : le droit de mise à disposition du public face à l'interactivité », *R.D.T.I.*, 2005, n° 1, pp. 7-23.

(2693) Voy., sur le triple test, S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, pp. 425-461, n^os^ 558-593.

une appréciation concrète par le juge[2694]. Le législateur belge a, quant à lui, très clairement refusé de transposer cet axe de la directive. Ainsi, l'exposé des motifs indique que le triple test s'adresse avant tout au législateur, que les exceptions légales sont réputées satisfaire au test des trois étapes et que ce test ne peut être qu'une « ligne directrice pour les cours et tribunaux lors de l'application de la loi »[2695].

858. En conclusion, il y a bien une « primauté de principe des mesures techniques sur les exceptions »[2696] qui constitue un recul dans la protection du droit à la culture. Certes, dans la directive comme dans la loi belge, l'adoption par les titulaires de droits de mesures volontaires permettant l'exercice des exceptions est fortement encouragée et, dans certains cas, les auteurs peuvent être poursuivis en justice s'ils ne mettent pas en œuvre des mécanismes destinés à garantir le bénéfice des exceptions. Toutefois, les titulaires de droits restent tout à fait libres quant au contenu des mesures, dont il est simplement prévu qu'elles doivent être « adéquates »[2697].

B. **Les mesures compensatoires**

859. Le législateur belge et communautaire a tenté de rétablir l'équilibre en adoptant des mesures destinées à permettre l'exercice des exceptions malgré les mesures techniques.

860. Ainsi, comme on l'a déjà dit, les ayants droit sont encouragés à prendre des mesures volontaires permettant l'exercice des exceptions. La possibilité d'un recours judiciaire pour les bénéficiaires des exceptions donne à cet « encouragement » la forme d'une obligation : si rien n'est mis en œuvre par le titulaire de droits, il s'expose à un recours.

(2694) Au sens de la directive, les exceptions légales seraient ainsi conditionnées à une appréciation concrète, et forcément contingente, de la part du juge C'est également la voie suivie par la Cour de cassation française et par le Conseil constitutionnel français (Cons. Const. déc. n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, pt 37 ; Cass. fr., 28 février 2006 ; S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, n° 558, pp. 440-441, n° 563).

(2695) Projet de loi, exposé des motifs, commentaire de l'article 4.

(2696) S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, p. 572.

(2697) *Ibid.*, p. 564.

L'article 87*bis* de la Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins permet en effet aux bénéficiaires des exceptions (tout intéressé), aux groupements professionnels intéressés et au ministre ayant le droit d'auteur dans ses attributions d'introduire une action devant le tribunal de première instance à l'encontre des titulaires de droits pour réclamer le bénéfice des exceptions. Cette action, qui ressemble à une action en cessation, donne au président du tribunal de première instance le pouvoir d'enjoindre les ayants droit à prendre des mesures adéquates pour que soit assuré le bénéfice des exceptions. Le président ne peut pas exiger la cessation des mesures techniques, mais bien la mise en œuvre de procédés qui permettent le bénéfice des exceptions. Comme le souligne Séverine Dusollier, de nombreuses questions subsistent quant à l'étendue du pouvoir d'injonction du président du tribunal et quant à sa portée réelle, à l'heure où les dispositifs de protection des œuvres échappent souvent, à la fois matériellement et territorialement, au contrôle des ayants droit[(2698)].

861. Une deuxième mesure compensatoire doit être trouvée dans l'article 79*bis*, § 4 de la loi sur les droits d'auteur. Cette disposition exige que les mesures techniques n'entravent pas l'utilisation de l'œuvre conformément à leur destination normale. Ainsi, les mesures techniques ne peuvent pas rendre inaudible ou invisible une œuvre. Un recours est également institué pour contrecarrer les interférences avec les mesures techniques. Ce recours permet au juge compétent d'obliger les titulaires de droits à rendre les mesures techniques compatibles avec l'utilisation normale de l'œuvre. Selon Séverine Dusollier, il s'agit ici d'une création d'une « véritable limitation à la deuxième strate de protection des œuvres [par les mesures techniques] »[(2699)].

862. Enfin, plus généralement, on pourrait se demander si le recul dans la réalisation du droit d'accéder à la culture n'est pas compensé par le renforcement de la liberté artistique par cette insistance sur les droits d'auteur. Encore faudrait-il prouver que la protection des mesures techniques et ses conséquences renforcent réellement la liberté artistique.

(2698) *Ibid.*, p. 565.
(2699) *Ibid.*, p. 567.

863. À notre sens, dans son principe même, l'ampleur de la réservation réalisée au bénéfice de l'auteur par les dispositions anti-contournement est de nature à être qualifiée de recul pour le droit à la culture. Il en est de même pour les restrictions imposées aux bénéficiaires des exceptions au droit d'auteur, qui ne semblent pas être adéquatement compensées.

§4. *L'application du principe de* standstill *aux coupes budgétaires massives dans les budgets de la culture*

864. Une question encore non résolue est celle de savoir si l'obligation de *standstill* pourrait s'appliquer dans des cas de restrictions budgétaires massives. On sait que la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État intègrent dans les « motifs d'intérêt généraux » qui peuvent justifier un recul sensible des motifs économiques et budgétaires. Mais dans quelle mesure ces motifs pourraient venir justifier des réductions de budget telles qu'elles impliqueraient des reculs massifs dans la réalisation du droit à la culture ?

865. *Quid*, par exemple, en cas d'un scénario similaire au cas néerlandais qui, dans la foulée de politiques d'austérité, a réduit drastiquement le budget total accordé à la culture (200 millions d'euros d'économie sur les 900 millions existants auparavant) abandonnant ainsi certains secteurs et institutions culturels[(2700)] ? À notre estime, sauf à considérer le principe de *standstill* comme une simple obligation de motivation formelle, de telles restrictions budgétaires constituent bel et bien des violations de l'obligation de *standstill* en raison du recul substantiel qu'elles occasionnent dans la réalisation du droit à la culture.

(2700) Voy., sur les restrictions budgétaires drastiques affectant les politiques culturelles aux Pays-Bas et dans d'autres pays européens, Larry Rohter, « In Europe, Where Art is Life, Ax Falls on Public Financing », New York Times, 24 mars 2012 ; H. Anheir et Y. Raj Isar, *Culture and Globalization. Cities, Cultural policies and Governance*, London, SAGE Publication, 2012, p. 151.

§5. *Quel rôle pour le* standstill *dans la remise en question des politiques culturelles par le droit économique international ?*

866. L'appréhension par le biais du *standstill* des obstacles qui se posent aujourd'hui au droit à la culture est aisée dans un certain nombre de cas, comme les restrictions à l'affichage, qui ont tendance à conférer un monopole de fait pour certaines compagnies d'information culturelle, privant ainsi d'autres intermédiaires d'assurer une information culturelle plus variée sur l'ensemble du territoire qui favoriserait la liberté de choix. On pense également à certaines formes d'entraves dans la liberté de choix, à l'occasion de mécanismes d'aide à l'accès à la culture, qui restreignent les possibilités de choix.

Mais la question la plus polémique à l'égard du droit à une culture diversifiée est la suivante : dans quelle mesure la soumission de la culture aux accords commerciaux internationaux ne restreint pas globalement la liberté de choix des individus en matière culturelle, en excluant l'intervention de l'État pour soutenir une certaine hétérogénéité culturelle ? Doit-on considérer, de manière générale, que la libéralisation des biens et services culturels et l'exclusion progressive de l'intervention publique dans ces domaines entraîne une régression dans l'accès à la diversité des biens et services culturels ? Quels seraient les effets d'une rencontre entre l'obligation de *standstill* déduite du droit à la culture et ce mouvement de libéralisation progressive du secteur culturel ?

867. À défaut de règle spécifique expressément stipulée, les biens et services culturels et les politiques culturelles sont progressivement soumis aux grands principes de la libéralisation du commerce et de la concurrence. Cette soumission du droit des politiques culturelles aux règles du marché peut avoir des conséquences néfastes sur la liberté de choix. Elle peut également avoir des conséquences importantes sur le maintien de services publics culturels et sur leur légitimité[(2701)].

(2701) E. Defreyne et F. Jongen, « Quelle légitimité pour le service public de l'audiovisuel ? », in *Le service public. Passé, présent et avenir I*, H. Dumont, P. Jadoul, B. Lombaert, F. Tulkens et S. van Drooghenbroeck (dir.), Bruxelles, la Charte, 2009, pp. 297-325.

Cette soumission des biens et services culturels à la libéralisation du commerce n'est pas totale. Il existe en effet des mécanismes particuliers pour ces biens « ambivalents ».

D'abord, l'« exception culturelle » et les « exemptions » établies au sein de l'O.M.C. permettent un traitement particulier de ces biens. Rappelons que l'article IV du GATT combiné avec l'art. III, § 10, autorise la création par les États de contingents à l'écran favorisant la projection des films d'origine nationale. Toutefois, les États ne peuvent élaborer de contingents à l'importation (art. XI, § 1). De plus, l'article III, alinéa 8, (b) prévoit « une exception au principe du traitement national pour les aides directes (notamment au cinéma) versées sous forme de subventions aux producteurs nationaux ainsi que versées sous forme d'achat de produits nationaux par l'Administration »[(2702)]. Par ailleurs, l'article XX du GATT permet également certaines restrictions à la commercialisation et à l'importation de certains biens culturels pour protéger la protection de la moralité publique (restrictions autorisées de films violents…) et pour protéger les « trésors nationaux »[(2703)] [(2704)]. En ce qui concerne les services culturels, l'Accord Général sur le Commerce des Services (AGCS) ne prévoit, à défaut d'une exemption de son champ d'application, qu'une simple protection temporaire établie sur une base volontaire en ce qui concerne les services audiovisuels[(2705)]. Enfin, l'accord de l'OMC sur les marchés publics ne laisse pas beaucoup de place pour la reconnaissance d'une spécificité culturelle, même

(2702) S. Louis, « Les aides nationales et communautaires à la culture, le droit européen de la concurrence et les règles de l'OMC », *Rev. Dr. ULg*, 2005, n° 4, p. 601.

(2703) Voy. art. XX du Gatt, §§ a) et f). Steve Louis mentionne également le paragraphe d), qui traite « des mesures nécessaires pour l'application des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec le GATT ». Pour cet auteur, « [c]ette exception autorise de façon explicite les mesures restrictives au commerce qui sont nécessaires pour assurer l'exécution de normes telles que la législation relative au droit d'auteur » (voy. S. Louis, « Les aides nationales et communautaires à la culture, le droit européen de la concurrence et les règles de l'OMC », *op. cit.*, p. 599.

(2704) Voy. L. Mayer-Robitaille, « Le statut ambivalent au regard de la politique communautaire de concurrence des accords de nature culturelle et des aides d'État relatives à la culture », *op. cit.*, pp. 477-503 ; L. Mayer-Robitaille, *Le statut juridique des biens et des services culturels dans les accords commerciaux internationaux*, *op. cit.*

(2705) Toutefois, l'Union européenne n'a pas souscrit d'engagement important en ce qui concerne les services.

si certains pays ont apporté, au-delà des exceptions générales[2706], des exemptions à leurs engagements afin de protéger certaines politiques culturelles[2707].

Au niveau européen, en principe, les règles relatives à la libre concurrence, y compris celles concernant les aides d'État, s'appliquent également en matière culturelle. Toutefois, les biens et services culturels bénéficient à certains égards d'un statut particulier et de la protection générale de l'article 167 du TFUE (qui prévoit que l'Union européenne « tient compte des aspects culturels dans son action au titre d'autres dispositions du présent Traité », « par exemple la politique de la concurrence, le marché intérieur ou la politique commerciale commune »)[2708]. Il faut également avoir égard dans cette matière aux exceptions applicables aux États membres détaillées aux articles 30 et 46 du Traité mais également

(2706) L'article XXIII du GPA de l'accord sur les marchés publics prévoit une exception générale à l'application du droit sur les marchés publics, qui ne concerne malheureusement pas la culture :

« Aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme empêchant une Partie quelconque de prendre des mesures ou de ne pas divulguer des renseignements si elle l'estime nécessaire à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité, se rapportant aux marchés d'armes, de munitions ou de matériel de guerre, ou aux marchés indispensables à la sécurité nationale ou aux fins de la défense nationale.

Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer, soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifié entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent accord ne sera interprété comme empêchant une Partie quelconque d'instituer ou d'appliquer des mesures nécessaires à la protection de la moralité publique, de l'ordre public ou de la sécurité publique, à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, ou à la protection de la propriété intellectuelle ; ou se rapportant à des articles fabriqués ou des services fournis par des personnes handicapées, ou dans des institutions philanthropiques, ou dans les prisons ».

(2707) Ainsi, les États-Unis ont exclu une application de l'accord GPA aux « set asides for small and minority businesses », qui concerne notamment l'artisanat : USA, Annex to Appendix 1, General Notes, Note 1. De plus, ils ont également obtenu une exception pour les marchés concernant les personnes handicapées ou encore pour les marchés publics visant à revaloriser certaines minorités. Le Canada a fait de même pour les minorités (Canada, Annex to Appendix 1, General Notes 1(d).). Les institutions européennes ont en réaction également adopté des limitations à leur engagement dans le GPA (C.E., CPA/IC/10, 16 janvier 1996, p. 8).

(2708) Résolution du Conseil du 21 janvier 2002 concernant la place de la culture dans la construction de l'Union européenne, *Journal officiel de la Communauté européenne*, n° C 32 du 5 février 2002, § 2.

aux articles 81 à 87 du Traité qui s'appliquent particulièrement aux biens et services culturels, notamment les articles 87, § 2, 87, § 3, et 86, § 2, en ce qui concerne les aides d'État. Ainsi, l'article 87, § 3, d), prévoit que peuvent être déclarées compatibles « les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans l'Union dans une mesure contraire à l'intérêt commun »[(2709)]. Par l'entremise de ces dispositions, les biens et services culturels peuvent être l'objet de dispositions et d'exceptions aux principes de libéralisation du secteur et sont protégés par la théorie jurisprudentielle relative aux exigences impératives et aux raisons impérieuses d'intérêt général de Luxembourg. Le statut particulier des biens et services culturels est également inscrit dans un Protocole sur les systèmes de radiodiffusion publique, dans le droit dérivé relatif à ces matières, surtout en ce qui concerne les activités de télévision et de radiodiffusion, qui comporte des dispositions autorisant la mise en place de politiques culturelles volontaires dans ce domaine.

868. Mais la portée de ces exceptions et exemptions doit être relativisée.

D'abord, parce que, au sein de l'OMC, la portée des exceptions et exemptions prévues reste relativement faible. Les articles XI et XX ne s'appliquent que si les politiques culturelles visées sont cohérentes, mises en œuvre de « bonne foi » et ne constituent pas des restrictions déguisées au commerce[(2710)]. L'Accord sur les subventions et mesures compensatoires (SMC), adopté pour préciser l'article XVI du GATT, établit trois catégories de subventions (prohibées si elles visent le soutien à l'exportation ou le soutien aux biens nationaux contre les biens importés, admissibles sous conditions si elles ne visent pas à soutenir spécifiquement un secteur ou des biens d'une origine déterminée et admissibles si elles

(2709) Voy., sur ces questions, L. Mayer-Robitaille, *Le statut juridique des biens et des services culturels dans les accords commerciaux internationaux, op. cit.* ; L. Mayer-Robitaille, « L'application de la politique communautaire de concurrence aux accords et aux aides d'État relatifs à l'audiovisuel », *op. cit.* ; S. Nikoltchev et F. J. C. Blaquez, « Aides nationales à la production cinématographique : caractéristiques et tendances juridiques », *Iris Plus, Observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel*, 2001, n° 4.

(2710) S. Louis, « Les aides nationales et communautaires à la culture, le droit européen de la concurrence et les règles de l'OMC », *op. cit.*, p. 599.

ne portent pas atteinte aux intérêts des membres du GATT). Ainsi, il semble que, dès qu'un État peut faire la preuve de la spécificité de la subvention et de son caractère discriminatoire, ainsi que du préjudice pour son économie nationale, celle-ci doit être considérée comme étant contraire au droit de l'OMC. Par ailleurs, la portée de l'article III, 8, b) a été limitée au sein de l'OMC : des subventions accordées par le Canada à des périodiques canadiens ont fait l'objet du premier litige concernant la culture(2711). Parce qu'elles n'étaient pas configurées comme des « dépenses financées sur le budget de l'État », ces subventions n'ont pu bénéficier de l'exemption prévue par l'article III, alinéa 8, (b), du GATT.

Ensuite parce que, au sein de l'Union européenne, au-delà des quelques exceptions consacrées, les biens et services culturels sont soumis en principe aux articles 28 et 49 du Traité, aux règles de libre concurrence (articles 81 et 82), à l'interdiction des ententes, des abus de position dominante (articles 85-86) et à la prohibition des aides d'État.

Dès lors, en principe, l'action de l'État devrait être limitée dans le secteur culturel. Cette limitation de l'action de l'État dans ce secteur affecterait le niveau de réalisation de la liberté de choix puisque certaines formes culturelles ne subsistent qu'avec son soutien. Par ailleurs, cette limitation – voire exclusion – du rôle de l'État affecterait également le droit à une culture diversifiée.

869. Ces reculs peuvent-ils être appréhendés à l'aune du principe de *standstill* ? Alors que l'on a vu, tout au long des développements qui précèdent, que le droit à la culture participait à relégitimer des politiques culturelles et à ancrer celles-ci dans le droit des droits fondamentaux (ce qui les protège d'une certaine manière d'une remise en question par le droit économique international), quel peut être le rôle du principe de *standstill* dans ce débat ?

870. Si le conflit est traité au plan interne, le juge interne a, à notre sens, une certaine latitude pour appliquer l'obligation de *standstill* déduite du texte constitutionnel.

(2711) *Canada – Certaines mesures affectant les périodiques*, WT/DS31/R et WT/DS31/AB/R. Des subventions octroyées au profit des seuls quotidiens canadiens ont été contestées par les USA.

La transposition de directives libéralisant le secteur culturel et empêchant le bon déroulement de politiques culturelles nationales devrait pouvoir être contestée via le principe de *standstill* lié au droit à la culture. Les normes internes de transposition pourraient ainsi être attaquées sur la base du droit à la culture et du principe de *standstill* qui l'accompagne.

871. Au sein de l'Union européenne, on pourrait imaginer que des politiques culturelles soient attaquées via un recours intenté devant la Cour de justice de l'Union européenne pour violation du droit européen par la Belgique. Sur ce point, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne reste ambigüe. Certaines décisions semblent encourageantes(2712), mais la Cour exclut toujours nombre de mécanismes de soutien à la culture, dès qu'ils déploient des effets économiques trop importants. Sauf pour ce qui concerne l'audiovisuel et ses enjeux économiques, les institutions européennes font preuve d'une certaine mansuétude, liée à l'article 167 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, comme en attestent les décisions européennes relatives à la politique du livre(2713), de télévisions locales(2714), ou le statut fiscal et social des artistes(2715).

(2712) C.J., arrêt *Union de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA)* du 5 mars 2009, C-222/07 et C. Romainville, « Arrêt 'UTECA' : le soutien à la production culturelle dans une langue déterminée », *Journal de droit européen*, octobre 2009, n° 161, pp. 209-213.

(2713) Résolution du Conseil concernant l'application des systèmes nationaux de fixation du prix du livre, *J.O.C.E.*, C 73 du 6 mars 2001, p. 5 ; Décision de la Commission du 10 juin 1998, *CELF c. SIDE*, *J.O.C.E.*, L 44 du 18 février 1999, p. 37.

(2714) Belgique – N 548/2001 – Aide d'État en faveur des télévisions locales dans la Communauté française, décision adoptée le 13 février 2002, *J.O.C.E.*, C 150 du 22 juin 2002, p. 7.

Cette affaire concernait les aides octroyées par le gouvernement de la Communauté française de Belgique aux douze télévisions locales de la Communauté française : un soutien financier de 3,27 millions € pour l'accomplissement de leur mission de service public. La Commission a conclu que les coûts liés au service public que devaient supporter les chaînes de télévision locales étaient compatibles avec le Traité.

(2715) J.-C. Barbato, « Le droit communautaire et le statut juridique de l'artiste en droit français », *R.A.E.-L.E.A.*, 2006, n° 4, pp. 657-666 et la thèse de ce dernier (J.-C. Barbato, *La diversité culturelle en droit communautaire. Contribution à l'analyse de la spécificité de la construction européenne*, *op. cit.*).

Voy., sur l'attitude « conciliante » des institutions européennes à l'égard du droit français, C.J., 15 juin 2006, *Commission c. France*, aff. 255/04, *Rec.* p. I-5251.

Mais cette mansuétude reste fragile et précaire, même si elle est désormais juridiquement soutenue par l'article 167 du TFUE, par la Charte des droits fondamentaux et par la Convention sur la diversité des expressions culturelles.

872. Enfin, si d'aventure une plainte était dirigée sur la base du droit de l'OMC contre les politiques nationales belges, elle serait instruite au sein de l'OMC. Or, dans cette organisation, l'impact de l'invocation du droit à la culture ou de la Convention sur la diversité culturelle risque d'être faible voire inexistant.

873. Dans ce débat, l'on ne saurait que suggérer, au crépuscule de notre thèse, une prise en compte de l'impact de la libéralisation sur la protection et la réalisation du droit à la culture. Quel que soit le lieu où ce débat se déroulera, il faudra, à notre sens, prendre au sérieux le droit à la culture et ses effets, notamment incarnés dans le principe de *standstill*.

Conclusions du Chapitre II

874. Au sein de ce dernier chapitre, ce sont les voies d'une consolidation de l'application du principe de *standstill* au droit à la culture qui ont été explorées. Cette exploration s'est réalisée en deux étapes.

875. Dans une première étape, nous avons procédé à une construction de balises d'évaluation du droit à la culture en partant du droit des droits fondamentaux.

Ensuite, une série d'indicateurs permettant d'identifier les reculs et les progrès dans la réalisation des obligations de l'État ont été précisés. Ces indicateurs ont été construits en croisant les obligations déduites du droit à la culture avec les quatre niveaux d'analyse désormais utilisés pour créer des indicateurs des droits fondamentaux.

876. Dans une seconde étape, l'on a essayé d'appréhender une série de cas d'application du principe de *standstill* au droit à la culture en partant des indicateurs développés. Le but était

Voy. cependant C.J., 18 janvier 1979, *Ministère public et « Chambre syndicale des agents artistiques et impresarii de Belgique » ASBL c. Willy van Wesemael e.a.*, aff. jtes. 110 et 111/78, *Rec.* p. 35.

d'identifier des régressions pour lesquelles une application du principe de *standstill* pourrait être envisagée.

Ces exemples ont montré que le *standstill* pouvait jouer un rôle protecteur du droit à la culture et des politiques culturelles qui l'accompagnent à plusieurs niveaux. D'abord, à l'intérieur d'une réglementation très précise, il joue le rôle d'un « cliquet » permettant de sauvegarder des mécanismes protecteurs du droit à la culture, évitant qu'une obligation ne se transforme en faculté de protéger le patrimoine. Ensuite, sur le plan d'une politique plus globale, visant à faire advenir l'accès à la culture à l'école, le *standstill* peut mettre en lumière les reculs advenus dans la réalisation d'un droit universel d'accéder à la culture à l'école en les mettant en balance avec deux mécanismes *ad hoc* visant à opérer des compensations par rapport à ces reculs. Dans un troisième exemple, on a vu que le *standstill* oblige à réaliser des équilibres entre des obligations déduites de plusieurs droits fondamentaux très proches, voire de plusieurs composantes du droit à la culture, en soulignant les régressions intervenues dans le droit d'accéder au domaine public et dans le droit d'accès aux œuvres dans les limites des exceptions du droit d'auteur.

Enfin, de manière plus générale, l'on s'est interrogé sur le rôle que pouvait jouer le *standstill*, mécanisme interne de protection des droits fondamentaux, en tant que garantie des politiques culturelles dans un contexte où celles-ci sont fondamentalement remises en question par des règles dépassant le cadre national. C'est ainsi que l'exploration du régime juridique du droit à la culture se clôt sur une série d'interrogations quant au rôle que peut jouer ce droit protégé par le principe de *standstill* dans la protection de politiques culturelles remises en cause par la libéralisation et à la mise en concurrence des secteurs culturels.

CONCLUSIONS DE LA TROISIÈME PARTIE

877. Le principe de *standstill* est apparu, tout au long de cette troisième partie, particulièrement fécond pour le droit à la culture. Pourtant, ce principe n'a été appliqué qu'à de très rares occasions au droit à la culture, ce qui n'a pas manqué de nous étonner mais qui est sans nul doute explicable par l'imprécision qui caractérisait le droit à la culture.

878. L'application du principe de *standstill* au droit à la culture souffre de bon nombre de difficultés qui, sans être incontournables, expliquent cependant en partie l'insuccès de la combinaison de ce principe au droit à la culture auprès des plaideurs, des juges et d'une grande partie de la doctrine.

En ce qui concerne le champ d'application matériel du principe de *standstill*, force est en effet de constater que certaines obligations induites du droit à la culture restent trop imprécises pour que l'interprète puisse discerner avec précision le niveau de protection qu'elles requièrent. Pour le champ d'application personnel du principe de *standstill*, l'inadéquation de la répartition des compétences culturelles apparaît de nouveau comme étant des plus problématiques. En effet, alors que nombreuses sont les situations dans lesquelles la répartition des compétences est violée de manière structurelle, il semble que les reculs dans le niveau de protection du droit à la culture établi par ces situations échapperont dans une large mesure à une appréhension en termes de *standstill*. Une autre problématique a surgi quant au champ d'application personnel du principe de *standstill* : elle concerne le manque de balises dans les délégations opérées aux associations culturelles dans l'exécution de missions d'intérêt général, qui complique l'appréciation des reculs dans le chef des pouvoirs publics. Quant au champ d'application temporel de l'obligation de *standstill*, il est déterminé par une référence à la théorie du point mobile.

La portée du principe de *standstill* induit du droit à la culture est identique à celle induite d'autres droits : elle est relative et soumise

à l'exigence de recul sensible que l'on n'a pas manqué de contester bien qu'elle fasse désormais l'objet d'un consensus jurisprudentiel certain. Mais les réels obstacles à un déploiement adéquat de l'obligation de *standstill* induite du droit à la culture résultent de l'absence d'évaluation législative du droit public de la culture et du défaut d'indicateurs relatifs au droit à la culture. Puisque ces deux éléments procéduraux sont inhérents à l'obligation de *standstill*, force est de constater la fragilité des tentatives d'évaluer le respect du principe de *standstill* dans le cadre du droit à la culture.

879. Pour dépasser cette fragilité, nous avons tenté, dans un second chapitre prospectif, de poser les balises d'une évaluation législative systématique des politiques culturelles à l'aune du droit à la culture et de formuler des indicateurs pour le droit à la culture. Ensuite, dans quatre cas, les potentialités du principe de *standstill* pour le droit à la culture ont été explorées. Ce dernier chapitre s'est conclu sur une interrogation sur l'apport de ce principe et du droit à la culture dans la défense des politiques culturelles face aux prétentions de libéralisation du secteur culturel. Dès lors que les politiques culturelles sont ancrées dans le droit à la culture, nous avons l'intuition que le principe de *standstill* peut, s'il est accompagné d'un développement du droit procédural des politiques culturelles (évaluation et indicateurs) et d'une précision des autres effets du droit à la culture (intangibilité, noyau dur, dimension objective), devenir un axe de défense et de refondation des politiques culturelles, notamment au plan européen. Il nous apparaît impérieux de développer ultérieurement cette intuition, car celle-ci n'a pas pu être explorée à sa juste valeur dans la présente thèse.

CONCLUSIONS

880. *Le droit à la culture : un droit rétif à l'analyse juridique*. Longtemps, le droit à la culture a été pensé en termes exclusivement politiques. En témoigne le nombre très restreint d'études juridiques qui lui ont été consacrées et la quasi-absence de jurisprudence le concernant. Les rares analyses doctrinales ou jurisprudentielles lui ont souvent, implicitement ou explicitement, dénié toute forme de justiciabilité, voire, plus radicalement, de juridicité. Certaines études contemporaines évoquent d'ailleurs toujours encore son insaisissabilité au plan juridique(2716), son « caractère incitatif et non-contraignant »(2717) ou ses attributs « qui en font un droit de la seconde génération, non-contraignant quant à l'exécution de ses modalités, tout en proposant une toile de fond pour l'élaboration de politiques et de lois »(2718).

Cette exclusion du droit à la culture hors de la sphère du droit et des droits fondamentaux, pouvait, dans une certaine mesure, se comprendre tant le droit à la culture demeurait un droit flou, aux contours imprécis et incertains. Le droit à la culture a en effet été négligé dès sa consécration par les rédacteurs de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui ne lui ont consacré que quelques réflexions bien parcellaires. Par ailleurs, les notions mobilisées dans les normes internationales pour définir ce droit sont vagues et restent profondément insatisfaisantes sur le plan juridique. Enfin, l'éclatement des sources formelles du droit à la culture entre les instruments consacrés aux droits de la première et de la deuxième génération, entre les instruments relatifs aux droits de l'homme et aux politiques culturelles et entre des instruments universels et des instruments catégoriels, a conduit à une dissémination des éléments du droit à la culture. Cette dissémination a compliqué l'appréhension

(2716) E. Jakhian, « Constitution et culture : une rencontre incertaine », *op. cit.*, pp. 679.

(2717) E. Guigou, *Exclusion sociale et pauvreté en Europe*, Paris, La Documentation française, 2001, p. 67.

(2718) G. Azzaria, *La filière juridique des politiques culturelles*, Québec, Presses de l'Université de Laval, 2006, p. 44.

de ce droit en tant que droit fondamental cohérent. Le sort qui lui a été réservé dans les textes nationaux n'a pas été plus glorieux. « [C]onsacré comme par inadvertance »[(2719)] en droit constitutionnel français, sa formulation a été bâclée en droit constitutionnel belge. En outre, le caractère nécessairement général et englobant des premières études qui lui ont été consacrées en droit international n'a pas permis de dissiper toutes les incertitudes qui affectaient sa juridicité.

L'idée selon laquelle le droit à la culture restait – ou devait rester – hors du droit ou, à tout le moins, hors de la sphère des droits justiciables, puisait ses racines dans un postulat conceptuel : fondamentalement, la culture serait un objet rétif à l'analyse juridique et, plus particulièrement, à une appréhension en termes de droits fondamentaux. Cette disqualification du droit à la culture comme droit fondamental trouvait également une assise dans la contestation au plan éthique de la légitimité des politiques culturelles, alors qu'elles sont essentielles à la réalisation du droit à la culture.

881. *Le droit à la culture : un droit aux racines profondes*. Afin de démontrer la juridicité et la justiciabilité du droit à la culture, la présente thèse s'est d'abord attaquée aux soubassements théoriques de l'exclusion du droit à la culture hors de la sphère juridique. La première partie, après une exploration du concept de culture, a permis de dégager une acception de la culture maniable par le droit et spécialement par le droit des droits fondamentaux. Cette première partie s'est également attachée à démontrer la légitimité des politiques culturelles, en écartant la neutralité libérale au profit d'une justification de ces politiques axée autour de la diversité culturelle, de son importance pour la justice, pour la construction des individus et du lien social.

882. *Le droit à la culture : un droit fondamental*. Nous avons démontré, dans les deuxième et troisième parties, que le droit à la culture, à condition d'être précisé comme nous l'avons proposé, constitue un droit fondamental au sens juridique. En effet, le droit à la culture, tel que nous l'avons défini, déploie les huit caractéristiques des droits fondamentaux que l'on a rappelées dans l'introduction générale.

(2719) J.-J. Sueur, « Régénération des droits de l'Homme et/ou consécration de droits nouveaux ? », in *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Paris, P.U.F., 1996, p. 139.

Dans un premier temps, il a été démontré que le droit à la culture traduit des valeurs éthiques au plan juridique : émancipation des individus, renforcement du lien social, travail sur le sens des expériences humaines et sociales, construction d'un authentique espace public auquel tous peuvent participer. Deuxièmement, on a identifié les sources juridiques de ce droit, qui est reconnu dans des textes obligatoires, Troisièmement, le droit à la culture s'exerce sur un objet déterminé : la diversité des expressions culturelles et des patrimoines. Concernant cet objet, l'on a considéré que les identités culturelles ne constituent pas l'objet du droit à la culture, qui se « limite » aux expressions culturelles et aux pratiques artistiques, mais traversent ce droit en tant qu'*enjeux* de celui-ci. Quatrièmement, l'on a aussi déterminé que le droit à la culture a pour titulaires les individus et, exceptionnellement, certains groupes. Cinquièmement, il a été établi que les pouvoirs publics dans leur ensemble sont ses débiteurs. Par ailleurs, chaque collectivité fédérée, en Belgique, assume des obligations particulières par rapport à ce droit en fonction de ses compétences. Sixièmement, il a été démontré que le droit à la culture induit des attributs précis : la liberté artistique, le droit au maintien, au développement et à la promotion des cultures et des patrimoines, le droit d'accéder à la culture et à l'information culturelle, le droit de participer à la vie culturelle, la liberté de choix et le droit de participer à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques culturelles. Septièmement, l'on a déterminé que ces attributs impliquent des obligations de respecter, de protéger et de réaliser à charge des pouvoirs publics. Enfin, huitièmement, le droit à la culture présente une justiciabilité établie malgré la rareté des décisions jurisprudentielles qui lui sont consacrées. Les obligations découlant du droit à la culture présentent toutes un certain degré de juridicité.

883. *Le droit à la culture : un droit justiciable.* Le droit à la culture, comme nous l'avons défini, est un droit dont la justiciabilité est réelle même si elle varie selon les attributs de ce droit.

Pour certains de ses attributs, le droit à la culture bénéficie de l'effet direct au sens restreint. Il en est ainsi de l'obligation de respecter la liberté artistique et ses spécificités, de l'obligation de respecter l'accès à l'information en matière culturelle, de l'obligation de respecter l'égalité et la liberté d'association en matière culturelle.

Par ailleurs, certains attributs du droit à la culture déploient une contextualisation qui leur permet, dans une certaine mesure, de bénéficier de l'effet direct « au sens restreint » : il s'agit de l'obligation de protéger et de réaliser l'égalité en matière culturelle, de protéger et de réaliser la participation en matière culturelle et de protéger la liberté artistique et la participation à la culture contre les excès du droit d'auteur, de respecter l'égalité et la liberté d'association en matière culturelle. Ces obligations induites par le droit à la culture sont tellement précises, claires et déterminées par les textes belges qu'elles reconnaissent explicitement des droits subjectifs pour les particuliers ou qu'un juge a déjà, sans violer le principe de séparation des pouvoirs, reconnu qu'elles impliquent un tel droit. Par ailleurs, *de lege ferenda*, l'on a identifié une série d'attributs du droit à la culture qui pourraient se voir reconnaître un effet direct au sens restreint, *quod non*. Il s'agit du droit d'accès à l'information en matière culturelle protégée par le droit d'auteur et du droit d'accès aux patrimoines et aux cultures, même si les œuvres en question sont garanties par le droit d'auteur.

Les autres attributs du droit à la culture ne déploient qu'un effet direct « au sens large ». Pour ces attributs, l'obligation de *standstill* est déterminante. En effet, elle vient affiner le contrôle de compatibilité fondé sur le droit à la culture en tant que norme de référence en précisant cette dernière par rapport au plus haut niveau de protection du droit à la culture et en autorisant la comparaison entre ce niveau de protection et l'acte litigieux. Toutefois, l'application du principe de *standstill* au droit à la culture vient buter sur de nombreux obstacles qui ne lui permettent pas, à l'heure actuelle, de déployer toutes ses potentialités : le défaut d'évaluation législative systématique des politiques culturelles, l'absence d'indicateurs mesurant les reculs et les progrès dans la réalisation du droit à la culture et la procéduralisation insuffisante du droit à la culture sont quelques-uns des maux qui participent à l'ineffectivité de certains attributs du droit à la culture. Afin de dépasser ces difficultés, des balises pour une évaluation législative des politiques culturelles ainsi que des indicateurs ont été proposés.

884. *Le droit à la culture : un droit complexe*. Pour autant que l'on définisse le droit à la culture et son régime juridique comme nous l'avons suggéré, celui-ci doit être considéré comme un droit

fondamental justiciable. Force est cependant d'admettre qu'il reste un droit atypique et ambivalent. Son objet ne peut en effet être soumis à la rationalité juridique qu'au prix d'efforts conceptuels permanents. Par ailleurs, le juriste doit faire preuve de créativité face aux incessants exercices d'équilibriste que le droit à la culture impose pour concilier deux de ses principaux attributs : la liberté artistique et les exigences d'accès et de participation à la culture[2720]. Cette conciliation doit s'effectuer dans les principes légitimant et encadrant les politiques culturelles, mais aussi dans la définition de l'objet même de la culture à laquelle l'État donne accès et permet de participer. Elle devrait également s'effectuer dans un rééquilibrage des contrôles permettant de garantir la liberté artistique, l'accès et la participation du droit à la culture.

885. *Le droit à la culture : un droit fondateur*. Mais la complexité du droit à la culture et des enjeux qu'il charrie ne doit pas simplement être pensée en termes de difficultés pour l'interprète. Ces deux caractéristiques participent en effet aussi à la fécondité de ce droit, tant sur le plan juridique que pour les politiques culturelles en général.

La complexité du droit à la culture et de ses enjeux ouvre des horizons juridiques pour le droit à la culture que la présente thèse n'a pas épuisés, loin s'en faut. Ces nouveaux horizons concernent par exemple l'encadrement juridique à développer pour garantir le respect de la diversité culturelle dans la détermination des politiques culturelles, l'évaluation législative de la démocratisation culturelle et de la démocratie culturelle, le développement d'outils légaux permettant d'assurer de manière systématique l'accès et la participation à la culture tout en respectant la liberté de choix et la liberté artistique, le développement d'un système juridique plus adéquat aux spécificités de la culture et la construction d'un régime de protection spécifique de la liberté artistique, qui traduirait les fonctions particulières de celle-ci dans les sociétés démocratiques. Le droit à la culture offre également des pistes pour repenser la répartition des compétences culturelles à l'aune des obligations induites par ce droit.

(2720) Voy. H. Dumont, « Le droit à la culture, ou une liberté-autonomie et un droit-créance peuvent-ils se concilier dans une liberté-participation ? », *op. cit.*, pp. 221-247.

Le droit à la culture livre aussi de formidables perspectives pour les politiques culturelles en général. En ancrant ces politiques dans le droit des droits fondamentaux, ce droit peut en effet venir apporter une nouvelle légitimité à ces politiques voire contribuer à leur refondation. En effet, comme on l'a démontré, prendre le droit à la culture au sérieux implique nécessairement de respecter l'obligation de *standstill* que ce droit induit. Cette obligation impose qu'une évaluation systématique des politiques culturelles soit réalisée, que des indicateurs de réalisation du droit à la culture soient établis et qu'une procéduralisation plus importante du droit public de la culture soit initiée, afin de formaliser les décisions qui concernent le droit à la culture, de les rendre plus démocratiques et de permettre leur contrôle. Or, cette évaluation systématique, ces indicateurs et cette procéduralisation permettraient de mettre en valeur les politiques qui, au regard des exigences du droit à la culture, doivent être encouragées et défendues et les politiques qui, à la lumière de ces exigences, doivent être réorientées ou renouvelées. Gageons que de nombreuses politiques culturelles, qui aujourd'hui apparaissent désavouées et s'essoufflent, sortiraient valorisées d'une évaluation législative à la lumière du droit à la culture.

Le droit à la culture fournit également, *de minimis*, des possibilités de protection des politiques culturelles. En effet, ce droit, envisagé de manière complémentaire avec le principe de diversité culturelle, peut participer à la défense du service public culturel face à la libéralisation et à la marchandisation du secteur de la culture. Ainsi, il implique forcément un changement de perspective dans le débat idéologique de l'exception culturelle et de la diversité contre la libéralisation. En ancrant les politiques culturelles dans le droit des droits fondamentaux, le droit à la culture impose de repenser le conflit entre ces dernières et la libéralisation de la culture. Il apparaît alors nécessaire de reconsidérer cette rivalité en termes de conflits de droits fondamentaux (droit à la culture *versus* libertés économiques) et de conflits de Traités (traités relatifs aux droits de l'homme *versus* accords commerciaux internationaux). Sans que l'on ait pu, dans le cadre de cette thèse, déterminer exactement l'impact de l'ancrage des politiques culturelles dans le droit à la culture, espérons toutefois que le régime juridique du droit à la culture que l'on a construit pourra venir baliser les débats juridiques qui seront consacrés aux enjeux contemporains des politiques culturelles.

886. *Le droit à la culture : un droit tout à fait effectif ?* Maintenant que le droit à la culture est défini comme un droit fondamental, justiciable, complexe et fondateur, doit-on pour autant considérer que son effectivité est désormais assurée ?

Alors qu'il répond à un besoin essentiel de l'être humain, celui de participer à la construction du sens, force est cependant de constater que la fondamentalité de certaines composantes du droit à la culture, comme l'accès et la participation à la culture, n'a pas encore été réellement reconnue par un juge. Quant à la centralité du droit à la culture pour la lutte contre l'exclusion sociale – qui est aussi une exclusion culturelle –, elle n'a été reconnue qu'en catimini, par des arrêtés royaux annuels, en raison d'une répartition des compétences bien trop cloisonnée. Ainsi, l'effectivité du droit à la culture reste bien en deçà des potentialités qu'offrent sa reconnaissance et son régime juridique désormais balisé.

En démontrant la pleine juridicité du droit à la culture et en dessinant les contours du régime juridique de ce droit, la présente thèse a dépassé certaines des entraves qui se dressaient à l'encontre d'un respect, d'une protection et d'une réalisation satisfaisante du droit à la culture. Mais de nombreux obstacles subsistent, que l'on n'a pas pu approfondir dans le cadre de cette thèse. Pour les dépasser, il est tout à fait primordial que les pouvoirs publics compétents en matière culturelle ne se contentent pas de simplement évoquer ce droit mais en tirent toutes les conséquences juridiques, notamment en ce qui concerne l'évaluation des politiques culturelles. Par ailleurs, il semble nécessaire, au vu de la complexité et de l'importance du droit à la culture, de poursuivre la clarification juridique de ce droit et de préciser sa portée pour chaque politique culturelle. Il revient aux titulaires du droit à la culture, en particulier, et à la société civile, en général, de mobiliser ce droit. Et puis, n'est-il pas est urgent d'étudier l'impact du droit européen sur la réalisation de ce droit, à l'heure où les contours d'un droit européen de la culture se dessinent ?

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

ADER, T., « La mission culturelle et le regard sur la région dans les programmes imposés des chaînes de télévision », *Iris Plus Observations Juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel*, Strasbourg, Éditions 2006-08, www.obs.coe.int.

ADLER, A., « Inverting the First Amendment », *University of Pennsylvania Law Review*, avril 2001, Vol. 149, n° 4, pp. 921 et s.

ADLER, A., « Post-Modern Art and the Death of Obscenity Law », *The Yale Law Journal*, avril 1990, Vol. 99, n° 6, pp. 1359 et s.

ADLER, A., « The Art of Censorship. The Thirty-ninth Annual Edward G. Donley Memorial Lectures », *West Virginia Law Review*, 2000, Vol. 103, n° 2, pp. 205 et s.

ADLER, A., « The Perverse Law of Child Pornography », *Colum. L. Rev.*, mars 2001, Vol. 101, n° 2, pp. 209 et s.

ADLER, A., « What's Left ? Hate Speech, Pornography, and the Problem for Artistic Expression », *Cal. L. Rev.*, décembre 1996, Vol. 84, n° 6, pp. 1499 et s.

AKOUN, A., « Culture de classe », in *Encyclopédie philosophique universelle. Les notions philosophiques* « Philosophie occidentale : A-L », Tome II, AUROUX, S. (dir.), Paris, P.U.F., 1990, pp. 531 et s.

ALEN, A. et ERGEC, R., « Le principe de territorialité dans la jurisprudence belge et européenne, Un essai de synthèse », *J.T.*, 1998, n° 38, pp. 785 et s.

ALEN, A. et MUYLLE, K., *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2008.

ALEN, A. et PAS, W., « L'effet direct de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant », *J.D.J.*, 1995, liv. 144, pp. 164 et s.

ALMQVIST, J., *Human Rights, Culture and The Rule of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2005.

ALSTON, P. et QUINN, G., « The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *H. R. Q.*, 1987, n° 9, pp. 156 et s.

AN NA'IM, A. A., « To Affirm the Full Human Rights Standing of Economic, Social and Cultural Rights », in *Economic, Social and Cultural Rights in Practice*, GHAI, Y. et COTTRELL, J. (dir.), London, Interrights, 2004, pp. 7 et s.

APODACA, C., « Measuring the Progressive Realization of Economic and Social Rights », in *Economic Rights. Conceptual, Measurement, and Policy Issues*, HERTEL, S. et MINKLER, L. (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 165 et s.

ARAMBULO, K., *Strengthening the Supervision of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights : Theoretical and Procedural Aspects*, Antwerp, Intersentia, 1999.

ARENDT, H., *La crise de la culture. Huit exercices de pensée politique*, trad. fr. P. Lévy (dir.), Paris, Gallimard, coll. Idées, 1972.

L'ATELIER D'ESTHÉTIQUE, *Esthétique et philosophie de l'art. Repères historiques et thématiques*, Bruxelles, De Boeck, coll. Le point philosophique, 2002.

AUDET, C. et SAINT-PIERRE, D. (dir.), *Tendances et défis des politiques culturelles. Analyses et témoignages*, Québec, Presses de l'Université de Laval, coll. Chaire Fernand-Dumont sur la culture, 2009.

AUVRET-FINCK, J. et AUVRET, P., « Concrétisation et aménagement de la liberté d'expression sur internet en droit européen », in *Libertés, Justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Tome I, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 99 et s.

BABELON, J.-P. et CHASTEL, A., *La notion de patrimoine*, Paris, Éditions Liana Levi, 1994.

BAER, J.-M., « L'Europe, laboratoire controversé de la diversité culturelle », *Mouvements*, janvier- février 2005, n° 37, pp. 33 et s.

BADERIN, M. A. et MCCORQUODALE, R., « The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights : Forty Years of Development », in *Economic, Social and Cultural Rights in Action*, BADERIN, M. A. et MCCORQUODALE R. (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 3 et s.

BAILLEUX, A., « Les alliances entre libre circulation et droits fondamentaux, le flou au cœur de la jurisprudence communautaire », *J.D.E.*, 2009, n° 160, pp. 157 et s.

BALKIN, J. M., « Digital Speech and Democratic Culture : A Theory of Freedom of Expression for the Information Society », *N.Y.U. L. Rev.*, 2004, Vol. 79, n° 1, pp. 3 et s.

BALLE, F., « Culture de masse », in *Encyclopédie philosophique universelle. Les notions philosophiques* « Philosophie occidentale : A-L » - Tome II, AUROUX, S. (dir.), Paris, P.U.F., 1990, p. 532.

BARBATO, J.-C., *La diversité culturelle en droit communautaire. Contribution à l'analyse de la spécificité de la construction européenne*, Aix-en-Provence, Presses de l'Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2008.

BARBATO, J.-C., « Le droit communautaire et le statut juridique de l'artiste en droit français », *R.A.E.-L.E.A.*, 2006, n° 4, pp. 657 et s.

BARBE, V. et MILLET, F.-X., « Contribution à l'étude de l'effectivité de la constitutionnalisation en droit de l'environnement », *Rev. trim. dr. h.*, 2009, n° 78, pp. 467 et s.

BARON, E., « Les modes de gestion privée du service public culturel », *A.J.D.A.*, septembre 2000, n° spécial, pp. 131 et s.

BASTENIER, A. et LIÉNARD, G., « Un printemps pour l'éducation permanente ? », *La Revue Nouvelle*, novembre 2007, n° 11, Dossier *Où en est l'éducation permanente ?*, pp. 55 et s.

BAYART, C., SOTTIAUX, S. et VAN DROOGHENBROECK, S. (dir.), *Actuele topics discriminatierecht/Actualités du droit de la lutte contre la discrimination*, Brugge-Bruges, die Keure-la Charte, 2010.

BEAT GRABER, C., « Substantive Rights and Obligations under the UNESCO Convention on Cultural Diversity », in *Protection of Cultural Diversity from a European and International Perspective*, SCHNEIDER, H. et VAN DEN BOSSCHE, P. (dir.), Antwerp, Intersentia, 2008, pp. 141 et s.

BEAT GRABER, C., « The New UNESCO Convention on Cultural Diversity : A Counterbalance to the WTO », *J.I.E.L.*, 2006, n° 9, pp. 564 et s.

BECET, J. et VASAK, K., « De quelques problèmes des droits de l'homme de la fin du 20e siècle », in *Présence du droit public et des droits de l'Homme. Mélanges offerts à J. Velu*, Tome II, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 1179 et s.

BECOURT, D., « L'utilisation des œuvres et ses incidences sur les droits des auteurs », *Les Petites Affiches*, 26 mai 2000, n° 105, pp. 5 et s.

BEHRENDT, C., « Droits culturels et matières culturelles », in *Les droits culturels et sociaux des plus défavorisés*, VERDUSSEN, M. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 271 et s.

BELIN, E. et VAN CAMPENHOUDT, L., « Radio-télévision, espace public et vie quotidienne », in *Politique culturelle et droit de la radio-télévision*, DUMONT, H. et STROWEL, A. (dir.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1998, pp. 49 et s.

BELLEFLAMME, F., « Le Pacte culturel, son champ d'application et les conséquences pour les ASBL », in *A.S.B.L. et missions de services publics*, MARÉE, M. et T'KINT, P. (dir.), *Non Marchand. Les Dossiers d'ASBL Actualités*, 2008, Dossier n° 6, pp. 153 et s.

BENDER, D. et LEONE, B. (dir.), *Censorship. Opposing Viewpoints Series*, San Diego, Greenhaven Press, 1997.

BENDER, P., « Copyright and First Amendment after *Eldred v. Ashcroft* », *Col. J. L. & Arts*, 2006-2007, Vol. 30, pp. 349 et s.

BENEDICT, S. (dir.), *Public Money and the Muse. Essays on Government Funding for the Arts*, New York/London, W.W. Norton & Company, 1991.

BENHAMOU, F. « Diversité culturelle : un concept trop rassembleur pour être honnête ? », *Mouvements*, janvier-février 2005, n° 37, pp. 8 et s.

BENHAMOU, F., « L'exception culturelle. Exploration d'une impasse », in *Esprit*, *Les impasses de la politique culturelle*, mai 2004, pp. 85 et s.

BENOÎT-ROHMER, F., « La Cour européenne des droits de l'homme et la défense des droits des minorités nationales », *Rev. trim dr. h.*, 2002, liv. 51, pp. 563 et s.

BERCKX, P., « Bevoegdheidsverdelende regels inzake monumenten en landschappen, behoud van het onroerend erfgoed en afbraak van bouwvallige gebouwen », *T.B.P.*, 1994, pp. 670 et s.

BERCKX, P., « Nog steeds cultuursubsidies in strijd met de cultuurpactwet », *T.B.P.*, 1995, pp. 271 et s.

BERENBOOM, A., *Le nouveau droit d'auteur*, 4e éd., Bruxelles, Larcier, 2008.

BERGEL, J.-L., *Théorie générale du droit*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1999.

BERMEK, H., « L'impact du droit communautaire sur la fiscalité du secteur de l'audiovisuel en Europe », *Iris Plus Observations Juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel*, Strasbourg, Éditions 2007-12, www.obs.coe.int.

BERNARD, N., « L'effectivité du droit constitutionnel au logement », *R.B.D.C.*, 2001, Vol. 2, pp. 155 et s.

BERNARD, N., « La loi du 25 avril 2007 instaurant un comité parlementaire de suivi législatif : un premier pas, mais dans la bonne direction ? », *A.P.T.*, 2007-2008, pp. 21 et s.

BERNARD, N., « Le droit constitutionnel au logement comme arrière-plan indissociable du droit du bail », in *Le bail de résidence principale*, BENOÎT, G. (dir.), Bruxelles, la Charte, 2006, pp. 1 et s.

BERNARD, N., *Repenser le droit au logement en fonction des plus démunis. Un essai d'évaluation législative*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

BERNIER, I., « A UNESCO International Convention on Cultural Diversity », in *Free Trade v. Cultural Diversity : WTO Negociations in the Field of Audiovisual Services*, BEAT GRABER, C. (dir.), Zurich, Schutless, 2004, pp. 65 et s.

BERNIER, I., « La convention sur la diversité des expressions culturelles de l'UNESCO : un instrument culturel au carrefour du droit et de la politique », mai 2008, http://www.diversite-culturelle.qc.ca.

BERTEN, A., DA SILVEIRA, P. et POURTOIS, H., *Libéraux et communautariens. Textes réunis et présentés*, Paris, P.U.F., coll. Philosophie morale, 1997.

Beumier, M. et Brynaert, N., *Les établissements scientifiques fédéraux*, Bruxelles, CRISP, Courrier hebdomadaire, n° 1855-1856, 2004.

Beutz Land, M., « Intellectual Property Rights and the Right to Participate in Cultural Life », New York Law School, *Institute for Information Law and Policy, White Paper Series*, 08/09, n° 2.

Bidault, M., « Ce que déclarer des droits culturels veut dire », *Droits fondamentaux*, janvier 2008, n° 7, www.droits-fondamentaux.org.

Bidault, M., *La protection internationale des droits culturels*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

Black, S. « Revisionist Liberalism and the Decline of Culture », *Ethics*, janvier 1992, Vol. 102, n° 2, pp. 244 et s.

Blero, B. et Delcor, F., « Les transferts de la compétence de la Communauté à la Région », in *Les réformes institutionnelles de 1993 – Vers un fédéralisme achevé ?, Actes du colloque organisé les 26 et 27 mars 1993 par le Centre de droit public de l'U.L.B.*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 71 et s.

Blondiau, P., « Les A.S.B.L. communales : quels contrôles ? », *Mouv. Comm.*, 2000, pp. 476 et s.

Blondiau, P., « Les modes de gestion d'équipements collectifs appartenant à une commune », *Mouv. Comm.*, 1999, pp. 203 et s.

Boes, M., « De bevoegdheden van de Gewesten en de Gemeenschappen na de grondwetswijziging van 15 juli 1988 en na de wet van 8 augustus 1988 tot wijziging van de bijzondere wet van 8 augustus 1988 tot hervorming der instellingen », in *Staat, Gemeenschappen en Gewesten*, Blanpain, R. (dir.), Brugge, die Keure, 1989, pp. 16 et s.

Boes, M., « Het decreet van 3 maart 1976 tot bescherming van monumenten en stadsen dorpsgezichten », *T.B.P.*, 1977, pp. 156 et s.

Bonbled, N., « La conciliation des restrictions constitutionnelles et conventionnelles à la liberté d'expression : le cas des discours haineux », *R.B.D.C.*, 2005, n° 3-4, pp. 421 et s.

Bonbled, N. et Lys, M., « L'affaire Leempoel et Ciné Revue : le mot de la fin ? », *J.T.*, 2006/41, n° 6247, pp. 789 et s.

BONET, L. et NÉGRIER, E. (dir.), *La fin des cultures nationales ? Les politiques culturelles à l'épreuve de la diversité*, Paris, La Découverte/Pacte, coll. Recherches/Territoires du politique, 2008.

BORN, C.-H. « Le développement durable : un 'objectif de politique générale' à valeur constitutionnelle », *R.B.D.C.*, 2007, n° 3, pp. 193 et s.

BOUHLAL, R., « Le droit constitutionnel à l'épanouissement culturel. Au cœur de la précarité sociale et de la diversité culturelle : l'exemple des bibliothèques publiques », in *Les droits culturels et sociaux des plus défavorisés*, VERDUSSEN, M. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 629 et s.

BOURDIEU, P., *La distinction. Critique sociale du jugement*, Paris, Les Éditions de Minuit, coll. Le sens commun, 1979.

BOURDIEU, P. et DARBEL, A., *L'amour de l'art. Les musées d'art européens et leur public*, Paris, Les Éditions de Minuit, coll. Le sens commun, 1969.

BOURDIEU, P. et PASSERON, J.-C., *Les héritiers. Les étudiants et la culture*, Paris, Les Éditions de Minuit, coll. Le sens commun, 1964.

BOUTROS-GHALI, B., « Droit à la culture et Déclaration universelle des droits de l'homme », *Rev. Égyptienne de droit international*, 1968, Vol. 24, pp. 67 et s.

BOUTROS-GHALI, B., « The Right to Culture and the Universal Declaration of Human Rights », in *Cultural Rights as Human Rights*, Paris, UNESCO, 1970, pp. 73 et s.

BREMS, E. (dir.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerp/Oxford/Portland, Intersentia, 2008.

BREMS, E., « Vers des clauses transversales en matière de droits et libertés dans la Constitution belge ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2007, n° 70, pp. 351 et s.

BRENSON, M., *Visionaries and Outcasts, The NEA, the Congress and the Place of the Visual Artist in America*, New York, the New Press, 2001.

BRIBOSIA, H., « Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire. (Réflexions générales sur

le point de vue de l'ordre juridique belge) », *R.B.D.I.*, 1996, n°1, pp. 49 et s.

Bribosia, H. et Van Boxstael, J.-L., *Le partage des compétences dans la Belgique fédérale*, Bruges, la Charte, 1995.

Brighouse, H., « Neutrality, Publicity, and State Funding of the Arts », *Philosophy and Public Affairs*, 1995, Vol. 24, pp. 35-63.

Brooks, A. C., « Who Opposes Government Arts Funding ? », *Public Choice*, 2001, Vol. 108, n° 3-4, pp. 355 et s.

Burgorgue-Larsen, L., Levade, E. et Picod, F. (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II : La Charte des droits fondamentaux de l'Union – Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

Burri-Nenova, M., « Trade Versus Culture in the Digital Environment : An Old Conflict in Need of a New Definition », *J.I.E.L.*, novembre 2008, Vol. 12 (I), pp. 17 et s.

Buydens, M., « La nouvelle directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information : le régime des exceptions », *A&M*, 2001, liv. 4, pp. 429 et s.

Byrne-Sutton, Q., *Le trafic international des biens culturels sous l'angle de leur revendication par l'État d'origine*, Zurich, Schulthess, Études suisses de droit international, Vol. 52, 1988.

Cahoone, L., *The dilemma of Modernity : Philosophy, Culture and Anti-Culture*, New York, University of New York Press, 1988.

Caminiti, D. E., « *Brooklyn Institute of Arts & Science v. City of New York :* The Death of the Subsidy and the Birth of the Entitlement in Funding of the Arts », *Fordham intell. Prop. Media & Ent. L. J.*, 2000, pp. 875 et s.

Candela Soriano, M. et Defossez, A., « La liberté d'expression face à la morale et à la religion : Analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2006, n° 68, pp. 817 et s.

Capitant, D., *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, L.G.D.J., 2001.

CARIAT, N., « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les juridictions belges. Quelques balises pour une application prometteuse », *J.T.*, 2010, n° 7, pp. 106 et s.

CARLIER, J.-Y. et DE SCHUTTER, O. (dir.), *La Charte des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

CARROLL, N., « Can Government Funding of the Arts Be Justified Theoretically ? », *Journal of Aesthetic Education*, 1987, Vol. 21, n° 1, pp. 21 et s.

CASSIRER, E., *Essai sur l'homme*, Paris, Les Éditions de Minuit, coll. Le sens commun, 1975.

CASTORIADIS, C., *La montée de l'insignifiance. Les carrefours du labyrinthe IV*, Paris, Seuil, 1996.

CEREXHE, E., DELPÉRÉE, F., DE STEXHE, P., HANOTIAU, M., LEJEUNE, M., TAPIE, P., ULLMANN, P. et VAN BOL, J.-M., *Les compétences régionales et communautaires*, Namur, Centre d'études Juridiques des Problèmes régionaux, 1983.

CHAPMAN, A. R., « Development of Indicators for Economic, Social and Cultural Rights : The Rights to Education, Participation in Cultural Life and Access to the Benefits of Science », in *Human Rights in Education, Science and Culture. Legal Developments and Challenges*, DONDERS, Y. et VOLODIN, V. (dir.), Paris/Aldershot, UNESCO/Ashgate Publishing, 2007, pp. 111 et s.

CHAPMAN, A. R., « Core Obligations Related to ICESR Article 15(1) », in *Core Obligations : Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, CHAPMAN, A. R. et RUSSELL, S. (dir.), Antwerp, Intersentia, 2002, pp. 305 et s.

CHOISY, S., *Le domaine public en droit d'auteur*, Paris, Litec, IRPI, n° 22, 2002.

CINGRANELLI, D. L. et RICHARDS, D. L., « Measuring Government Effort to Respect Economic and Social Human Rights : A Peer Benchmark », in *Economic Rights. Conceptual, Measurement, and Policy Issues*, HERTEL, S. et MINKLER, L. (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 214 et s.

CLAES, E. et VANDAELE, A., « L'effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie du droit axée sur les droits de l'homme », *R.B.D.I.*, 2001, n° 2, pp. 416 et s.

COLLE, P., « De verzelfstandiging van het stedelijk museaal beleid: juridische en fiscale aspecten », *R.W.*, 1991-1992, pp. 912 et s.

COOMANS, F., « Content and Scope of the Right to Education as a Human Right and Obstacles to Its Realization », in *Human Rights in Education, Science and Culture. Legal Developments and Challenges*, DONDERS, Y. et VOLODIN, V. (dir.), Paris/Aldershot, UNESCO/Ashgate Publishing, 2007, pp. 183 et s.

COOMANS, F., « In Search of the Core Content of the Right to Education », in *Core Obligations : Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, CHAPMAN, A. R. et RUSSELL, S. (dir.), Antwerp, Intersentia, 2002, pp. 217 et s.

COOMANS, F., « Justiciability of the Right to Education », *Erasmus Law Review*, 2009, Vol. 2, n° 4, pp. 427 et s.

COOMANS, F. et DE WOLF, A. H., « Privatisation of education and the right to education », in *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*, DE FEYTER, K. et GÓMEZ ISA, F. (dir.), Antwerp, Intersentia, 2005, pp. 229 et s.

CORNU, E. et ELSTER, B., « Quelle protection pour l'objet d'art lors de sa vente ou de son exportation ? », *J.T.*, 2000, n° 5972, pp. 455 et s.

CORNU, G., *Linguistique juridique*, 3e éd., Paris, Montchrestien, 2005.

CORNU, M., *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé,* Bruxelles, Bruylant, 1996.

COSTA, J.-P., « Vers une protection juridictionnelle des droits économiques et sociaux en Europe ? », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 141 et s.

COWAN, J. K., DEMBOUR, M.-B. et WILSON, R. A. (dir.), *Culture and Rights. Anthropological Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

CRAUFURD SMITH, R., « Community Intervention in the Cultural Field : Continuity or Change ? », in *Culture and European Union Law*, CRAUFURD SMITH, R. (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 19 et s.

CRAVEN, M., *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights : A Perspective on Its Development*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

CRONIN, A. M., « Consumers rights/cultural rights. A new politics of European belonging », *European Journal of Cultural Studies*, 2002, Vol. 5, pp. 307 et s.

CUCHE, D., *La notion de culture dans les sciences sociales*, Paris, La Découverte, 2001.

La culture au cœur de l'enseignement. Un vrai défi démocratique, *Actes du colloque organisé le 17 novembre 2008 au Théâtre des Martyrs*, Bruxelles, Publications de Culture et Démocratie, 2009.

CVJETICANIN, B., « Quelles attentes de la mise en œuvre de la Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles ? », *R.A.E.-L.E.A.*, 2006, n° 4, pp. 615 et s.

D'ANGELO, M. et VESPERINI, P., *Politiques culturelles en Europe. Méthodes et pratiques de l'évaluation*, Strasbourg, Publications du Conseil de l'Europe, 2000.

DABIN, J., *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952.

DECAUX, E., « Les droits culturels : droits individuels universels, indivisibles et justiciables », Communications écrites concernant la Convention européenne des droits de l'homme et les droits culturels, 8e Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1995, n° 38, pp. 27 et s.

DECAUX, E. et YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, A., *La pauvreté, un défi pour les droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009.

DE COOREBYTER, V., *Le Pacte culturel*, Bruxelles, CRISP, Dossier n° 60, 2003.

DE COSTER, S.-P., « La mise en œuvre des droits culturels par les pouvoirs locaux : l'exemple de l'audiovisuel », *Rev. dr. comm.*, 1997, n° 3, pp. 118 et s.

DEFREYNE, E. et JONGEN, F., « Quelle légitimité pour le service public de l'audiovisuel ? », in *Le service public. Passé, présent et*

avenir I, Dumont, H., Jadoul, P., Lombaert, B., Tulkens, F. et van Drooghenbroeck, S. (dir.), Bruxelles, la Charte, 2009, pp. 297 et s.

Delpérée, F., « À propos des droits sociaux. Dix observations de méthodologie constitutionnelle », in *Liber amicorum Maxime Stroobant*, Gand, Mys & Breesch, 2001, pp. 255 et s.

Delpérée, F., *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2001.

Delpérée, F., « Les droits économiques, sociaux et culturels », in *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, Ergec, R. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 287 et s.

Delpérée, F., « Libres propos sur la liberté d'expression », *A.P.T.*, 1977-1978, pp. 106 et s.

Delpérée, F. et Depré, S., *Le système constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2000.

Déom, D., « La démocratie locale et les organismes locaux d'intérêt public », *Rev. dr. comm.*, 1995, n° 5, pp. 266 et s.

De Roy, D., « Associations et Subventions : La quadrature du cercle ? », *Pyramides*, automne 2002, n° 6, pp. 117 et s.

De Roy, D., « Être ou ne pas être… autorité administrative. Vers de nouvelles questions existentielles pour les A.S.B.L. satellites des institutions communales ? », *Rev. dr. comm.*, 2002, pp. 200 et s.

De Schutter, O., *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

De Schutter, O., « Le protocole facultatif au pacte international relative aux droits économiques, sociaux et culturels », *R.B.D.I.*, 2008, n° 1, pp. 7 et s.

De Schutter, O. et Carlier, J.-Y., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

De Schutter, O. et Nihoul, P. (dir.), *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2004.

De Schutter, O. et van Drooghenbroeck, S., *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, Coll. 1999.

De Smedt, F., « La démocratisation de l'accès à la culture. De la théorie à l'épreuve empirique », in *Les droits culturels et sociaux des plus défavorisés*, Verdussen, M. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 275 et s.

de Stexhe, G., « La neutralité et la distribution comme justice ? Questions au libéralisme solidariste de Philippe Van Parijs », *Revue philosophique de Louvain*, 1995, pp. 501 et s.

de Stexhe, G. et Thomas, M., « La culture comme unité complexe : un enjeu médiatique et politique », in *Politique culturelle et droit de la radio-télévision*, Dumont, H. et Strowel, A. (dir.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1998, pp. 19 et s.

de Theux, O., « La liberté d'expression de la presse face à la protection civile de la vie privée de l'honneur et de la réputation », *Ann. dr. Louvain*, 2002, Vol. 62, n° 3-4, pp. 287 et s.

De Wasseige, A., *Communauté Bruxelles-Wallonie. Quelles politiques culturelles ?*, Gerpinnes, Éditions Quorum, 2000.

De Wasseige, A., *Refonder les politiques culturelles*, Bruxelles, Sans titre – 100 Titres, 2006.

De Werra, J., « Liberté de l'art et droit d'auteur », *Medialex*, 2001, n° 3, pp. 145 et s.

De Witte, B., « Recht en cultureel beleid in de Europese Gemeenschap : ruimte voor eenheid in verscheidenheid ? », in *Recht en Europeese cultuur. Europees recht en cultuur*, Antwerpen, Maklu, 1994, pp. 63 et s.

De Witte, B., « Trade in Culture : International Legal Regimes and EU Constitutional Values », in *The EU and the WTO. Legal and Constitutional Issues*, De Búrca, G. et Scott, J. (dir.), Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 237 et s.

Docquir, P.-F., « La Cour européenne des droits de l'homme sacrifie-t-elle la liberté d'expression pour protéger les sensibilités religieuses ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2006, n° 68, pp. 839 et s.

DONDERS, Y., « A Right to Cultural Identity in UNESCO », in *Cultural Human Rights*, FRANCIONI, F. et SCHEININ, M. (dir.), Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 317 et s.

DONDERS, Y., « Cultural life in the context of Human Rights », Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Discussion générale sur le droit de participer à la vie culturelle, 9 mai 2008, Genève, E/C.12/40/13.

DONDERS, Y., « The Legal Framework of the Right to Take Part in Cultural Life », in *Human Rights in Education, Science and Culture. Legal Developments and Challenges*, DONDERS, Y. et VOLODIN, V. (dir.), Paris/Aldershot, UNESCO/Ashgate Publishing, 2007, pp. 231 et s.

DONDERS, Y., « The Protection of Cultural Rights in Europe : None of the EU's Business ? », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2003, Vol. 10, n° 2, pp. 117 et s.

DONDERS, Y., *Towards a Right to Cultural Identity ?*, Antwerp/Oxford, Intersentia/Hart Publishing, coll. School of Human Rights Research - Vol. 15, 2002.

DONNAT, O., *Les Français face à la culture. De l'exclusion à l'éclectisme*, Paris, La Découverte, coll. Textes à l'appui/série sociologie, 1994.

DONY, C. et JONGEN, F., « La liberté de presse », in *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, VERDUSSEN, M. et BONBLED, N. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2011.

DRAYE, A. M., « De bescherming van het onroerend erfgoed. Het belang van een correct gebruik van het voorhanden zijnde instrumentarium », *T.R.O.S.*, 2005, n° 39, pp. 217 et s.

DRAYE, A. M., « La protection du patrimoine immobilier », *Répertoire Notarial*, Tome XIV, Bruxelles, Larcier, 2003.

DREYER, E., *Le dépôt légal : essai sur une garantie nécessaire au droit du public à l'information*, Paris, L.G.D.J., 2003.

DUBOFF, L. D. et KING, C. O., *Art Law in a Nutshell*, 3rd ed., St. Paul, West Group, 2000.

DUBUISSON, F., « Quand le 'droit' du public à l'information rencontre les 'droits' sur l'information : vrai ou faux débat ? », in

Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs, STROWEL, A. et TULKENS, F. (dir.), Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 72 et s.

DUJARDIN, A., « Le Pacte associatif, engagements réciproques entre les pouvoirs publics et les associations », in *ASBL et missions de service public*, MARÉE, M. et T'KINT, P. (dir.), *Non-Marchand. Les dossiers d'ASBL Actualité*, 2008, Dossier n° 6, pp. 75 et s.

DUMONT, H., « La gestion des matières culturelles, éducatives et personnalisables à Bruxelles : le cadre actuel », in *Quelle(s) Communauté(s) pour les Bruxellois. Actes du colloque organisé par l'asbl Manifesto le 20 mars 2004*, www.manifestobru.be, pp. 10 et s.

DUMONT, H., « L'apport des droits fondamentaux au droit de l'environnement, de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire », *Amén.*, 1996, pp. 288 et s.

DUMONT, H., « L'avenir institutionnel de Bruxelles. Discussions à partir du 'Manifeste Bruxellois'. Synthèse et Conclusions », *Brussels Studies*, 16 juin 2008, n° 19, www.brusselsstudies.be, pp. 19 et s.

DUMONT, H., « Le droit à la culture, ou une liberté-autonomie et un droit-créance peuvent-ils se concilier dans une liberté-participation ? », *R.I.E.J.*, 1984, n° 13, pp. 221 et s.

DUMONT, H., *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge*, Bruxelles, Bruylant, 1996.

DUMONT, H., « Les matières communautaires à Bruxelles du point de vue francophone », in *Bruxelles et son statut*, WITTE, E., ALEN, A., DUMONT, H. et ERGEC, R. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 557 et s.

DUMONT, H., « Les politiques culturelles et la création en Belgique. Quelques repères historiques et juridiques », in *Profils de la création*, LIBOIS, B. et STROWEL, A. (dir.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1997, pp. 191 et s.

DUMONT, H., « Les relations entre les communes bruxelloises et les institutions compétentes dans les matières communautaires », in *Les dix-neuf communes bruxelloises et le modèle bruxellois*, WITTE, E., ALEN, A., DUMONT, H., VANDERNOOT, P. et DE GROOF, R. (dir.), Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 651 et s.

DUMONT, H., « L'État belge résistera-t-il à sa contractualisation ? Considérations critiques sur la mode belge des accords de coopération », *Rev. dr. ULB*, 2006, n° 33, pp. 315 et s.

DUMONT, H., « Quatre idées pour réviser la loi sur le Pacte culturel », Deuxième consultation du Professeur H. Dumont, Projet de décret relatif au fonctionnement des instances d'avis œuvrant dans le secteur culturel, *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 2002-2003, n° 364-1, publié également dans *Culture et citoyenneté*, Ministère de la Communauté française.

DUMONT, H., « Réflexions politiques sur le décrochage des politiques de l'audiovisuel et de la culture », in *Politique culturelle et droit de la radio-télévision*, DUMONT, H. et STROWEL, A. (dir.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1998, pp. 77 et s.

DUMONT, H. et HACHEZ, I., « La gestion des matières culturelles à Bruxelles », in *Culture et pouvoirs publics à Bruxelles. Quelles institutions pour quelles politiques culturelles ? Actes du colloque organisé par le Réseau des Arts à Bruxelles le 26 mars 2007*, Bruxelles, Publications du Réseau des Arts à Bruxelles, 2007, pp. 5 et s.

DUMONT, H. et HACHEZ, I., « Les obligations positives déduites du droit international des droits de l'homme : dans quelles limites ? », in *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Y. CARTUYVELS, Y., DUMONT, H., OST, F., VAN DE KERCHOVE, M. et VAN DROOGHENBROECK, S. (dir.), Bruxelles, Bruylant-Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, pp. 45 et s.

DUMONT, H. et STROWEL, A. (dir.), *Politique culturelle et droit de la radio-télévision*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1998.

DUMONT, H. et VANCRAYEBECK, L., « L'exercice des compétences communautaires à Bruxelles », *C.D.P.K.*, 2008, Vol. 1, pp. 246 et s.

DUSOLLIER, S., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'environnement numérique. Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Bruxelles, Larcier, 2005.

DUSOLLIER, S., « Le dernier tournant de l'affaire Mulholland Drive », *A&M*, 2006, liv. 2, pp. 178 et s.

DUSOLLIER, S., « Le 'droit' à la copie privée : le débat est-il clos ? », note sous Bruxelles, 9 septembre 2005, *R.D.T.I.*, n° 23, décembre 2005, pp. 71 et s.

DUSOLLIER, S., « Le droit d'auteur et l'appropriation artistique », *Art'Icle*, février 2006, pp. 8 et s.

DUSOLLIER, S., « Les nouvelles dispositions belges en matière de protection technique des œuvres », *A&M*, 2005, pp. 532 et s.

DWORKIN, R., *A Matter of Principles*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

EBERLE, E.-J., « Art as Speech », *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, 2007-2008, n° 11, pp. 1 et s.

EDELMAN, B., « L'image' d'une œuvre de l'esprit tombée dans le domaine public », *Dalloz*, 2001, pp. 770 et s.

EIDE, A., « Cultural Rights as Individual Human Rights », in *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, EIDE, A., KRAUSE, C. et ROSAS, A. (dir.), Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 229 et s.

EIDE, A., « Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights », in *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, EIDE, A., KRAUSE, C. et ROSAS, A. (dir.), Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 21 et s.

EIDE, A., *Le droit à une alimentation suffisante en tant que droit de l'homme*, E/CN.4/Sub.2/1987/23.

EIDE, A. et ROSAS, A., « Economic, Social and Cultural Rights : A Universal Challenge », in *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, EIDE, A., KRAUSE, C. et ROSAS, A. (dir.), Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 15 et s.

ENGLEBERT, J. et MICHAUX, B., « La bande dessinée et la liberté d'expression y compris par rapport aux droits des tiers », in *Bande dessinée et droit d'auteur*, CORNU, E. (dir.), Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 42 et s.

ERGEC, R., « Introduction générale », in *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, ERGEC, R. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 1 et s.

ERIKSEN, T. H., « Between Universalism and Relativism : A Critique of the UNESCO Concept of Culture », in *Culture and Rights. Anthropological Perspectives*, COWAN, J. K., DEMBOUR, M.-B. et WILSON, R. A. (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 127 et s.

EYSKENS, T., « Het archeologiedecreet van onder het stof gehaald ? », *T.R.O.S.*, 2004, n° 33, pp. 5 et s.

FALCON Y TELLA, F., « Valeurs, normes et faits dans le droit », *R.I.E.J.*, 2004, n° 53, pp. 123 et s.

FATÔME, E., « Les musées et l'idée de service public », in *Droit au musée, droit des musées*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 15 et s.

FAVOREU, L., *Précis de droit constitutionnel*, 9e éd., Paris, Dalloz, 2006.

FIERENS, J., *Droit et pauvreté. Droits de l'homme, sécurité sociale, aide sociale*, Bruxelles, Bruylant, 1992.

FIERENS, J., « La Cour d'arbitrage et l'article 23 de la Constitution », *Journ. jur.*, 2003, n° 18, pp. 1 et s.

FIERENS, J., « La dignité humaine comme concept juridique », *J.T.*, 2002, n° 6064, pp. 577 et s.

FIERENS, J., « L'article 23 de la Constitution : une arme contre la misère ? », *Dr. Q. M.*, 1994, n° 3, pp. 3 et s.

FIERENS, J., « La violation des droits civils et politiques comme conséquence de la violation des droits économiques, sociaux et culturels », *R.B.D.I.*, 1999, n° 1, pp. 46 et s.

FIERENS, J., « L'efficacité juridique de la consécration des droits économiques, sociaux et culturels », in *Le point sur les droits de l'homme*, Liège, Formation permanente CUP, 2000, pp. 165 et s.

FISS, O. M., *Liberalism Divided. Freedom of Speech and the Many Uses of State Power*, Boulder, Westview Press, 1996.

FISS, O. M., *The Irony of Free Speech*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.

FRANSEN, J. et RODRIGUEZ, M., « De relatie tussen en het beleid van de brusselse gemeenten en de vlaamse gemeenschapsinstellingen, 1994-2001 », in *Bruxelles et son statut*, WITTE, E., ALEN, A., DUMONT, H. et ERGEC, R. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 427 et s.

GALLEZ, L. et VANDECAPPELLE, A., « L'intervention des communes dans les matières communautaires à Bruxelles », in *Les dix-neuf communes bruxelloises et le modèle bruxellois*, WITTE, E., ALEN, A., DUMONT, H., VANDERNOOT, P. et DE GROOF, R. (dir.), Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 469 et s.

GALSTON, W. A., *Liberal Pluralism. The Implications of Value Pluralism for Political Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

GEIGER, C., *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Paris, L.G.D.J., 2004.

GEIGER, C., « Droit d'auteur et droit du public à l'information : relation conflictuelle ou pacifique ? », in *Droit d'auteur et Liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, STROWEL, A. et TULKENS, F. (dir.), Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 112 et s.

GEIGER, C., « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ? », *R.I.D.E.*, 2006, liv. 4, t. XX, pp. 389 et s.

GEIGER, C., « Pour une plus grande flexibilité dans le maniement des exceptions au droit d'auteur », *A&M*, 2004, n° 3, pp. 213 et s.

GEIGER, C., GRIFFITHS, J. et HILTY, R.-M., « Déclaration en vue d'une interprétation du 'test des trois étapes' respectant les équilibres du droit d'auteur », *A&M*, 2008, n° 6, pp. 516 et s.

GÉMAR, J.-C., « Le plus et le moins-disant culturel du texte juridique. Langue, culture et équivalence », *Meta*, 2002, n° 47/2, pp. 163 et s.

GENARD, J.-L., « Bruxelles : la capitale de l'Europe et ses enjeux culturels », in *Tendances et défis des politiques culturelles. Analyses et témoignages*, AUDET, C. et SAINT-PIERRE, D. (dir.), Québec, Presses de l'Université de Laval, coll. Chaire Fernand-Dumont sur la culture, 2009, pp. 179 et s.

GENARD, J.-L., « Les politiques culturelles de la Communauté française de Belgique : Fondement, enjeux et défis », in *Tendances et défis des politiques culturelles. Cas nationaux en perspective*, SAINT-PIERRE, D. et AUDET, C. (dir.), Québec, Presses de l'Université de Laval, coll. Chaire Fernand-Dumont sur la culture, 2010, pp. 147 et s.

GENARD, J.-L., *Les pouvoirs de la culture*, Bruxelles, Labor, coll. Quartier Libre, 2001.

GENARD, J.-L., CORIJN, E., FRANCQ, B. et SCHAUT, C., « Bruxelles et la culture », *Brussels Studies*, 2009.

GÉRARD, P., *L'esprit des droits. Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2007.

GERMANN, C., « Diversité culturelle à l'OMC et à l'UNESCO à l'exemple du cinéma », *R.I.D.E.*, 2004, pp. 325 et s.

GILLMAN, D., *The Idea of Cultural Heritage*, Leicester, Institute of Art and Law, 2006.

GINSBURG, J. C., « How Copyright Got a Bad Name For Itself », *Col. J. L. & Arts*, 2002-2003, Vol. 26, pp. 61 et s.

GORINI, S., « La protection du patrimoine cinématographique en Europe », *Iris Plus Observations Juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel*, Strasbourg, Éditions 2004-08, www.obs.coe.int.

GORS, B., « Le palais Stoclet ou la compétence relative à la protection des biens mobiliers culturels en Région bruxelloise », *Rev. dr. ULg.*, 2007, n° 1, pp. 79 et s.

GOTZEN, F., « Mécanismes juridiques permettant de faire valoir la norme internationale de droit d'auteur en droit interne », *A&M*, 2006, n° 2, pp. 136 et s.

GOUX, C., La *recherche scientifique dans la Belgique fédérale : examen de la répartition des compétences*, Namur/Bruges, Centre de droit régional-Faculté de droit de Namur/la Charte, 1996.

GRANDMONT, G., « Réflexions sur les enjeux et défis des politiques culturelles publiques », in *Tendances et défis des politiques culturelles. Analyses et témoignages*, AUDET, C. et SAINT-PIERRE, D. (dir.), Québec, Presses de l'Université de Laval, coll. Chaire Fernand-Dumont sur la culture, 2009, pp. 23 et s.

GREEN, M., « What We Talk About When We Talk About Indicators : Current Approaches to Human Rights Measurement », *H. R. Q.*, novembre 2001, Vol. 23, n° 4, pp. 1062 et s.

GREENE, A. S., « Government of the Good », *Vanderbilt Law Review*, janvier 2000, n° 53, pp. 3 et s.

GRONI, C., « The right to take part in cultural life », *Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Discussion générale sur le droit de participer à la vie culturelle*, 9 mai 2008, E/C.12/40/3.

HAARSCHER, G., « Le blasphémateur et le raciste », *Rev. trim. dr. h.*, 1995, pp. 417 et s.

HÄBERLE, P., *L'État constitutionnel*, trad. fr. M. Roffi, Paris, Economica, Coll. Droit public positif, 2004.

HABERMAS, J., *L'espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, trad. fr. M. Buhot de Launay, Paris, Payot, coll. Critique de la politique, 1986.

HACHEZ, I., « La Cour d'arbitrage et l'article 23 de la Constitution : 'cachez ce *standstill* que je ne saurais voir !' », note sous C.A., n° 150/2004, 15 septembre 2004, *Amén.*, 2005, n° 2, pp. 132 et s.

HACHEZ, I., « Le principe de *standstill* : le pari des droits économiques, sociaux et culturels ? », *A.P.T.*, 2000, n° 1, pp. 30 et s.

HACHEZ, I., « Le principe de *standstill* dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative », *R.B.D.C.*, 2007, pp. 69 et s.

HACHEZ, I., *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

HACHEZ, I., « Les 'obligations correspondantes' dans l'article 23 de la Constitution », in *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, DUMONT, H., OST, F. et VAN DROOGHENBROECK, S. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 294 et s.

HACHEZ, I., « Lorsque Cour d'arbitrage et *standstill* se rencontrent… », *J.T.*, 2007, liv. 6257, pp. 150 et s.

HACHEZ, I. et JADOT, B., « Environnement, développement durable et *standstill* : vrais ou faux amis ? », *Amén.*, 2009, Vol. 1, pp. 5 et s.

HAMILTON, M. A., « Art Speech », *Vanderbilt Law Review*, 1996, n° 49, pp. 71 et s.

HANOTIAU, M., « Le droit à l'information », *Rev. trim. dr. h.*, 1993, pp. 43 et s.

HANQUINET, L., *L'art de la représentation et la représentation de l'art. Du sens et du bon usage des musées d'art moderne et contemporain en Belgique*, thèse défendue le 27 avril 2010, non publiée.

HANSEN, S. A., « The Right to Take Part in Cultural Life : Toward Defining Minimum Core Obligations Related to Article 15 (1)(A) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », in *Core Obligations : Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, CHAPMAN, A. R. et RUSSELL, S. (dir.), Antwerp, Intersentia, 2002, pp. 279 et s.

HART, H. L. A., *The concept of Law*, Oxford, Hart Publishing, 1961.

HAUMONT, F., « La protection du patrimoine culturel mobilier », *Ann. dr. Louvain*, 1988, pp. 353 et s.

HOCHMANN, T., « Le procès du *Procès de Jean-Marie Le Pen* », note sous Cour eur. D.H., arrêt *Lindon et a. c. France* du 22 octobre 2007, *Rev. dr. pén.*, 2008, n° 88, 4, pp. 401 et s.

HOEBEKE, S. et MOUFFE, B., *Le droit de la presse. Presse écrit, presse audiovisuelle, presse électronique*, 2e éd., Louvain-la-Neuve, Bruylant Academia, 2005.

HOGGART, R., *La culture du pauvre. Étude sur le style de vie des classes populaires en Angleterre*, trad. fr. F. et J.-C. Garcias et J.-C. Passeron, Paris, Les Éditions de Minuit, 2004.

HOLEMANS, D., « Cultuurparticipatie als mensenrecht », *TvMr*, 2006, n° 3, pp. 11 et s.

ILIOPOULOS, J.-N., « Protection de la culture et libertés de circulation », *R.A.E.-L.E.A.*, 2006, n° 4, pp. 667 et s.

ISGOUR, M., « La satire : réflexions sur le droit à l'humour », *A&M*, 2000, n° 1, pp. 59 et s.

JADOT, B., « De la difficulté de protéger, à Bruxelles, des œuvres d'art faisant partie intégrante d'un monument », *Amén.*, 2006, n° spécial, pp. 46 et s.

JADOT, B., « La Cour d'arbitrage ne cache plus l'obligation de *standstill* résultant de l'article 23 de la Constitution », *Amén.*, 2007, n° 1, pp. 10 et s.

JAKHIAN, E., « Constitution et culture : une rencontre incertaine », in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste,* Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 673 et s.

JAVEAU, C., « Le droit à l'épanouissement culturel et social : quelques observations sociologiques », in *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, ERGEC, R. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 273 et s.

JEURISSEN, I. et ORBAN DE XIVRY, E., « L'identification des biens relevant du patrimoine », *Amén.*, 2006, n° spécial, pp. 3 et s.

JOACHIMOWICZ, A., « Cinéma et tax-shelter », *A&M*, 2003, n° 1, pp. 37 et s.

JONGEN, F., « Contre toute attente… », *J.L.M.B.*, 1991, pp. 1193 et s.

JONGEN, F., « Dieudonné à Woluwe-Saint-Lambert », *Journ. proc.*, mars 2004, n° 476, pp. 31 et s.

JONGEN, F., « La censure administrative en Belgique », in *Censure-Censuur*, *Actes du 16 mars 2003*, Bruxelles, Larcier, pp. 58 et s.

JONGEN, F., « L'aide à l'activité artistique : intervention des pouvoirs publics et stimulation du soutien privé », *Ann. dr. Louvain*, 1988, vol. 3-4, pp. 459 et s.

JONGEN, F., « L'audiovisuel, vecteur de culture ? », in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 701 et s.

JONGEN, F., *La police de l'audiovisuel*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain - n° XXV, 1993.

JONGEN, F. et MICHAUX, B., « Interview, liberté de presse et droit d'auteur : dEUS sous embargo ? », *A&M*, 2008, n° 2, pp. 162 et s.

JONGEN, F. et STÉPHANY, P., *Audiovisuel : les révolutions de '89*, Bruxelles, CRISP, coll. Pol-His, 1990.

KEARNS, P., *The Legal Concept of Art*, Oxford, Hart Publishing, 1998.

KURGAN-VAN HENTERYK, G. et MONTENS, V. (dir.), *L'argent des arts. La politique artistique des pouvoirs publics en Belgique de 1830 à 1940*, Bruxelles, Éditions de l'Université libre de Bruxelles, 2001.

KYMLICKA, W., « Dworkin on Freedom and Culture », in *Dworkin and His Critics*, BURLEY, J. (dir.), Oxford, Blackwell Publishing, 2004, pp. 118 et s.

KYMLICKA, W., *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, Clarendon Press, 1989.

KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

LAAKSONEN, A., *Making culture accessible – Access, participation and cultural provision in the context of cultural rights in Europe*, Strasbourg, Publications du Conseil de l'Europe, 2010.

LABOUZ, M.-F. et WISE, M. (dir.), *La diversité culturelle en question(s)/ Cultural Diversity in Question(s)*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

LADRIÈRE, J., *Les enjeux de la rationalité. Le défi de la science et de la technologie aux cultures*, Paris, Aubier-Montaigne/UNESCO, coll. Analyse et raisons - Vol. 25, 1977.

LAGASSE, N., « L'avenir institutionnel de Bruxelles. Discussions à partir du 'Manifeste Bruxellois'. Quel avenir institutionnel pour Bruxelles ? », *Brussels Studies*, 16 juin 2008, n° 19, www.brusselsstudies.be, pp. 7 et s.

LAHIRE, B., « The individual and the mixing of genres : Cultural dissonance and self-distinction », *Poetics*, 2008, Vol. 36, n° 2-3, pp. 166 et s.

LAHIRE, B., *La culture des individus. Dissonances culturelles et distinction de soi*, Paris, La Découverte, 2004.

LANDMAN, T., « Measuring Human Rights : Principle, Practice, and Policy », *H. R. Q.*, 2004, Vol. 26, n° 4, pp. 906 et s.

LANDMAN, T. et CARVALHO, E., *Measuring Human Rights*, Abingdon/ New York, Routledge, 2010.

LARRALDE, J.-M., « La liberté d'expression et le blasphème », obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Wingrove c. Royaume-Uni* du 25 novembre 1996, *Rev. trim. dr. h.*, 1997, n° 32, pp. 725 et s.

LATIL, A., « La Cour européenne des droits de l'homme renforce la liberté de création artistique face à la protection de la morale », *Rev. trim. dr. h.*, 2010, n° 83, pp. 769 et s.

LAURENT, P., « Les nouvelles exceptions au droit d'auteur en faveur de l'enseignement : l'ère de l'e-learning », *A&M*, 2008, n° 3, pp. 180 et s.

LEFRANC, D., « L'affaire 'Apocalypse' : un revirement dans la jurisprudence de la CEDH en matière de liberté d'expression artistique ? », *A&M*, 2007, n° 4, pp. 327 et s.

LEMMENS, K., *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, Bruxelles, Larcier, 2004.

LEMMENS, K., « Les publications sur la Toile peuvent-elles constituer des délits de presse ? », *R.D.T.I.*, 2005, n° 21, pp. 77 et s.

LEMMENS, K., « Politie uit de kleren ? Humo uit de rekken ! », *A&M*, 2010, pp. 91-99.

LEMMENS, K., « 'Taisez-vous, Elkabbach !'. L'interdiction de censure à la lumière des pratiques sociales », *R.B.D.C.*, 2003, n° 4, pp. 375 et s.

LÉONARD, T., *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005.

LÉONARD, T., « Mulholland Drive chute sur l'épine du droit subjectif », *R.D.T.I.*, 2007, n° 29, pp. 354 et s.

LEPRINCE, S. et PAUWELS, J.-P., « Mais où sont donc passés les loisirs d'antan… ? », *Journ. proc.*, 1998, n° 352, pp. 16 et s.

LEROY, M., « La parodie religieuse n'est pas une injure », *Rev. trim. dr. h.*, 2007, n° 71, pp. 875 et s.

LEROY, M., « Le droit au blasphème », in *Liber amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits : utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 383 et s.

LEROY, M., « Une arme nouvelle contre l'inertie du pouvoir : le recours contre la carence réglementaire », *A.P.T.*, 1986, pp. 80 et s.

LEVINE, C., *Provoking Democracy : Why We Need the Arts*, Oxford, Blackwell Publishing, 2007.

LEVINET, M., « Condamnation d'une entrave à l'accès du public à une œuvre du patrimoine littéraire européen », *J.C.P.*, 2010, pp. 261 et s.

LEVINET, M., *Théorie générale des droits et libertés*, 2e éd., Paris/Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 2008.

LEVY, A. H., *Government and the Arts. Debates over Federal Support of the Arts in America from George Washington to Jesse Helms*, New York, University Press of America, 1997.

LEYSEN, I., « La liberté de danser : les mesures administratives à l'égard des bals et des salles de danse », *A.P.T.*, 1999, pp. 251-261.

LIBOIS, B. et STROWEL, A. (dir.), *Profils de la création*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1997.

LIEVENS, E., « Filmkeuring : houdbaarheidsdatum verstreken ? », *A&M*, 2005, n° 4, pp. 223 et s.

LITTOZ-MONNET, A., *The European Union and culture. Between economic regulation and European cultural policy*, Manchester, Manchester University Press, 2007.

LOGAN, W. S., « Closing Pandora's Box : Human Rights Conundrums in Cultural Heritage Protection », in *Cultural Heritage and Human Rights*, SILVERMAN, H. et RUGGLES, D. F. (dir.), New York, Springer, 2007, pp. 33 et s.

LOUIS, S., « Les aides nationales et communautaires à la culture, le droit européen de la concurrence et les règles de l'OMC », *Rev. dr. ULg*, 2005, n° 4, pp. 564 et s.

LOWIES, J.-G., « Quel traité culturel pour la Belgique du 21e siècle ? Le projet d'accord de coopération culturelle entre la Communauté française et la Communauté flamande de Belgique : voyage au centre du malaise belge », *Document de travail présenté dans le cadre du Colloque de l'ISPOLE à l'UCL, les 13 et 14 octobre 2010*, Atelier 2 « Jeux d'échelle et transformation de l'action publique en Europe ».

LUCAS, A., « Droit d'auteur, liberté d'expression et 'droit du public à l'information' (libres propos sur deux arrêts des Cours de cassation belge et française) », *A&M*, 2005, n° 1, pp. 13 et s.

LUCAS, A., « Droit d'auteur, liberté d'expression et 'droit du public à l'information' (libres propos sur deux arrêts des Cours de

cassation belge et française) », in *Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, STROWEL, A. et TULKENS, F. (dir.), Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 123 et s.

MAES, G., *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003.

MAES, G., « Het standstillbeginsel in verdragsbepalingen en in artikel 23 Grondwet : progressieve (sociale) grondrechtenbescherming », *R.W.*, 2005-2006, n° 28, pp. 1081 et s.

MAHIEU, M. et VAN DROOGHENBROECK, S., « La responsabilité de l'État législateur », *J.T.*, 1998, pp. 825 et s.

MAIRESSE, F. (dir.), *L'inaliénabilité des collections. Actes du colloque du 29 avril 2009 du Musée de Mariemont*, Publications du Musée de Mariemont, 2010.

MALLET-POUJOL, N., « De la biographie à la fiction : la création littéraire au risque des droits de la personne », *Legicom*, 2001, n° 24, pp. 115 et s.

MARGUENAUD, J.-P. et DAUCHEZ, B., « Les onze mille verges fondatrices du patrimoine littéraire européen », *Dalloz*, 2010, pp. 1051 et s.

MARKS, S., « UNESCO and Human Rights : the Implementation of Rights Relating to Education, Science, Culture and Communication », *Tex. Int'l L. J.*, 1977-1978, pp. 35 et s.

MARKS, S. et CLAPHAM, A., *International Human Rights Lexicon*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

MARTEL, F., *De la culture en Amérique*, Paris, Gallimard, 2006.

MARTENS, P., « Conclusions générales », in *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, ERGEC, R. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 317 et s.

MARTENS, P., « La Lyre et la Balance. Quand les goûts se disputent au prétoire », in *Liber amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, Kluwer, 2004, pp. 147 et s.

MARTENS, P., « L'insertion des droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution », *R.B.D.C.*, 1996, pp. 3 et s.

MARTENS, P., « Réflexions sur l'actualité juridique du blasphème », *Rev. dr. ULB*, 2007, n° 35, pp. 19 et s.

MARTENS, P., « Sur l'art fautif », *J.L.M.B.i.*, 2001, n° 1, pp. 40 et s.

MARTENS, P., « Un juge peut-il être un censeur ? », *A&M*, 2003, n° 5, pp. 343 et s.

MASKENS, A., « L'avenir institutionnel de Bruxelles. Discussions à partir du 'Manifeste Bruxellois'. Le 'Manifeste bruxellois'. Nouvelles réflexions », *Brussels Studies*, 16 juin 2008, n° 19, www.brusselsstudies.be, pp. 1 et s.

MAST, A., ALEN, A. et DUJARDIN, J., *Précis de droit administratif belge*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989.

MATSUURA, K., « L'enjeu culturel au cœur des relations internationales », *Politique étrangère*, 2006, n° 4, pp. 1045 et s.

MAYER-ROBITAILLE, L., « Le statut ambivalent au regard de la politique communautaire de concurrence des accords de nature culturelle et des aides d'État relatives à la culture », *RTDeur.*, juillet-septembre 2004, n° 30, 3, pp. 477 et s.

MAYER-ROBITAILLE, L., *Le statut des biens et services culturels dans les accords commerciaux internationaux*, Paris, L'Harmattan, 2008.

MCGOLDRICK, D., « Culture, Cultures and Cultural Rights », in *Economic, Social and Cultural Rights in Action*, BADERIN, M. A. et MCCORQUODALE, R. (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 447 et s.

MELANDER, G., « Article 27 », in *The Universal Declaration of Human Rights. A Commentary*, Oslo/Oxford, Scandinavian University Press/Oxford University Press, 1992, pp. 429 et s.

MERRYMAN, J. H., « Thinking about the Elgin Marbles », *Michigan Law Review*, 1985, Vol. 83, n° 8, pp. 1881 et s.

MEYER-BISCH, P. (dir.) *Les droits culturels, une catégorie sous-développée de droits de l'homme. Actes du VIII^e colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme*, Fribourg, Éditions universitaires Fribourg, 1991.

MEYER-BISCH, P., « Analyse des droits culturels », *Droits fondamentaux*, janvier 2008, n° 7, www.droits-fondamentaux.org.

MEYER-BISCH, P., « Le droit de participer à la vie culturelle – Contenu et importance pour la réalisation de tous les droits de l'homme », Comité des droits économiques, sociaux et culturels,

Discussion générale sur le droit de participer à la vie culturelle, E/C.12/40/9, 9 mai 2008.

Meyer-Bisch, P., « Les droits culturels forment-ils une catégorie spécifique des droits de l'homme ? Quelques difficultés logiques », in *Les droits culturels, une catégorie sous-développée de droits de l'homme. Actes du VIII^e Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme*, Fribourg, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, coll. Interdisciplinaire (série « Droits de l'homme »), 1993.

Meyer-Bisch, P., « Le sujet des droits de l'homme est individuel, mais l'objet est commun. Analyse à partir des droits culturels », in *Le droit saisi par le collectif*, Berns, T. (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 7 et s.

Meyers, E., « Art on Ice : The Chilling Effect of Copyright on Artistic Expression », *Col. J. L. & Arts*, hiver 2007, Vol. 30, n° 2, pp. 219 et s.

Michaud, Y., « À propos des critères esthétiques », in *Art contemporain et pluralisme : nouvelles perspectives*, Paris, L'Harmattan, coll. Questions contemporaines, 2000, pp. 16 et s.

Morand, C.-A. (dir.), *Évaluation législative et lois expérimentales*, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993.

Morand, C.-A. (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999.

Morea, L. A., « The Future of Music in a Digital Age : The Ongoing Conflict Between Copyright Law and Peer-to-Peer Technology », *Campbell L. Rev.*, 2006, Vol. 28, n° 2, pp. 195 et s.

Moulinier, P., *La recommandation de Nairobi sur l'accès et la participation à la vie culturelle (1976) : dix ans après*, 1986, Doc. CC/CSP/CP/14.

Mrattchkov, V., « Constitutionnalisation des droits sociaux fondamentaux et les tâches du législateur en vue de garantir leur exercice : l'expérience bulgare », in *Liber amicorum Maxime Stroobant*, Gand, Mys & Breesch, 2001, pp. 169 et s.

Nagels, C., « Le Palais des Beaux-Arts de Bruxelles entre droit administratif et droit des groupements », *Rev. prat. soc.*, 2005, pp. 159 et s.

Niec, H. (dir.), *Cultural Rights and Wrongs. A Collection of Essays in Commemoration of the 50th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*, Paris, UNESCO Publishing, 1998.

NIEC, H., « Human Right to Culture », *Annuaire de l'A.A.A.*, 1974, Vol. 44, pp. 109 et s.

NIHOUL, P., « La radio et la télévision face au juge constitutionnel », *Ann. dr. Louvain*, 1987, pp. 37 et s.

NIMMER, M. B., « Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press ? », *UCLA Law Review*, juin 1970, Vol. 17, n° 6, pp. 1180 et s.

NIMNI, E., « Collective Dimensions of the Right to take Part in Cultural Life », Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 40e session, Discussion générale sur le droit de participer à la vie culturelle, 9 mai 2008, E/C.12/40/17.

NINANE, G., « Une police administrative des spectacles ligotée par le droit fondamental à la liberté d'expression », *J.L.M.B.*, 2009, n° 20, pp. 943 et s.

NOSSENT, J.-P., « D'un décret à l'autre », *La Revue Nouvelle*, novembre 2007, n° 11, dossier *Où en est l'éducation permanente ?*, pp. 62 et s.

O'KEEFE, R., « The 'Right to Take Part in Cultural Life' Under Article 15 of the ICESCR », *Int'l & Comp. L. Q.*, octobre 1998, Vol. 47, n° 4, pp. 904 et s.

O'KEEFE, R., « World Cultural Heritage : Obligations To The International Community As A Whole ? », *Int'l & Comp. L. Q.*, janvier 2004, Vol. 53, n° 1, pp. 189 et s.

OBULJEN, N. et SMIERS, J., *UNESCO's Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions : Making it Work*, Zagreb, Institute for International Relations, 2006.

OESCHGER, A., « Pauvreté et accès à la culture », Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 40e session, Discussion générale sur le droit de participer à la vie culturelle, 9 mai 2008, E/C.12/40/14.

ORIANNE, P., « Mythe ou réalité des droits économiques, sociaux et culturels » in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Tome III, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 1881 et s.

ORIANNE, P., « De la juridicité des droits économiques et sociaux reconnus dans les Déclarations internationales », *Ann. dr. Louvain*, 1974, n° 1-2, pp. 147 et s.

OST, F., « Déployer le temps. Les conditions de possibilité du temps social », European Academy of Legal Theory, 1997, www.legaltheory.net.

OST, F., *Droit et intérêt. Volume 2 – Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990.

OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

OTTEVAERE, A., « Rapport général sur la pauvreté », *Dr. Q. M.*, 1995, n° 7, pp. 13 et s.

PALLARD, H., « Culture et diversité culturelle : essai préliminaire à une étude sur l'universalité des droits fondamentaux », in *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, PALLARD, H. et TZITZIS, S. (dir.), Paris, L'Harmattan, coll. Horizons du droit, 1997, pp. 31 et s.

PÂQUES, M., *Droit public élémentaire en quinze leçons*, Bruxelles, Larcier, 2005.

PÂQUES, M., DÉOM, D., ERNEUX, P.-Y. et LAGASSE, D., *Domaine public, domaine privé. Biens des pouvoirs publics*, Bruxelles, Larcier, 2008.

PARTSCH, K. J. et HÜFNER, K., « UNESCO Procedures for the Protection of Human Rights », in *Human Rights : International Protection Monitoring, Enforcement*, SYMONIDES, J. (dir.), Paris, UNESCO Publishing/Ashgate, 2003, pp. 111 et s.

PERIN, F., « Le statut juridique des spectacles et la liberté d'opinion », *R.D.I.D.C.*, 1958, Tome XXXV, pp. 423 et s.

PETERSON, R. A., « Problems in comparative research : The example of omnivorousness », *Poetics*, 2005, Vol. 33, n° 5, pp. 257 et s.

PETERSON, R. A., « Understanding audience segmentation : From elite and mass to omnivore and univore », *Poetics*, 1992, Vol. 21, n° 4, pp. 243 et s.

PICKARD, R., *Patrimoine culturel européen. Vol. II, Analyse des politiques et de la pratique*, Strasbourg, Publications du Conseil de l'Europe, 2005.

PICKARD, R. (dir.), *Policy and Law in Heritage Conservation*, London/New York, Spon Press, 2001.

POIRIER, J., « Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ? Le cas des accords de coopération dans le système fédéral belge », *Rev. dr. ULB*, 2006, Vol. 33, n° spécial, pp. 261 et s.

PONGY, M., « Entre modèles nationaux et eurogroupes d'intérêts professionnels : l'action de l'Union dans la culture », *Cultures & Conflits*, 1997, n° 28, pp. 2 et s.

PONTIER, J.-M., « Entre le local, le national et le supranational : les droits culturels », *A.J.D.A.*, septembre 2000, n° spécial, pp. 50 et s.

PONTIER, J.-M., RICCI, J.-C. et BOURDON, J., *Droit de la culture*, Paris, Dalloz, 1990.

POST, R. C. (dir.), *Censorhip and Silencing : Practices of Cultural Regulation*, Los Angeles, The Getty Research Institute for the History of Arts and Humanities Publications, 1998.

PROTT, L., « Cultural Rights as People's Rights », in *The Rights of Peoples*, CRAWFORD, J. (dir.), Vol. I., Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 94 et s.

PROTT, L., « Understanding One Another on Cultural Rights », in *Cultural Rights and Wrongs. A Collection of Essays in Commemoration of the 50th Anniversary of the Universal Declaration on Human Rights*, NIEC, H. (dir.), Paris, UNESCO Publishing, 1998, pp. 162 et s.

QUINTIN, M., *La protection du patrimoine culturel*, Bruges, Vanden Broele, 2009.

QUINTIN, M., « Quelques réflexions au sujet des liens entre la protection du patrimoine immobilier, la police de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire et d'autres polices administratives », *Amén.*, 2006, n° spécial, pp. 20 et s.

RABAGNY, A., *L'image juridique du monde. Apparence et réalité*, Paris, P.U.F., coll. Droit, éthique, société, 2003.

RAWLS, J., *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993.

RAWLS, J., *Théorie de la justice*, trad. fr. C. Audard, Paris, Seuil, 1987.

RAZ, J., *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.

RAZ, J., *Value, Respect, and Attachment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

REGOURD, S., « Le paradigme européen de la diversité culturelle à l'aune de la Convention UNESCO », *R.A.E.-L.E.A.*, 2006, n° 4, pp. 607 et s.

RENDERS, D., BOMBOIS, T. et VANSNICK, L., « La définition de la subvention », in *Les subventions*, RENDERS, D. (dir.), Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 11 et s.

RIBES, D., « Existe-t-il un droit à la norme ? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », *R.B.D.C.*, 1999, pp. 237 et s.

RIGAUX, F., « La liberté d'expression et ses limites », *Rev. trim dr. h.*, 1995, pp. 401 et s.

RIGAUX, F., « Le droit, à la découverte de l'art », *Ann. dr. Louvain*, 1988, pp. 471 et s.

RIGAUX, F., « Le patrimoine culturel : répartition des compétences et conflits de lois », *R.B.D.C.*, 1994, n° 1-2, pp. 41 et s.

RIMANQUE, K. et REYNTJENS, F., « Kunst en de vrijheid van expressie en haar beperkingen », in *Kunst en Wet*, RIMANQUE, K. (dir.), Antwerpen, Kluwer, 1985, pp. 1 et s.

RINGELHEIM, J., *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, coll. Centre des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain – Vol. 5, 2006.

RINGELHEIM, J., « La société démocratique comme espace culturel, pluraliste. Réflexions sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Discussion générale sur le droit de participer à la vie culturelle, 9 mai 2008, E/C.12/40/5.

RINGELHEIM, J. (dir), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

RINGELHEIM, J., « Minority Rights in a Time of Multiculturalism – The Evolving Scope of the Framework Convention on the Protection of National Minorities », *Human Rights Law Review*, 2010, Vol. 10, n° 1, pp. 99 et s.

RINGELHEIM, J., « Integrating Cultural Concerns in the Interpretation of General Individual Rights – Lessons from the International Human Rights Case Law », Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Discussion générale sur le droit de participer à la vie culturelle, 9 mai 2008, E/C.12/40/4.

RIVIÈRE, C., « Culture », in *Encyclopédie philosophique universelle. Les notions philosophiques* « Philosophie occidentale : A-L » - Tome II, AUROUX, S. (dir.), Paris, P.U.F., 1990, pp. 529 et s.

ROSOUX, G., « Cacophonie jurisprudentielle autour de la notion d'impôt », *J.L.M.B.*, 2003, n° 27, pp. 1191 et s.

RUET, C., « L'expression artistique au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme : analyse de la jurisprudence européenne », *Rev. trim. dr. h.*, 2010, n° 83, pp. 917 et s.

RUIZ FABRI, H. (dir.), *La Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles. Premier bilan et défis juridiques*, Paris, Société de législation comparée, coll. Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris - Vol. 21, 2010.

RYELANDT, N., « Le Groupe Wallonie-Bruxelles et le débat sur les institutions francophones », Bruxelles, CRISP, Courrier hebdomadaire, n° 4-5, 2009.

SAEZ, J.-P. (dir.), *Culture et Société. Un lien à recomposer*, Paris, Éditions de l'attribut, 2008.

SAGOT-DUVAUROUX, J.-L., « Agenda 21 de la culture : les 'autorités locales' championnes de la diversité culturelle ? », *Mouvements*, janvier-février 2005, n° 37, pp. 41 et s.

SAINT-PIERRE, D. et AUDET, C. (dir.), *Tendances et défis des politiques culturelles. Cas nationaux en perspective*, Québec, Presses de l'Université de Laval, coll. Chaire Fernand-Dumont sur la culture, 2010.

SANDEL, M. J., *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

SCHAUS, A., « L'incidence de la fédéralisation de l'État sur la mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels », in *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, ERGEC, R. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 121 et s.

SCHNEIDER, H. et VAN DEN BOSSCHE, P. (dir.), *Protection of Cultural Diversity from a European and International Perspective*, Antwerp, Intersentia, 2008.

SCHOLSEM, J.-C., « Observations sous l'arrêt n° 54/96 du 3 octobre 1996 de la Cour d'arbitrage », *Journ. proc.*, 1996, n° 312, pp. 31 et s.

SEN, A., *L'idée de justice*, trad. fr. P. Chemla, Paris, Flammarion, 2010.

SEPÚLVEDA, M., *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Utrecht, Intersentia, 2003.

SIIRIAINEN, F., « Le droit à la culture et l'accès aux œuvres de l'esprit. Réflexions sur la 'fonction' du droit d'auteur dans le cadre de sa 'fondamentalisation' », in *Droit économique et droits de l'homme*, BOY, L., RACINE, J.-B. et SIIRIAINEN, F. (dir.), Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 439 et s.

SILVERMAN, H. et RUGGLES, D. F. (dir.), *Cultural Heritage and Human Rights*, New York, Springer, 2007, pp. 3 et s.

SMIERS, J., « No copyright and no domination of cultural markets », Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Discussion générale sur le droit de participer à la vie culturelle, 8 mai 2008, E/C.12/40/4.

SOW, A., « Le droit de participer à la vie culturelle », Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Discussion générale sur le droit de participer à la vie culturelle, 9 mai 2008, E/C.12/40/19.

SSENYONJO, M., « Non-State Actors and Economic, Social and Cultural Rights », in *Economic, Social and Cultural Rights in Action*, BADERIN, M. A. et MCCORQUODALE, R. (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 109 et s.

STAMATOPOULOU, E., « The right to take part in cultural life », Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Discussion

générale sur le droit de participer à la vie culturelle, 9 mai 2008, E/C.12/40/9.

Stasse, F., *Rapport au ministre de la culture et de la communication sur l'accès aux œuvres numériques conservées par les bibliothèques publiques*, Paris, La Documentation française, 2005.

Stavenhagen, R., « Cultural Rights and Universal Human Rights », in *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, Eide, A., Krause, C. et Rosas, A. (dir.), Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 63 et s.

Stavenhagen, R., « Cultural Rights : A Social Science Perspective », in *Cultural Rights and Wrongs. A Collection of Essays in Commemoration of the 50th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*, Niec, H. (dir.), Paris, UNESCO Publishing, 1998, pp. 1 et s.

Stavenhagen, R., « The Right to Cultural Identity », in *Human Rights in a Pluralist World. Individuals and Collectivities*, Burgers, J. H. (dir.), London, Meckler, 1990, pp. 255 et s.

Steen, B., « Artikel 23 van de Grondwet en de rechtspraak van de Raad van State », in *Sociale en economische grondrechten. Artikel 23 Gw. : een stand van zaken na twee decennia – Les droits économiques et sociaux. Article 23 Const. : état des lieux après deux décennies*, Rauws, W. et Stroobant, M. (dir.), Antwerpen/Limal, Intersentia/Anthemis, 2010, pp. 130 et s.

Steiner, H. J. et Alston, P., *International Human Rights in Context : Law, Politics, Morals*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2000.

Strowel, A., *Droit d'auteur et copyright. Divergences et convergences*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1993.

Strowel, A., « La protection des mesures techniques : une couche en trop ? », *A&M*, 2001, n° 1, pp. 90 et s.

Strowel, A. et Tulkens, F., « Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur. À propos de la liberté de créer et d'user des œuvres », in *Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Strowel, A. et Tulkens, F. (dir.), Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 10 et s.

STROWEL, A. et TULKENS, F., « Le droit d'auteur dans la Belgique fédérale, De la répartition des compétences entre État national, Régions et Communautés aux contours du droit d'auteur », *Journ. proc.*, 1991, n° 197, pp. 6 et s.

SUDRE, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8e éd., Paris, P.U.F., 2006.

SYMONIDES, J., « Cultural Rights », in *Human Rights : Concept and Standards*, SYMONIDES, J. (dir.), Paris, UNESCO Publishing/Ashgate, 2008, pp. 189 et s.

TAVERNIER, P., « L'art et la Cour européenne des droits de l'homme », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Tome II, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1537 et s.

TAYLOR, C., *Les Sources du Moi*, Paris, Seuil, 1998.

TENÓRIO DE AMORIM, F. S., « La diversité des cultures et l'unité du marché : les défis de la Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles », in *Le patrimoine culturel de l'humanité/The Cultural Heritage of Mankind*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 355 et s.

THAMILMARAN, V. T., « Cultural Rights in International Law », *Sri Lanka J. Int'l L.*, 2001, Vol. 13, pp. 63 et s.

THIEL, P., « La protection du patrimoine en Région wallonne. Commentaire du décret du 18 juillet 1991 relatif aux monuments, sites et fouilles », *Amén.*, 1993, n° 1, pp. 2 et s.

THIEL, P., « Le classement d'un bien archéologique », *Amén.*, 1999, n° 2, pp. 124 et s.

THIEL, P., « Les Centres culturels. Commentaires du décret de la Communauté française du 28 juillet 1992 », *Rev. dr. comm.*, 1994, n° 2, pp. 99 et s.

THORNBERRY, P., « Cultural rights and universality of human rights », Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Discussion générale sur le droit de participer à la vie culturelle, 9 mai 2008, E/C.12/40/15.

TORREMANS, P. L. C., « Copyright as a Human Right », in *Copyright and Human Rights. Freedom of Expression – Intellectual Property*

– *Privacy*, Torremans, P. L. C. (dir.), The Hague/London/New York, Kluwer Law International, coll. Information Law Series - Vol. 14, 2004, pp. 1 et s.

Tricoire, A., « Quand la fiction exclut le délit », note sous T.G. I. Paris, 17e ch., 16 novembre 2006, *Les Petites Affiches*, 2007, n° 240-III, pp. 72 et s.

Tulkens, F., « Principes de bonne législation et renouveau démocratique : qui osera, en Belgique, réellement franchir le pas ? », in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 491 et s.

Tulkens, F., « Quand la Cour d'arbitrage se mue en équilibriste », *IDj*, 1996, pp. 3 et s.

Urfalino, P., *L'invention de la politique culturelle*, Paris, Hachette, 2004.

Uyttendaele, M., *Précis de droit constitutionnel belge. Regards sur un système institutionnel paradoxal*, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 2005.

Uyttendaele, M. et Witmeur, R., « La frontière linguistique entre deux eaux », *J.T.*, 1997, pp. 478 et s.

Van Compernolle, J. et Verdussen, M., « La responsabilité du législateur dans l'arriéré judiciaire », *J.T.*, 2007, n° 6270, pp. 433 et s.

Van Der Maren, N., « Les subventions des pouvoirs publics », in *Guide de droit immobilier*, Bruxelles, Kluwer, DIMM 60 (octobre 2010), VII.7.1.1.-1.

van Drooghenbroeck, S., « L'horizontalisation des droits de l'homme », in *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Dumont, H., Ost, F. et van Drooghenbroeck, S. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 355 et s.

van Drooghenbroeck, S., « Pour une mise à jour du droit constitutionnel belge des libertés publiques et des droits de l'homme. Réflexions au départ de l'article 22*bis* de la Constitution garantissant le droit de l'enfant à l'intégrité morale, physique, psychique et sexuelle », *A.P.T.*, 2002, pp. 130 et s.

van Drooghenbroeck, S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée*

simple au sérieux, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2001.

Van Hoorick, G., « Monumenten en stads-en dorpsgezichten in het Vlaams Gewest », *T.R.O.S.*, 2005, n° 40, pp. 336 et s.

Van Parijs, P., « Fondements d'une théorie de la justice. À propos d'un séminaire interdisciplinaire consacré à la philosophie politique de John Rawls », *R.I.E.J.*, 1982.

Van Parijs, P., *Qu'est qu'une société juste ? Introduction à la pratique de la philosophie politique*, Paris, Seuil, 1991.

Vande Lanotte, J. et Goedertier, G., *Overzicht publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2007.

Vande Lanotte, J. et Pelsmaeker, T., « Economic, Social and Cultural Rights in the Belgian Constitution », *Economic, Social and Cultural Rights : An Appraisal of Current International and European Developments*, Antwerp, Maklu, 2002, pp. 277 et s.

Vandeburie, A., *L'article 23 de la Constitution. Coquille vide ou boîte aux trésors ?*, Bruxelles, la Charte, 2008.

Vandeburie, A., « Le Conseil d'État et l'obligation de *standstill* déduite de l'article 23, alinéa 3, 4°, de la Constitution : de nouvelles précisions », *J.L.M.B.*, 2009, n° 2, pp. 75 et s.

Vandenhole, W., « Completing the UN Complaint Mechanisms for Human Rights Violations Step by Step : Towards a Complaints Procedure Complementing the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2003, Vol. 21, n° 3, pp. 423 et s.

Vanleemputten, P., *Les institutions bruxelloises. Leur position dans la structure fédérale de l'État, leur organisation, leur fonctionnement, leur financement*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit et justice, 2003.

Velaers, J., *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, Antwerpen, Maklu, 1991.

Velaers, J., « De kunstvrijheid als vrijheid van meningsuiting en de grenzen ervan », in *Kunst en recht*, Swennen, F. (dir.), Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2007, pp. 1 et s.

VELAERS, J., « Vlaanderen laat Brussel niet los : de Vlaamse invulling van de gemeenschapsautonomie in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad », in *Het statuut van Brussel. Bruxelles et son statut*, WITTE, E., ALEN, A., DUMONT, H. et ERGEC, R. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 595 et s.

VELU, J., « Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme », *R.B.D.I.*, 1980, pp. 293 et s.

VELU, J., *Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1981.

VERDOODT, A., *Naissance et signification de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, Louvain, Nauwelaerts, coll. Études morales, sociales et juridiques, 1964.

VERDUSSEN, M., *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

VERDUSSEN, M., « Le droit à un environnement sain dans les Constitutions des États européens », *Annuaire international des droits de l'homme*, 2006, Vol. I, pp. 327 et s.

VERDUSSEN, M., « Le droit de l'Union européenne jouit-il en Belgique d'une singularité constitutionnelle par rapport au droit international ? », in *Droit de l'Union européenne et droit international : les interactions normatives. Actes du Colloque des 3 et 4 février 2011 à l'Université de Paris I-Panthéon Sorbonne*, Paris L.G.D.J., 2012, pp. 87 et s.

VERDUSSEN, M., « Les droits de l'homme et la création artistique », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 1001 et s.

VERDUSSEN, M., « Les droits fondamentaux des citoyens dans la Belgique fédérale », *Revista catalana de dret públic*, 2005, n° 31, pp. 175 et s.

VERDUSSEN, M., « Les frontières de l'espace Wallonie-Bruxelles et la protection des minorités », *C.D.P.K.*, 2008, liv. 1, pp. 256 et s.

VERDUSSEN, M. et BONBLED, N., « Les droits culturels et sociaux dans la Constitution belge », in *Les droits culturels et sociaux des plus défavorisés*, VERDUSSEN, M. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 35 et s.

VERDUSSEN, M., DEPRÉ, S. et BOMBOIS, T., « Les devoirs fondamentaux en droit constitutionnel comparé », in *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, DUMONT, H., OST, F. et VAN DROOGHENBROECK, S. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 261 et s.

VERDUSSEN, M. et NOËL, A., « Les droits fondamentaux et la réforme constitutionnelle de 1993 », *A.P.T.*, 1994, pp. 127 et s.

VERNIMME, I., « De vergoeding van de auteur in het kader van het individueel beheer : wettelijke bepalingen en rechtspraak », *A&M*, 2005, n° 5, pp. 359 et s.

VIBERT, S., « Le pluralisme culturel comme réponse politique au fait de la diversité culturelle ? », *Mouvements*, janvier-février 2005, n° 37, pp. 15 et s.

VOGEL-POLSKY, E., « La reconnaissance en droit international des droits économiques, sociaux et culturels de la personne et son interrelation avec l'article 23 de la Constitution », in *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, ERGEC, R. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 43 et s.

VOON, T., *Cultural Products and the World Trade Organization*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

VOORHOF, D., « De tentoonstelling van picturale kunst en de goede zeden », note sous Gand, 2 mai 1988, *T.G.R.*, 1988, pp. 119 et s.

VOORHOF, D., « Het uitleenrecht gekneld tussen auteursrecht en cultuurpolitiek 'un droit reconnu mais inappliqué' ? », *A&M*, 2003, n° 3, pp. 311 et s.

VOORHOF, D., « La liberté d'expression est-elle un argument légitime ? La parodie en tant que métaphore », in *Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, STROWEL, A. et TULKENS, F. (dir.), Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 39 et s.

VOORHOF, D., « Parodie, kunstexpressievrijheid en auteursrecht », *A&M*, 2008, n° 1, pp. 27 et s.

VOORHOF, D., « Proces Kuifjeparodie moet word overgedaan », *Juristenkrant*, 2010, pp. 6 et s.

WACHSMANN, P., « La religion contre la liberté d'expression : sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.U.D.H.*, 1994, pp. 441 et s.

WACHSMANN, P., « Liberté d'expression et négationnisme », *Rev. trim. dr. h.*, 2001, pp. 586 et s.

WACHSMANN, P., « Vers un affaiblissement de la protection de la liberté d'expression par la Cour européenne des droits de l'homme ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2009, n° 78, pp. 491 et s.

WALZER, M., *'Comment' on/in Charles Taylor. Multiculturalism and 'The Politics of Recognition'*, Princeton, Princeton University Press, 1994.

WARD, D. (dir.), *The European Union and the culture industries : regulation and the public Interest*, Ashgate, 2008.

WERQUIN, T., « La Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 sur les droits de l'enfant et l'aide sociale aux étrangers en séjour illégal », *J.T.T.*, 2000, n° 769, pp. 241 et s.

WIENER, C. et HANON, F., « La participation et les activités sociales et culturelles », in *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*, DELPÉRÉE, F. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1986, pp. 329 et s.

WIGNY, P., *La troisième révision de la Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 1972.

WIGNY, P., *Plan quinquennal de politique culturelle*, Ministère de la politique culturelle française, 1968.

WILSON, B., « Quelques réflexions sur l'adoption du protocole facultatif se rapportant au pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », *Rev. trim. dr. h.*, 2009, n° 78, pp. 295 et s.

WOUTERS, J. et DE MEESTER, B., « Cultural Diversity and the WTO : David versus Goliath ? », in *Protection of Cultural Diversity from a European and International Perspective*, SCHNEIDER, H. et VAN DEN BOSSCHE, P. (dir.), Antwerp, Intersentia, 2008, pp. 85 et s.

WOUTERS, J. et DE MEESTER, B., « The UNESCO Convention on Cultural Diversity and WTO Law : A Case Study in Fragmentation of International Law », *Journal of World Trade*, 2008, n° 42, pp. 205 et s.

WOUTERS, J. et VAN EECKHOUTTE, D. (dir.), *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2006.

YOUNG, S. P., *Beyond Rawls. An Analysis of the Concept of Political Liberalism*, New York/Oxford, University Press of America, 2002.

ZOLLINGER, A., « CEDH : nouvel équilibre entre liberté artistique et protection de la morale », *Légipresse*, avril 2010, n° 271, pp. 78 et s.

ZOLLINGER, A., *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, Poitiers, L.G.D.J., coll. Faculté de droit et des sciences sociales, 2008.

ZOLLINGER, A., « La liberté artistique en grâce auprès de la CEDH » *Légipresse*, octobre 2007, n° 245, pp. 205 et s.

ZOLLINGER, A., « Les bibliothèques numériques, ou comment concilier droit à la culture et droit d'auteur », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 21 juin 2007, n° 25, pp. 1784 et s.

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements 9
Sommaire 11
Table des principales abréviations 13
Préface 17
Introduction 23
I. – **Le contexte général** 23
II. – **L'objet : le droit de participer à la vie culturelle** 25
III. – **La méthode** 26
IV. – **Les hypothèses** 32
V. – **Les prolégomènes** 33
A. – La notion de « droit fondamental » 33
B. – La justiciabilité des droits fondamentaux 39
1. *La juridicité des droits fondamentaux et le droit subjectif* 39
2. *La justiciabilité des droits fondamentaux : une palette de nuances* 42
a) L'effet d'orientation 43
b) L'effet direct 44
c) L'obligation de standstill 48
IV. – **Le plan de la thèse** 49

PARTIE I.

LES FONDEMENTS THÉORIQUES DU DROIT À LA CULTURE

Introduction de la première partie 53
Titre I. – **Le concept de culture** 55
Introduction 57
Chapitre I. – Les acceptions générales du concept de culture 59
Introduction 59
Section I. – **L'origine étymologique du concept de culture** 59
Section II. – **Les quatre notions de culture** 61
§ 1. – *La culture comme condition humaine* 63
§ 2. – *La culture comme figure sociale* 64

A. La définition « anthropologique » et sa réception en droit international 65
B. L'alternative herméneutique : la culture en tant qu'institution du sens 67
§ 3. – *La culture comme ensemble de pratiques aptes à faire sens* 69
§ 4. – *La culture comme création et comme patrimoine* 73
A. La démarche créative et le patrimoine comme incarnation des significations 74
B. L'enjeu de la participation à la culture entendue comme un ensemble de pratiques culturelles à partir desquelles se construit le travail sur le sens et qui incarne ce travail 76
C. Culture de masse, recherche du sens et diversité culturelle 79
Conclusions du Chapitre I 81
Chapitre II. – La réception juridique du concept de culture 85
Section I. – **La spécificité du concept de culture comme concept juridique** 85
§ 1. – *L'« image juridique » de la culture* 85
§ 2. – *La spécificité de l'« image juridique » de la culture dans le droit à la culture* 88
Section II. – **Le concept de culture retenu** 89
§ 1. – *La culture en tant que notion de droit constitutionnel* . . 90
§ 2. – *La culture dans la présente thèse* 90
Conclusions du Chapitre II 93
Conclusions du Titre I 95
Titre II. – **La légitimité des politiques culturelles** 99
Introduction 101
Chapitre I. – L'existence et la pertinence de justifications libérales des politiques culturelles 105
Introduction 105
Section I. – **Le rôle de l'État dans la culture d'un point de vue libéral** 108
§ 1. – *Les fondements du libéralisme et les politiques culturelles* 109
§ 2. – *Les justifications libérales des politiques culturelles* . . . 114
A. Le principe d'égalité des chances et le soutien public dans la culture 115
1. Les politiques culturelles et l'espace public 115

2. La lutte contre le chômage des artistes 116
3. La lutte contre les phénomènes de distinction culturelle et pour la participation culturelle de tous à l'espace public culturel 118
B. Le principe de différence et le soutien public dans la culture 123
1. La valeur intrinsèque des arts. 124
2. L'« aesthetic welfare » et le besoin de beau 127
3. Le besoin d'art 129
4. La structure culturelle comme « context of choice » . 130
a) *L'enrichissement de la structure culturelle de la société : une politique exigée par le principe de différence*. 130
b) *Les critiques libérales de l'argument* 132
C. La culture comme un bien public 135
SECTION II. – **Les objections communautariennes et herméneutiques aux théorie libérales** 141
§ 1. – *L'impossible idéologie de la neutralité*. 143
A. La restriction de la raison pratique à une fonction d'explicitation « neutre » 143
B. Le mythe de la « neutralité épistémique » ou « méta-éthique » 144
C. L'impraticable « neutralité politique » 145
§ 2. – *Une conception réductrice de la justice* 147
§ 3. – *La négation des dimensions culturelles constitutives des individus et des sociétés* 149
A. La négation de la dimension culturelle, le « moi désengagé » et l'« asocialité » 149
B. La négation et la destruction de la dimension culturelle par l'État libéral 151
Conclusions du Chapitre I 154
CHAPITRE II. – L'ÉLABORATION D'UNE JUSTIFICATION DES POLITIQUES CULTURELLES FONDÉE SUR LE MULTICULTURALISME ET LE COMMUNAUTARISME MODERNE. 159
Introduction 159
SECTION I. – **Les communautés constitutives des communautariens**. 159
§ 1. – *La conception communautarienne de la formation du sujet* 160
§ 2. – *Les limites du communautarisme* 163
SECTION II. – **L'équilibre entre libertés et dimensions culturelles dans le multiculturalisme**. 164

§ 1. – *Le pari du multiculturalisme : réconcilier le libéralisme avec la dimension culturelle* 165
§ 2. – *Les justifications multiculturalistes des politiques culturelles* 169
A. Des droits polyethniques 169
B. Le soutien à la structure culturelle en tant que source de liberté 170
§ 3. – *Les limites du multiculturalisme* 172
SECTION III. – **Le communautarisme moderne et la construction du sens** 173
SECTION IV. – **Notre justification des politiques culturelles** 174
§ 1. – *Une conception des « structures culturelles » comme sources de liberté* 175
§ 2. – *L'enrichissement des structures culturelles comme exigence de justice* 176
§ 3. – *L'élargissement de la participation aux structures culturelles comme exigence de justice* 178
§ 4. – *La reconnaissance de l'égale dignité des structures culturelles comme exigence de justice* 179
Conclusions du Chapitre II 181
CONCLUSIONS DU TITRE II 185
CONCLUSIONS DE LA PARTIE I 189

PARTIE II.
LA RECONNAISSANCE DU DROIT À LA CULTURE

INTRODUCTION DE LA DEUXIÈME PARTIE 195
TITRE I. – **LES SOURCES DU DROIT À LA CULTURE** 199
CHAPITRE I. – EN DROIT INTERNATIONAL 201
SECTION I. – **La reconnaissance du droit à la culture dans les instruments de protection des droits de l'homme** 205
§ 1. – *L'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme* 205
§ 2. – *La reconnaissance du droit à la culture dans les instruments de protection des droits économiques, sociaux et culturels* 211
A. Dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels 212
B. Dans les textes régionaux 218
1. La Charte sociale européenne, la Charte sociale européenne révisée et la Recommandation 1990 sur le droit de participer à la vie culturelle 219

2. Le Protocole de San Salvador 222
§ 3. – *La reconnaissance du droit à la culture dans les instruments de protection des droits civils et politiques* 223
A. Dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques 223
B. Dans les textes régionaux 228
1. La reconnaissance « par la bande » du droit à la culture dans la Convention européenne des droits de l'homme 229
a) *Les tentatives d'inclusion des droits culturels dans la Convention* 229
b) *La protection du droit à la culture par la liberté de créer* 231
c) *La protection du droit à la culture par la liberté de recevoir et de communiquer des informations* 232
d) *La protection du droit à la culture par la liberté d'association* 234
e) *La protection du droit à la culture dans les restrictions au droit à la propriété* 235
2. La Convention américaine relative aux droits de l'homme 236
3. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples 237
§ 4. – *La reconnaissance du droit à la culture dans les instruments relatifs aux droits fondamentaux de l'Union européenne* 237
§ 5. – *La reconnaissance du droit à la culture dans les instruments catégoriels* 240
A. Dans les instruments de protection des minorités 241
B. Dans les instruments de protection des peuples autochtones 244
C. Dans les instruments de protection des migrants 244
D. Dans les instruments de protection des droits des femmes 245
E. Dans les instruments de lutte contre le racisme 246
F. Dans les instruments de protection des enfants 247
SECTION II. – **La reconnaissance du droit à la culture dans les instruments relatifs aux politiques culturelles** 250
§ 1. – *Les instruments de l'UNESCO* 251
A. La Convention pour la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles 253
B. Les Conventions relatives à la sauvegarde et à la protection du patrimoine culturel et naturel 262

C. Les recommandations de l'UNESCO 265
§ 2. – *Dans les instruments régionaux* 266
A. Les instruments de coopération culturelle développés au sein du Conseil de l'Europe 266
B. Les politiques culturelles de l'Union européenne 269
C. Les autres instruments régionaux de coopération culturelle 274
Conclusions du Chapitre I 275
CHAPITRE II. – EN DROIT CONSTITUTIONNEL 281
SECTION I. – **La reconnaissance du droit à la culture dans les droits constitutionnels culturels** 281
§ 1. – *Dans le droit à l'épanouissement culturel* 282
§ 2. – *Dans la liberté d'expression artistique* 283
SECTION II. – **La reconnaissance du droit à la culture dans la répartition des compétences** 286
§ 1. – *Les missions culturelles dans la répartition des compétences culturelles* 286
A. Des compétences culturelles qui traduisent des missions culturelles 287
B. L'identification des missions culturelles dans le concept de « matières culturelles » 289
§ 2. – *L'identification des missions culturelles dans les compétences culturelles* 293
A. Les missions de conservation et de promotion du patrimoine 293
B. Les missions de soutien et de promotion de la création artistique et sa diffusion 298
C. Les missions en matière d'éducation permanente, d'animation socio-culturelle, de politique de la jeunesse et de Lecture publique 300
1. Les missions culturelles en matière d'éducation permanente et de politique de la jeunesse 300
2. Les missions culturelles en matière de bibliothèques et services similaires 301
3. Les missions culturelles en matière d'animation socio-culturelle, de formation artistique et d'enseignement artistique 303
D. Les missions en matière de coopération culturelle internationale 303
§ 3. – *Missions culturelles et fonctions des politiques culturelles* 305
A. La fonction de « rassemblement » 305

B. La fonction de « démocratisation de la culture » 307
C. La fonction de démocratie culturelle 312
D. Empilement des fonctions et nouveaux paradigmes ... 315
Conclusions du Chapitre II 318

Conclusions du Titre I 321

Titre II. – **Les éléments constitutifs du droit à la culture** 323

Chapitre I. – L'objet et les attributs 325
Section I. – **En droit international** 325
§ 1. – *L'évolution de l'interprétation de l'objet du droit à la culture* 328
A. À l'origine : la « Haute Culture » 328
1. L'interprétation originaire de l'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme 329
2. L'interprétation originaire de l'article 15 du Pidesc . 331
B. L'élargissement à la diversité des expressions culturelles 334
1. L'interprétation de l'article 27 au sein de l'UNESCO .. 335
2. L'évolution de l'interprétation de l'article 15 du Pidesc 336
C. L'élargissement aux expressions culturelles de toutes les « communautés » 340
1. L'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et la vie culturelle de toutes les communautés 341
2. L'article 15 du Pidesc et la vie culturelle de toutes les communautés 341
3. L'article 27 du Pidcp et la vie culturelle des minorités 344
4. Les autres instruments 344
5. Une interprétation en lien avec la Convention sur la diversité culturelle 345
D. Vers la reconnaissance du droit à l'identité culturelle : l'élargissement à la culture au sens anthropologique 346
1. L'interprétation de l'article 27 du Pidcp et du droit d'avoir « sa propre vie culturelle » 347
2. L'élargissement de l'interprétation de l'article 15 du Pidesc 348
E. Les écueils affectant la notion de culture dans le droit à la culture en droit international 355
1. Le dédoublement du droit à la culture dans l'extension de son objet 355

2. L'impact de l'élargissement de l'objet du droit à la culture sur la nature et la fonction de ce droit 357
3. Une extension sans fondement ?.... 359
a) *Une extension dépassant l'ethnocentrisme ?* 359
b) *Une extension cohérente avec le concept de diversité culturelle et le droit international ?*.... 360
c) *La consolidation d'une jurisprudence du Comité ?* . 363
4. Les effets de l'extension de l'objet du droit à la culture sur l'effectivité de ce droit 364
5. L'objet du droit à la culture redéfini 368
SECTION II. – **En droit constitutionnel** 370
§ 1. – *L'identification de l'objet du droit dans les droits culturels* 370
§ 2. – *L'identification de l'objet du droit à la culture et les « matières culturelles »* 373
A. Le Constituant, le législateur spécial et le concept de culture 373
B. Les rubriques de l'article 4 de la loi spéciale et le champ culturel 376
C. Analyse en cercles concentriques 378
Conclusions du Chapitre I 378
CHAPITRE II. – LES PRÉROGATIVES ET LES TITULAIRES.... 383
SECTION I. – **Les prérogatives induites du droit à la culture**.... 384
§ 1. – *La liberté artistique* 387
A. En droit international 388
B. En droit constitutionnel 391
§ 2. – *Le droit au maintien, au développement et à la diffusion des patrimoines et des cultures*.... 393
A. En droit international 393
1. La place réduite des droits fondamentaux dans les instruments de protection du patrimoine et de la diversité culturelle.... 393
2. Vers une formulation d'un droit aux patrimoines et à la diversité culturelle dans les instruments du droit international de la culture 396
B. En droit constitutionnel 399
§ 3. – *Le droit d'accéder à la culture et à l'information en matière culturelle* 399
A. En droit international 400
B. En droit constitutionnel 402
C. La fondamentalité de l'accès à la culture en situation de pauvreté.... 405

§ 4. – *Le droit de prendre part à la vie culturelle* 409
A. En droit international 409
B. En droit constitutionnel 411
§ 5. – *La liberté de choix en matière culturelle* 411
A. En droit international 412
B. En droit constitutionnel 415
§ 6. – *Le droit de participer à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques culturelles* 417
A. En droit international 417
B. En droit constitutionnel 417
§ 7. – *L'égalité en matière culturelle (renvoi)* 419
§ 8. – *La conciliation entre les différentes prérogatives du droit à la culture* 420
A. Le principe de pluralisme comme conciliation de la liberté et de l'égalité en matière culturelle 422
B. La conciliation des différentes prérogatives induites du droit à la culture dans les critères de soutien à la culture 427
1. Les critères de subventionnement relatifs au respect des principes démocratiques 430
2. Les agréments et les labellisations 436
SECTION II. – **Les titulaires du droit à la culture** 437
§ 1. – *Un droit essentiellement individuel à dimension collective* 437
§ 2. – *Le rôle privilégié de la liberté d'association* 442
Conclusions du Chapitre II 444
CHAPITRE III. – LES OBLIGATIONS ET LES DÉBITEURS 449
SECTION I. – **Les obligations induites du droit à la culture** 449
§ 1. – *La dimension objective du droit à la culture* 450
§ 2. – *Du dépassement de la classification en générations de droits à l'élaboration d'un régime commun à tous les droits* 454
A. Le dépassement de la distinction entre générations de droit 454
B. La reconnaissance d'obligations positives et négatives pour tous les droits 458
C. Les obligations de respecter, protéger et réaliser 462
§ 3. – *La typologie des obligations découlant du droit à la culture* 464
A. L'obligation de respecter le droit à la culture 466
1. L'interdiction d'entraver ou de porter atteinte, directement ou indirectement, au droit à la culture . . 469

2. L'interdiction d'établir des discriminations à l'égard du droit à la culture 474
3. L'interdiction d'entraver l'action des personnes privées ou morales participant à la réalisation du droit à la culture 479
4. L'interdiction de mettre en œuvre des politiques qui affectent le droit à la culture. 480
B. Les obligations de protéger le droit à la culture. 481
1. L'obligation d'empêcher des tiers, les entreprises et les autres États d'entraver le droit à la culture . . . 482
2. L'obligation de protéger les individus de toute forme de discrimination dans l'exercice du droit à la culture. 485
3. L'obligation de protéger le droit à la culture dans les délégations de service public 487
C. L'obligation de réaliser le droit à la culture 488
1. L'obligation de créer un cadre institutionnel adéquat pour la réalisation du droit à la culture 489
2. L'obligation de faciliter la réalisation du droit à la culture. 491
3. L'obligation de fournir les moyens permettant de réaliser le droit à la culture 494
4. L'obligation de promouvoir le droit à la culture 498
§ 4. – *Le « noyau dur » du droit à la culture : tableau*. 499
Section II. – **Les débiteurs des obligations induites du droit à la culture** 506
§ 1. – *Les autorités débitrices du droit à la culture*. 506
A. Les autorités publiques 506
B. Les particuliers ?. 508
Conclusions du Chapitre III. 520
Conclusions du Titre II 523
Conclusions de la deuxième partie 525

PARTIE III.
LA JUSTICIABILITÉ DU DROIT À LA CULTURE

Introduction de la troisième partie 529
TITRE PRÉLIMINAIRE. **Les degrés de justiciabilité du droit à la culture** 531
Chapitre I. – L'effet d'orientation 533

CHAPITRE II. – L'EFFET DIRECT. 537
SECTION I. – **L'effet direct « au sens large » du droit à la culture** 538
§ 1. – *Les critères de l'effet direct au sens large* 539
§ 2. – *L'effet direct « au sens large » du droit à la culture* 542
SECTION II. – **L'effet direct « au sens restreint »** 543
§ 1. – *Les critères de l'effet direct au sens restreint* 544
A. L'existence d'un droit subjectif 544
B. Le critère objectif et le critère subjectif 544
C. L'approche contextualisée 547
§ 2. – *L'effet direct « au sens restreint » du droit à la culture* . . 552

CONCLUSION DU TITRE PRÉLIMINAIRE. 555

TITRE I. – **L'EFFET DIRECT « AU SENS RESTREINT » DU DROIT À LA CULTURE** 557

CHAPITRE I. – L'IDENTIFICATION *DE LEGE LATA* 559
SECTION I. – **L'obligation de respecter la liberté artistique** 559
§ 1. – *L'absence d'« exceptio artis »* 561
§ 2. – *L'effectivité de l'obligation de respecter et de protéger les spécificités de la création artistique* 566
A. En droit belge 569
B. Le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. 577
1. La jurisprudence antérieure à l'arrêt *Apocalypse* 577
2. L'arrêt *Apocalypse* 585
3. L'arrêt *Lindon* 590
4. L'arrêt *Akdas*. 597
C. En droit comparé 601
1. Le droit public français 601
2. Le droit constitutionnel des États-Unis 603
D. Mieux assumer les spécificités de la liberté artistique . . 609
SECTION II. – **L'obligation de respecter l'accès à l'information culturelle** 611
SECTION III. – **L'obligation de respecter l'accès aux patrimoines et aux cultures**. 613
§ 1. – *Les fondements de la liberté d'accéder aux patrimoines et aux cultures*. 613
§ 2. – *La portée de la liberté d'accéder aux patrimoines et aux cultures* 614
SECTION IV. – **L'obligation de protéger la liberté artistique et la participation active contre les excès du droit d'auteur** . . . 617
§ 1. – *La contextualisation de l'obligation de protéger la liberté artistique* 617

A. Le droit belge 618
1. La citation 618
2. La parodie 619
3. Autres exceptions 623
B. Le droit de la Convention européenne des droits de l'homme 625
C. Le droit comparé 625
§ 2. – *L'obligation de protéger la liberté artistique face à un droit d'auteur controversé* 630
SECTION V. – **L'obligation de respecter, de protéger et de réaliser l'égalité en matière culturelle** 639
§ 1. – *Le droit à l'égalité de traitement à l'égard des biens et services culturels mis à disposition du public* 640
§ 2. – *Le droit à l'égalité dans la loi dite du Pacte culturel* . . . 641
§ 3. – *Les inégalités engendrées par la loi dite du Pacte culturel* 645
SECTION VI. – **L'obligation de respecter, de protéger et de réaliser le droit de participer aux politiques culturelles** 647
SECTION VII. – **L'obligation de respecter la liberté d'association en matière culturelle** 649
SECTION VIII. – **L'obligation de respecter le libre choix en matière culturelle** 650
Conclusions du Chapitre I 651
CHAPITRE II. – L'IDENTIFICATION *DE LEGE FERENDA* 657
SECTION I. – **L'obligation de protéger l'accès à l'information en matière culturelle** 658
§ 1. – *La contextualisation de l'obligation de protéger l'accès à l'information en matière culturelle dans les limites et exceptions du droit d'auteur* 659
§ 2. – *Le refus de reconnaître un droit subjectif dérivant de la liberté de recevoir des informations* 661
§ 3. – *L'effet direct de l'obligation de protéger l'accès à l'information en matière culturelle contextualisée dans les exceptions au droit d'auteur* 662
SECTION II. – **L'obligation de protéger l'accès à la culture et aux patrimoines : vers la reconnaissance d'un droit subjectif** . 663
§ 1. – *Une problématique complexe* 664
A. L'inexistence d'un droit subjectif d'accéder aux patrimoines et aux cultures dans le droit d'auteur et le *copyright* 664
B. Les fondements du refus de consacrer un droit subjectif d'accéder aux patrimoines et aux cultures 665

§ 2. – *L'appréhension actuelle du conflit* 668
A. Le domaine public 669
B. Les exceptions et limitations légales du droit d'auteur 672
1. La reproduction et l'exécution privée d'œuvres dans le « cercle de la famille » 674
2. Les limites au profit de l'enseignement, d'activités scolaires et de recherche scientifique. 681
3. Les limites insérées au profit des institutions culturelles et de diffusion de la culture. 683
4. Les limites insérées au profit des établissements hospitalier, pénitentiaire, d'aide à la jeunesse ou d'aide aux personnes handicapées. 688
5. La limite insérée au profit de la reproduction provisoire 689
C. Les limites imposées par la théorie de l'abus de droit . . 689
§ 3. – *L'approche contextualisée ou la nécessité de réconcilier droit à la culture et droit d'auteur* 692
A. Un débat sur la qualification juridique des exceptions au droit d'auteur déconnecté du droit à la culture. 693
B. La qualification des exceptions au droit d'auteur en lien avec le droit à la culture 698
§ 4. – *La conciliation entre droit d'auteur et droit à la culture* de lege ferenda 701
Conclusions du Chapitre II 707
CONCLUSIONS DU TITRE I. 711
TITRE II. – **L'OBLIGATION DE *STANDSTILL* ET LE DROIT À LA CULTURE** . 713
INTRODUCTION 715
CHAPITRE I. – L'APPLICATION DE L'OBLIGATION DE *STANDSTILL* AU DROIT À LA CULTURE. 721
SECTION I. – **L'identification du champ d'application de l'obligation de *standstill* pour le droit à la culture** 721
§ 1. – *Le champ d'application matériel : la détermination des obligations susceptibles d'engendrer une obligation de* standstill *et de leur portée* 721
A. L'exigence de précision des obligations. 722
B. Le niveau de protection requis par les obligations 723
§ 2. – *Le champ d'application personnel : l'identification des débiteurs et des créanciers de l'obligation de* standstill . . 728
A. Les débiteurs. 728
1. Les législateurs, débiteurs principaux 728
a) *L'obligation de* standstill *accompagne les obligations positives assumées par les autorités compétentes* 729

b) *L'obligation de* standstill *s'applique lorsque les pouvoirs publics agissent hors de leur sphère de compétence : le cas de l'obligation de créer une bibliothèque publique et des politiques culturelles à Bruxelles* 729
c) *L'obligation de* standstill *et les interventions multiples sur une obligation positive découlant du droit à la culture : le cas du « tax shelter »* 733
d) *L'obligation de* standstill*, la défédéralisation et les transferts de compétences* 735
2. L'exécutif 737
a) *L'application du principe de* standstill *aux délégations à l'exécutif* 737
b) *L'application du principe de* standstill *dans l'exécution des lois* 738
c) *L'application du principe de* standstill *en matière réglementaire : le cas des arrêtés royaux visant la promotion de l'épanouissement culturel des plus défavorisés* 739
d) *L'application de l'obligation de* standstill *aux actes individuels : déplacement de la fonction normative et principe de subsidiarité* 741
3. Le juge 750
4. Les particuliers 750
B. Les créanciers 752
§ 3. – *Le champ d'application temporel : le point de départ et le point de comparaison de l'obligation de* standstill 753
SECTION II. – **L'identification de la portée de l'obligation de *standstill* pour le droit à la culture** 754
§ 1. – *Les atteintes matérielles à l'obligation de* standstill *induite du droit à la culture* 754
A. Les compensations 754
B. Les reculs 756
C. La prise en compte de la pratique dans l'évaluation des reculs et dans les comparaisons entre niveaux de protection 768
1. Dans l'évaluation des reculs 768
2. Dans l'identification du plus haut niveau de protection : le cas de l'inaliénabilité des collections des musées 768
§ 2. – *La justification des atteintes matérielles à l'obligation de* standstill *induite du droit à la culture* 770

§ 3. – *L'évaluation des atteintes matérielles à l'obligation de* standstill *: la nécessité d'une évaluation législative et d'indicateurs* 774
A. La nécessité d'une évaluation législative systématique . . . 774
1. L'indispensable évaluation de la réalisation du droit à la culture 775
2. Les obstacles à l'évaluation systématique de la réalisation du droit à la culture 776
B. La nécessité d'indicateurs relatifs au droit à la culture . . . 780
Conclusions du Chapitre I 781

CHAPITRE II. – LES POTENTIALITÉS DE L'OBLIGATION DE *STANDSTILL* POUR LE DROIT À LA CULTURE 785
SECTION I. – **La nécessité d'élaborer une procédure d'évaluation législative et des indicateurs. Quelques balises** 785
§ 1. – *L'obligation d'élaborer une évaluation législative basée sur le droit à la culture* 785
A. Une obligation procédurale particulièrement importante pour le droit à la culture 786
B. Les caractéristiques de l'évaluation de la réalisation du droit à la culture 787
§ 2. – *Les indicateurs du droit à la culture* 791
A. L'élaboration des indicateurs 792
B. Une proposition d'indicateurs du droit à la culture . . . 793
SECTION II. – **Exploration de quelques cas d'application du principe de *standstill* au droit à la culture** 797
§ 1. – *Les reculs dans l'obligation de réaliser le droit à la conservation du patrimoine* 797
§ 2. – *Les reculs dans l'obligation de réaliser l'accès à la culture à l'école* 798
A. Le recul 799
B. Des mesures compensatoires 801
§ 3. – *Les reculs dans l'obligation de protéger l'accès à la culture dans le cadre du droit d'auteur* 804
A. Les reculs 805
1. Le recul dans l'accès libre au domaine public 808
2. Le recul dans l'accès aux œuvres : la détermination de la réservation par le titulaire du droit 810
3. Les reculs dans le bénéfice des exceptions 811
B. Les mesures compensatoires 816
§ 4. – *L'application du principe de* standstill *aux coupes budgétaires massives dans les budgets de la culture* 818

§ 5. – *Quel rôle pour le* standstill *dans la remise en question des politiques culturelles par le droit économique international ?* 819
Conclusions du Chapitre II 825
Conclusions de la troisième partie 827
Conclusions 829
Bibliographie sélective 837
Table des matières 881