

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'irréductible subjectivité de la réception des œuvres

Michaux, Benoit; Michaux, Clarisse

Published in:

Revue interdisciplinaire d'études juridiques

Publication date:

2023

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Michaux, B & Michaux, C 2023, 'L'irréductible subjectivité de la réception des œuvres: perspectives croisées de droit, de philosophie de l'art et d'esthétique', *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, numéro 90, pp. 81-107.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

L'irréductible subjectivité de la réception des œuvres : perspectives croisées de droit, de philosophie de l'art et d'esthétique

Benoît Michaux, Clarisse Michaux

DANS **REVUE INTERDISCIPLINAIRE D'ÉTUDES JURIDIQUES** 2023/1 (VOLUME 90), PAGES 81 À 107
ÉDITIONS **UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS - BRUXELLES**

ISSN 0770-2310

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2023-1-page-81.htm>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...

Flashez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Université Saint-Louis - Bruxelles.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

**L'irréductible subjectivité de la réception des œuvres :
perspectives croisées de droit, de philosophie de l'art
et d'esthétique**

Benoît MICHAUX

Professeur à l'Université de Namur
Chargé de cours invité à la KULeuven

et

Clarisse MICHAUX

Assistante doctorante en philosophie à l'Université de Louvain

Résumé

Qu'est-ce qu'une œuvre aux yeux du droit ? Pour essentielle qu'elle soit, cette question a été esquivée par le droit durant une période qui a paru interminable. Il a fallu en effet attendre 2018 avec l'arrêt Levola de la Cour de justice de l'Union européenne pour en savoir plus sur la nature de l'œuvre aux yeux du droit ; et encore, ce qu'on en a appris à l'époque se résumait à ceci : l'œuvre correspond à un objet qui doit être identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité. La philosophie offre un prisme permettant au juriste d'apercevoir les effets des exigences qu'il a conçues par rapport à la notion d'œuvre, via l'arrêt Levola. Les développements qui suivent examinent respectivement la portée de ces exigences – leurs conséquences et leurs angles morts – en ce que celles-ci invitent le spectateur à identifier l'œuvre avec précision et objectivité. Au centre de cet examen se dessinent en creux la question du caractère ouvert de l'œuvre, et au-delà, celle du sens de la création.

**Abstract : The irreducible subjectivity of the reception of works :
intersecting perspectives from law, philosophy of art and aesthetics**

What is a work according to the law ? Essential as it is, this question has been sidestepped by the law for what seemed like an interminable period. Indeed, it was not until 2018 with the Levola ruling of the Court of Justice of the European Union that we learned more about the nature of the work according to the law; and even then, what we learned was this: the work corresponds to an object that must be identifiable with sufficient precision and objectivity. Philosophy offers a prism through which the lawyer can see the effects of the requirements he has devised in relation to the concept of

the work, via the Levola judgment. The following developments examine the scope of these requirements, their consequences and their blind spots, in that they invite the viewer to identify the work with precision and objectivity. At the core of this examination is the question of the open nature of the work, and beyond that, the meaning of creation.

1. La récente définition de la notion d'œuvre par le droit

Qu'est-ce qu'une œuvre aux yeux du droit ?¹ Pour essentielle qu'elle soit, cette question a été esquivée par le droit durant une période qui a paru interminable, comme s'il s'était trouvé tétanisé par un exercice définitionnel auquel il est pourtant rompu en temps normal. Reportons-nous un moment aux origines de ce constat. Lorsqu'il a décidé d'instaurer à l'échelon international un système de protection au bénéfice des œuvres et de leurs créateurs par l'entremise de la propriété littéraire et artistique – c'était il y a longtemps² – le droit s'est prioritairement concentré sur l'étendue de la protection³. En revanche, les conditions d'éligibilité à la protection, et surtout l'objet même de la protection, ont été mis entre parenthèses pour une période dont la durée interroge.

A. Un processus définitionnel chaotique

Ce constat de carence est perturbant car le droit est communément réputé définir d'emblée l'objet dont il traite. D'abord la définition de l'objet, ensuite les conditions de son admission à la protection, et enfin l'étendue de sa protection. Tel est l'ordre systématique habituellement suivi par le rédacteur de la norme juridique. À titre d'exemple, c'est dans cet ordre classique que se présente la réglementation européenne dans un autre domaine de la propriété intellectuelle, à savoir celui des marques de produits et de services⁴.

¹ À propos de cette question, en particulier dans le contexte du droit d'auteur, voyez, à la suite des évolutions jurisprudentielles récentes, B. MICHAUX, « Qu'est-ce qu'une œuvre en droit d'auteur ? L'arrêt *Levola* et au-delà », *R.C.J.B.*, 2021, p. 17-70.

² Le texte fondateur date du XIX^e siècle : la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, dans sa version initiale, a été adoptée le 9 septembre 1886.

³ Ce qui a donné lieu à une première génération de droits exclusifs en faveur de l'auteur, tel que le droit de reproduire l'œuvre, de la traduire ou d'en effectuer la transmission publique.

⁴ Voyez à cet égard la première directive sur les marques, adoptée par le législateur de l'Union européenne : Première directive 89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques. Celle-ci traite dès le départ la question de la définition de la marque et de l'exigence essentielle à laquelle elle doit satisfaire, à savoir le caractère distinctif.

Rien de tel dans le domaine des œuvres. Il a fallu des décennies avant que n'émerge enfin – c'était en 2009 – avec toute l'autorité requise par la sécurité juridique, un énoncé clair et ferme de la condition d'originalité à laquelle l'œuvre doit satisfaire pour accéder à la protection par le droit d'auteur⁵. Il a fallu ensuite encore attendre près d'une dizaine d'années – c'était en 2018 – pour en savoir plus sur la nature de l'œuvre aux yeux du droit⁶ ; et encore, ce qu'on en a alors appris se résumait à ceci : l'œuvre correspond à un objet qui doit être identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité⁷ ; ou pour reprendre la formule désormais consacrée : « La notion d'œuvre implique nécessairement l'existence d'un objet identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité »⁸. Il ne s'agit donc pas d'une véritable définition de l'œuvre, mais tout au plus de l'indication de deux exigences qui pèsent sur la notion d'œuvre. Certes, ces exigences renvoient davantage à la *perception* de l'œuvre dans le chef du récepteur⁹ qu'à des traits substantiels de l'œuvre, comme on y reviendra abondamment. Mais il n'empêche que le droit les rattache aussi, de façon directe, aux œuvres elles-mêmes, en ce sens que la perception dans le chef du récepteur est censée, pour l'institution judiciaire, se fonder sur des propriétés de l'objet¹⁰.

⁵ L'originalité au sens juridique du terme a été posée comme une condition et définie par la Cour de justice de l'Union européenne, pour la première fois dans un arrêt du 16 juillet 2009 (CJCE, *Infopaq*, C-5/08, EU:C:2009:465). Dans cette décision, la Cour indique que « le droit d'auteur (...) n'est susceptible de s'appliquer que par rapport à un objet qui est original en ce sens qu'il est une création intellectuelle propre à son auteur » (point 37 de l'arrêt). Dans une décision ultérieure (CJUE, arrêt du 1^{er} décembre 2011, *Painer*, C-145/10, EU:C:2013:138), la Cour précisera la condition d'originalité en énonçant que « (...) une création intellectuelle est propre à son auteur lorsqu'elle reflète la personnalité de celui-ci » (point 88), ce qui est le cas « si l'auteur a pu exprimer ses capacités créatives (...) en effectuant des choix libres et créatifs » (point 89).

⁶ Il s'agit de l'arrêt prononcé le 13 novembre 2018 par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Levola* (C-310/17, EU:C:2018:899). Dans cette dernière affaire, la Cour devait répondre à la question de savoir si la saveur d'un produit alimentaire est susceptible d'être protégée par le droit d'auteur – question à laquelle elle a répondu par la négative.

⁷ Point 40 de l'arrêt *Levola*, *supra* note 6.

⁸ CJUE, arrêt du 12 septembre 2019, *Cofemel*, C-683/17, EU:C:2019:721, points 32 et 53 ; CJUE, arrêt du 11 juin 2020, *Brompton*, C-833/18, EU:C:2020:461, point 25.

⁹ S'agissant de la saveur d'un produit alimentaire, l'arrêt *Levola* (*supra* note 6) renvoie aux « sensations » et « expériences gustatives » « de la personne qui goûte » (point 42). À sa suite, l'arrêt *Cofemel* (*supra* note 8) se réfère aux « sensations (...) de la personne qui perçoit l'objet en cause » (point 34).

¹⁰ Dans le cas de certains types d'œuvres (par exemple les œuvres picturales), la Cour va jusqu'à déclarer d'autorité que l'objet est doté de propriétés qui en permettent l'identification précise et objective, sans prendre la peine de se référer à la perception par la personne qui le reçoit : « une œuvre (...) picturale (...) est (*sic*) une expression précise et objective » (arrêt *Levola*, *supra* note 6, point 42).

En somme, le droit s'y est pris à rebours de ses habitudes concernant les œuvres : d'abord l'étendue de la protection, ensuite l'accès à la protection, et enfin, la définition de l'objet¹¹.

Au-delà de l'inversion du processus méthodologique, ce qui frappe, c'est le choix des exigences à satisfaire pour que l'objet soit éligible à la protection par le droit d'auteur. Certes, les exigences de précision et d'objectivité, le droit les avait déjà retenues précédemment, mais dans un tout autre contexte : à l'époque, c'était pour spécifier l'éligibilité d'un objet à la protection d'un autre droit que le droit d'auteur, celui de la marque, à savoir une chose destinée à distinguer des produits ou des services¹².

Pareille évolution du droit dans le domaine des œuvres ne va pas sans susciter une réflexion critique, aussi bien en ce qui concerne le principe de l'activité définitionnelle qu'en ce qui concerne les exigences retenues pour l'éligibilité de l'objet à la protection juridique en tant qu'œuvre.

B. L'activité définitionnelle

S'agissant de l'activité définitionnelle, on remarquera que par le passé, le droit a régulièrement refusé de s'ériger en jury d'art. Cette posture semble relever d'une modestie de bon aloi, en ce sens que le juriste peut difficilement prétendre être le mieux placé pour adopter des positions de fond en matière de création. Il y a dans cette attitude, peut-être, une volonté pour le droit de s'afficher en retrait de la réalité : dans cette hypothèse, le droit pourrait signifier qu'il conçoit sa mission comme une mission périphérique qui consiste à réguler depuis l'extérieur des pratiques qui n'ont pas besoin de lui pour trouver en elles leur raison d'être.

¹¹ Si l'on admet que l'énonciation des exigences de précision et d'objectivité liées à l'identification de l'objet participent à la définition de l'œuvre. Ce qui n'est pas le point de vue défendu ici.

¹² CJCE., arrêt du 12 décembre 2002, *Sieckmann*, C-273/00, EU:C:2002:748, à propos d'un signe olfactif destiné à désigner des services. Le domaine des signes distinctifs (c'est-à-dire des marques), à l'instar du domaine des œuvres, fait partie de la propriété intellectuelle au sens large, si bien qu'*a priori* on pourrait trouver cohérent d'adopter des critères communs dans les deux domaines. Toutefois cette solution n'allait pas de soi, le droit considérant qu'au sein de la propriété intellectuelle chaque régime de protection poursuit des objectifs différents, lesquels vont de pair avec des mécanismes et des principes de protection qui sont différents. Voyez en ce sens M. SZPUNAR, avocat général près la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Cofemel* (C-683/17, conclusions, ECLI:EU:C:2019:363, points 5 et 56). Si néanmoins, les critères de précision et d'objectivité ont pu s'imposer tant en droit des marques qu'en droit d'auteur, c'est, semble-t-il, au motif que dans les deux domaines les tiers ont droit à la sécurité juridique dans le processus d'identification de l'objet protégé, que celui-ci soit une marque (arrêt *Sieckmann*, précité, point 37) ou une œuvre (arrêt *Levola*, *supra* note 6, point 41).

En l'occurrence, il est vrai que la création peut parfaitement exister et se déployer sans qu'il lui soit nécessaire pour cela d'appeler le droit à l'aide. Ce n'est pas à dire que la création n'a besoin d'aucun secours extérieur pour clarifier son concept ; simplement, ce n'est pas au juriste qu'elle s'adressera. Du reste, comme déjà relevé, le droit, probablement conscient de ses propres limites, a délibérément évité, dans un premier temps, de se rendre sur un terrain qui aurait pu le conduire à des définitions malheureuses, voire à des jugements de valeur. Le droit – singulièrement le droit d'auteur – a fréquemment indiqué qu'il se veut neutre dans le domaine de la création. C'est en ce sens qu'il faut comprendre la formule régulièrement utilisée selon laquelle les tribunaux ne sont pas des jurys d'art¹³ ou la règle qui veut que le mérite artistique soit sans pertinence pour déclencher la protection juridique de l'œuvre par le droit d'auteur¹⁴.

Ce qui est interpellant à cet égard, c'est que le droit donne l'impression d'avoir finalement changé d'avis, quittant son poste d'observateur neutre pour participer, lui aussi, à l'élaboration du concept d'œuvre, se rendant ainsi sur un terrain qui se situe au-delà de la zone purement juridique. Car, en insistant sur les exigences de précision et d'objectivité, le droit, comme nous serons amenés à le voir, formule sans le vouloir une certaine forme de jugement artistique. Plus troublant que ce renoncement à la neutralité encore : le droit s'est orienté vers une caractérisation inattendue. En retenant les paramètres de la précision et de l'objectivité pour spécifier la nécessaire identification de l'objet candidat au statut d'œuvre, le droit s'est tourné vers une approche de type économique¹⁵. Regardons cela de plus près.

C. Les critères définitionnels et le prisme du récepteur de l'œuvre

Si les deux paramètres précités se sont imposés, c'est d'abord parce que le droit a privilégié le point de vue du spectateur (au sens large). C'est en effet à ce dernier que l'arrêt *Levola* confie la tâche d'identifier l'objet candidat au statut d'œuvre. Ainsi, lorsque l'objet consiste dans la saveur d'un produit alimentaire, c'est aux « sensations » et aux « expériences gustatives (...) de la personne qui goûte le produit concerné » que le droit se

¹³ A. STROWEL, notamment, observe que les juges n'ont pas à se transformer en jury d'art ou patrons de la culture in A. STROWEL, « Omnia sunt ©omunia : des opera au Big Data », *R.I.E.J.*, vol. 81, 2018, n°2, p. 177-209, spéc. p. 184.

¹⁴ Voyez la loi française sur le droit d'auteur qui exclut expressément la prise en considération du mérite : article L.112-1, du Code de la propriété intellectuelle (France).

¹⁵ C'est l'arrêt *Levola* (*supra* note 6) qui est visé ici et qui sera encore largement mobilisé dans la suite de la contribution.

réfère¹⁶, dans le but de vérifier si cette personne est en mesure d'identifier l'objet avec suffisamment de précision et d'objectivité¹⁷. Dans l'arrêt *Cofemel*¹⁸, le droit réfère à « la personne qui perçoit l'objet en cause »¹⁹ et à « chaque personne appelée à regarder celui-ci »²⁰. Certes, dans l'arrêt *Levola*, la Cour de justice déclare d'autorité qu'une œuvre picturale « est » une expression précise et objective, sans réquisitionner le spectateur pour décrire avec précision et objectivité ce qu'est l'œuvre qu'il appréhende. Il y a là, probablement, un manque de cohérence de la part de la Cour. Cela n'enlève toutefois rien au fait que, par ailleurs, quand elle s'exprime d'une manière générale, la Cour convoque bel et bien le spectateur pour vérifier s'il est en mesure d'identifier un objet précis et objectif quand il est confronté à l'objet candidat à la protection. Il importe donc d'adopter ce prisme général pour l'analyse que poursuit la présente contribution. Bien plus, l'arrêt *Levola* tend à traiter le spectateur à l'égal d'un consommateur, comme s'il était acquis qu'une œuvre, à l'instar d'un produit, cible un ensemble de clients aux yeux desquels elle ne peut être reconnue comme œuvre que s'il y a parmi eux un consensus pour identifier les mêmes traits dominants, de façon précise et objective.

Le droit a encore renforcé son approche économique voire productiviste en retenant en outre la perspective du concurrent du créateur de l'œuvre²¹ ; dans cette optique-ci, une œuvre ne peut exister comme œuvre que si elle réussit à se révéler de manière précise et objective aux yeux du concurrent, dans le but de permettre à ce dernier de créer à son tour une œuvre, différente de la première.

D. L'effet d'exclusion vis-à-vis de certaines créations

Le résultat de cette évolution se situe aux antipodes de ce qui aurait pu être attendu si le droit s'était cantonné, comme il semblait l'avoir annoncé, à une neutralité stricte par rapport à la notion d'œuvre. S'il avait en effet persisté dans son refus d'assumer la fonction d'un jury d'art (et s'il n'avait pas non plus délégué au récepteur de l'objet la mission d'en identifier les traits de façon précise et objective²²), le droit serait resté perméable à

¹⁶ Voyez l'arrêt *Levola* (*supra* note 6), point 42.

¹⁷ *Ibidem*, point 40.

¹⁸ *Supra* note 8.

¹⁹ Voyez l'arrêt *Cofemel* (*supra* note 8), point 34.

²⁰ *Ibidem*, point 53.

²¹ Voyez l'arrêt *Levola* (*supra* note 6), point 41 et les réflexions critiques qui sont consacrées ci-après à cet aspect, ainsi que les notes qui les accompagnent, notamment la note 85 et la note 93.

²² Voyez plus haut les passages renvoyant aux notes 16 à 21.

une notion « d'œuvre ouverte »²³ et évolutive telle qu'elle se déploie dans le monde réel. Son revirement en faveur d'une notion plus contrôlée et plus rigide de l'œuvre²⁴ le conduit à rétrécir le champ d'application de cette notion et, par voie de conséquence, pourrait bien le détourner de son objectif initial qui est de stimuler la culture en général²⁵. Sont en effet déclarées désormais exclues du droit, au nom de l'impératif de précision et d'objectivité, une palette de créations qui échouent à satisfaire à ces exigences, telles que les créations gustatives²⁶ et olfactives²⁷. S'agissant des créations gustatives, l'arrêt *Levola* les rejette expressément de la zone de protection, en particulier la saveur d'un produit alimentaire, dont la Cour de justice estime que « l'identification (...) repose essentiellement sur des sensations et des expériences gustatives qui sont subjectives et variables »²⁸ ; soit une identification qui, en raison de la subjectivité intrinsèque²⁹ qui la détermine, est incapable de répondre aux exigences de précision et d'objectivité³⁰. Quant aux œuvres olfactives, il fait peu de doute qu'elles sont vouées à connaître un sort comparable, dès lors que leur identification se heurte aux mêmes faiblesses³¹.

Cet échec à l'ouverture dans le chef du droit génère une désillusion d'autant plus vive qu'il en rappelle une précédente. Ce n'est pas la première fois, en effet, que le droit se trouve confronté à sa propre impuissance pour intégrer en son sein des catégories de créations qu'il juge incompatibles avec l'idée qu'il se fait lui-même de la création. On se souviendra à ce propos de la plus grande réserve manifestée par le droit à l'égard des

²³ Au sens auquel il sera fait référence plus loin, c'est-à-dire au sens d'Umberto Eco, *L'œuvre ouverte*, trad. Ch. Roux de Bezieu, coll. Points, Paris, Seuil, 2015 [1962], p. 95.

²⁴ Dès lors que le droit requiert à présent un consensus au sein de l'ensemble du public, à l'égard de la précision et de l'objectivité de l'objet candidat à la protection, le seuil de protection se voit élevé : il y a une plus grande rigidité (moins d'ouverture) dans la définition de l'objet éligible au statut d'œuvre.

²⁵ Pour le législateur européen, l'objectif du droit d'auteur est de favoriser la création culturelle et de préserver l'autonomie et la dignité du créateur (voyez en ce sens la Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, onzième considérant).

²⁶ L'arrêt *Levola* (*supra* note 6) refuse la protection à une œuvre gustative.

²⁷ Voyez B. MICHAUX, *op. cit.*, *supra* note 1.

²⁸ Point 42 de l'arrêt *Levola*, précité (*supra* note 6).

²⁹ Les mots « sensations intrinsèquement subjectives » figurent dans l'arrêt *Cofemel*, rendu postérieurement à l'arrêt *Levola* (point 34 de l'arrêt *Cofemel*, *supra* note 8).

³⁰ Au point 40, l'arrêt *Levola* requiert que l'objet soit « identifiable avec suffisamment de précision et d'objectivité » (arrêt *Levola*, *supra* note 6).

³¹ On relèvera que le droit a d'ailleurs déjà rejeté les stimuli olfactifs dans le domaine du droit des marques, au motif que ceux-ci n'étaient pas susceptibles d'une description précise et objective : voyez, en ce sens, l'arrêt *Sieckmann* de la Cour de justice, *supra* note 12 (voir notamment le point 55 de l'arrêt).

œuvres dites d'art conceptuel, comme l'illustrent plusieurs procès emblématiques à la fin du vingtième siècle³². À l'époque, ce n'était pas encore une définition de l'œuvre à proprement parler qui provoquait un blocage de la part du droit, mais une certaine conception de la distinction entre idée et forme, étant entendu que pour le droit, seule la forme et non l'idée donne prise à son action³³.

Au regard de ce qui précède, la philosophie offre un prisme permettant au juriste d'apercevoir les effets des exigences qu'il a conçues par rapport à la notion d'œuvre, via l'arrêt *Levola*. Les développements qui suivent examinent respectivement la portée de ces exigences, leurs conséquences et leurs angles morts, en particulier quand elles invitent le spectateur à identifier l'œuvre avec précision et objectivité. Au centre de cet examen se dessinent en creux la question du caractère ouvert de l'œuvre, et au-delà, celle du sens de la création.

2. La réception des œuvres et l'identification

En déplaçant sa focale habituelle de l'artiste vers le public³⁴, l'arrêt *Levola* semble faire droit à une mouvance de la philosophie de l'art et de l'esthétique³⁵ qui tend à mettre en évidence le rôle actif du spectateur dans l'art³⁶. Parce qu'il confie au spectateur la tâche d'identification de l'œuvre

³² Il est notamment fait référence aux procès relatifs à l'empaquetage du « *Pont-Neuf* » par CHRISTO ainsi qu'à l'œuvre « *Paradis* » réalisé par Jakob GAUTEL.

³³ Voyez la manière dont Nadia WALRAVENS a traité cette discussion dans sa thèse de doctorat : N. WALRAVENS, *L'œuvre d'art en droit d'auteur. Forme et originalité des œuvres d'art contemporaines*, Paris, Economica, 2005.

³⁴ Historiquement, c'est l'auteur et non le public qui a capté l'attention du droit : c'est la personnalité de l'auteur qui été la focale en ce sens que c'est elle qui détermine la protégeabilité de l'œuvre par le droit et qui définit le contenu de cette protection, en termes de prérogatives patrimoniales et extra-patrimoniales accordées à l'auteur. Le public, dans ce contexte historique, n'est que celui à qui l'auteur veut bien destiner son œuvre.

³⁵ Le droit préfère généralement éviter le mot *art* à propos de l'œuvre (voyez néanmoins *infra*, note 67) de même qu'il s'abstient le plus souvent de recourir à l'expression *expérience esthétique* car il tient à préserver son autonomie vis-à-vis de la philosophie et de ce qu'il appelle la *science de l'art* (voyez à ce propos, les réflexions teintées de scepticisme du professeur de droit I. CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, Lausanne, 1985, p. 23-24, et note 25). Il n'empêche que l'arrêt *Levola* se réfère bel et bien à un type d'expérience esthétique dans le chef du spectateur (voyez *infra* la note 69), tout en ne proposant aucune explication concernant cette notion.

³⁶ Il ne s'agit pas d'une tendance uniforme : cette « mouvance » peut trouver à se manifester à des degrés variés : d'un simple intérêt pour la réception, jusqu'à une théorie normative de l'art participatif, en passant par une définition de l'esthétique en termes relationnels. Voir notamment les exemples suivants : J. DEWEY, *L'art comme expérience*, trad. J. P. Cometti e.a., Paris, Gallimard, 2010 ; H. R. JAUSS, *Pour une esthétique de la réception*, trad. C. Maillard, Paris, Gallimard, 1990 ; F. POPPER, *Art action et participation. L'artiste et la créativité aujourd'hui*, coll.

d'art³⁷, le droit paraît se rapprocher de la maxime duchampienne selon laquelle « le tableau est autant fait par le regardeur que par l'artiste »³⁸. Aux yeux du droit, la légitimité du spectateur s'expliquerait de la manière suivante. C'est en tant que le spectateur fait de l'œuvre d'art une expérience esthétique³⁹ qu'il est réquisitionné par le droit pour décrire avec précision et objectivité ce qu'est l'œuvre caractérisable appréhendée, et en deçà, pour discriminer une œuvre de ce qui ne l'est pas. Mais le recours au spectateur ne se justifie que pour peu que son expérience esthétique se produise à la manière dont le droit la conçoit, c'est-à-dire comme ce qui donne lieu à une identification précise et objective. La prémisse cachée du raisonnement du droit est dès lors de considérer que la relation caractéristique du spectateur à l'œuvre qui est une relation esthétique s'articule autour d'une identification objective et précise de l'œuvre appréhendée. Bien entendu, la relation esthétique n'est pas la seule modalité d'après laquelle le spectateur peut entrer en relation avec l'œuvre d'art⁴⁰. Cependant il y a fort à parier que c'est pour cette modalité de relation que le droit le convoque : sinon, il serait question dans les textes juridiques d'un recours à d'autres acteurs plus qualifiés selon l'angle de travail adopté par le droit. Ainsi, on peut volontiers supposer que pour une question d'histoire de l'art, le droit ferait appel à des historiens de l'art ; pour une question d'authentification, à des experts techniques ; etc. Toujours est-il que c'est ici au spectateur, et très probablement *en sa qualité de spectateur*, que le droit choisit de s'en remettre et que cette décision se fonde sur une certaine manière d'envisager la relation esthétique entretenue par le spectateur avec les œuvres : l'appréhension esthétique des œuvres par le spectateur est pensée par le droit comme une relation donnant lieu à une identification précise et objective.

d'esthétique, Paris, Klincksieck, 2007 ; N. BOURRIAUD, *Esthétique relationnelle*, Dijon, Les presses du réel, 1998.

³⁷ Voyez les passages auxquels il est renvoyé dans les notes 16 et 17.

³⁸ G. CHARBONNIER, *Entretiens avec Marcel Duchamp*, Marseille, André Dimanche éditeur, 1994.

³⁹ A cet égard, *l'expérience esthétique*, telle qu'on peut la définir philosophiquement et non pas juridiquement, est entendue tout au long de l'article comme expérience de réception au sens large, c'est-à-dire non exclusivement perceptif ou aïsthétique. L'utilisation du terme esthétique se calque sur la définition qu'en donne J.-M. SCHAEFFER, *Les célibataires de l'art. Pour une esthétique sans mythes*, coll. Nrf Essais, Paris, Gallimard, 1996. D'après cette acception, le terme esthétique englobe des éléments cognitifs et même conceptuels.

⁴⁰ Cf. par exemple G. GENETTE, *L'œuvre de l'art*, tome II, *La relation esthétique*, coll. Poétique, Paris, Seuil, 1997, p. 150-151 ou J.-M. SCHAEFFER, *L'expérience esthétique*, coll. Nrf Essais, Paris, Gallimard, 2015, p. 41.

Une telle conception inscrit la relation esthétique dans un certain paradigme cognitivo-perceptif, celui de la reconnaissance, qui n'est pas sans rappeler certains éléments de la *Gestalttheorie*. Or, s'il est indéniable que la *Gestalttheorie* a pu nourrir certaines théories de l'art⁴¹, des travaux récents de psychologie de la perception et « d'écologie de l'attention »⁴² ont démontré à quel point le modèle de la *Gestalt* se prête peu à décrire les manières dont le spectateur s'engage généralement dans la réception des œuvres d'art⁴³. On s'en souvient, la matrice du gestaltisme, malgré la diversité des écoles auxquelles le courant a donné naissance, est celle d'un système psychologique qui a travaillé à mettre en évidence, dans le champ de la perception, l'existence de mécanismes cognitifs fondamentaux au sein desquels la forme globale prévaut sur une saisie agrégative des parties d'un ensemble⁴⁴. Plus encore, selon la psychologie de la forme, « la perception saisirait immédiatement une *configuration* de stimuli déjà dotée d'une organisation objective ; l'acte perceptif ne ferait que reconnaître cette configuration, par un isomorphisme fondamental entre les structures de l'objet et celles, physio-psychologiques du sujet »⁴⁵. Il convient de préciser que cette opération de saisie d'une « forme » (*Gestalt*) par un sujet ne doit pas être comprise en un sens géométrique strict⁴⁶ ni en un sens exclusivement visuel – en témoignent des écrits héritiers du gestaltisme qui étudient la « forme » à l'œuvre dans des médiums non visuels tels que la musique⁴⁷.

⁴¹ Pour des exemples, voir R. ARNHEIM, *Art and Visual Perception. A Psychology of the Creative Eye*, Berkeley, University of California Press, 1974 ; F. SAINT-MARTIN, *La théorie de la Gestalt et l'art visuel. Essai sur les fondements de la sémiotique visuelle*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 1990 ; R. R. BEHRENS, « Art, Design and Gestalt Theory », *Leonardo*, vol. 4, 1998, p. 299-303.

⁴² Au sens de Y. CITTON, *Pour une écologie de l'attention*, coll. La couleur des idées, Paris, Seuil, 2014.

⁴³ Sur la pertinence d'une prise en compte des travaux de psychologie dans le cadre d'une recherche de philosophie traitant de la relation esthétique, voir J.-M. SCHAEFFER, *L'expérience esthétique*, *op. cit.*, *supra* note 39, notamment p. 13 et 32. Il va de soi toutefois qu'il n'a pas fallu attendre de tels travaux pour mettre en cause une description gestaltiste de la réception esthétique.

⁴⁴ G. THINÈS, « Gestaltisme », *Encyclopaedia Universalis*, en ligne, <https://www.universalis.fr/en/cyclopedie/gestaltisme> (consulté le 3 mai 2023).

⁴⁵ U. ECO, *op. cit.*, *supra* note 23, p. 95.

⁴⁶ G. THINÈS, *op. cit.*, *supra* note 44, p. 6 : « En résumé, la partie du champ qui est vue comme forme est celle qui est délimitée phénoménalement par un contour précis et retient l'attention. On la qualifie de "forme" non pas en raison de sa disposition géométrique, mais avant tout parce que sa différenciation perceptive est élevée ».

⁴⁷ Voir par exemple L. B. MEYER, « Meaning in Music and Information Theory », *Journal of Aesthetics and Art Criticism*, vol. 14, juin 1957, n°4, p. 412-424 ; et « Some Remarks on Value and Greatness in Music », *Journal of Aesthetics and Art Criticism*, vol. 17, juin 1959, n°4, p. 486-500 cité dans U. ECO, *op. cit.*, *supra* note 23, p. 99-108.

Sans assimiler du tout au tout l'exigence d'identification que l'arrêt *Levola* fait peser sur la réception d'une œuvre à une psychologie de la forme, on peut néanmoins convenir de sa parenté avec une logique d'inspiration gestaltiste, qui est résolument celle de la reconnaissance, et qui consiste à déceler les aspects saillants d'un objet⁴⁸ qui apparaissent au sujet comme propres à le définir (ou le saisir dans son phénomène le plus évident). Une telle logique procède par « schématisation » et est guidée par un objectif : car identifier, c'est fixer, c'est subsumer sous une catégorie connue, et en amont, sélectionner *en vue de* déterminer⁴⁹. Parce qu'elle sélectionne, la « stratégie attentionnelle »⁵⁰ de la reconnaissance est nécessairement « sérielle »⁵¹ : elle trie, et établit des priorités. En ce sens, elle relève d'une attention qu'on peut qualifier de « standard » et nullement caractéristique de l'attention esthétique⁵². Elle coïncide avec notre rapport le plus commun à notre environnement, celui qui permet de nous y repérer :

Prenons le cas de la perception visuelle et imaginons-nous que je découvre dans un coin de mon jardin une plante qu'à première vue je ne reconnais pas comme appartenant à l'une des espèces qui me sont familières. Confronté à une telle situation, j'essaie de subsumer le plus rapidement possible la plante sous une catégorisation générale déjà connue : en consultant ma mémoire, je cherche des indices génériques (forme des feuilles, taille de la plante, éventuellement forme et couleur de ses fleurs ou fruits) qui me permettront de relier ce que je vois à un maximum de propriétés « cachées », non occurrence dans ma perception, mais compatibles avec elles. Autrement dit, j'interpréterai ma perception à la lumière d'un schème cognitif. Ce schème (...) fonctionnera comme un « raccourci » entre la diversité des sensations et la modélisation cognitive (...). C'est grâce à des schèmes de ce type que nous avons l'illusion de vivre dans un monde « familier », alors même que

⁴⁸ Avec GENETTE, autorisons-nous à parler « d'objets » d'art en comprenant dans ce terme, « des événements et des actions (comme une performance dramatique) et [...] des objets idéaux (comme un texte littéraire ou musical) ». Cf. G. GENETTE, *op. cit.*, *supra* note 40, p. 162.

⁴⁹ Pour la description de ce que nous appelons ici « logique de la reconnaissance » ou « logique de l'identification », nous puisons abondamment parmi les considérations de Jean-Marie SCHAEFFER caractérisant ce que lui-même désigne par « style attentionnel convergent » ou encore « style attentionnel standard » dans le chapitre II (« L'attention esthétique ») de *L'expérience esthétique*, *op. cit.*, *supra* note 40, p. 47-112.

⁵⁰ Y. CITTON, *Pour une écologie de l'attention*, *op. cit.*, *supra* note 42, p. 179-246 cité par J.-M. SCHAEFFER, *L'expérience esthétique*, *op. cit.*, *supra* note 40, p. 52.

⁵¹ J.-M. SCHAEFFER, *L'expérience esthétique*, *op. cit.*, *supra* note 40, p. 70.

⁵² Pour une explication plus détaillée de la distinction qu'on peut établir entre « attention standard » et « attention en régime esthétique », voir *ibidem*, p. 51 et s.

nous sommes immergés dans un flux d'« impressions », de « stimuli » sans cesse changeants⁵³.

À l'examen, le type d'attention en jeu dans l'expérience esthétique se situe aux antipodes de cette logique, et ce, non tant en ce qui concerne la nature des ressources cognitives et perceptives mobilisées qu'en ce qui concerne la visée de l'attention⁵⁴. Plus exactement, l'attention esthétique, est, dans une certaine mesure, dépourvue de visée : sa visée est sa propre « reconduction »⁵⁵. Elle ne cherche qu'à se prolonger, et supposément ne se prolonge aussi longtemps qu'elle est satisfaisante *comme processus*⁵⁶. La satisfaction qu'elle trouve en elle-même et qui justifie le maintien de son activité rend compte du fait que l'activité attentionnelle esthétique n'est subordonnée, dans sa conduite, à aucune fin qui lui serait extrinsèque : le plaisir éprouvé à cette activité est ce qui régule cette même activité⁵⁷. À l'attention esthétique, il ne préside aucune tâche prédéterminée, contrairement à ce qui se produit dans le cadre d'une démarche d'identification. Lors d'une identification, il y a recherche de ce dont on peut rendre compte avec, peut-être, objectivité et précision. Non soumise à cette contrainte, l'attention esthétique, elle, se présente comme une libre exploration aspectuelle⁵⁸, qui, certes, peut *choisir* de se focaliser sur tel ou tel élément, mais dont le choix n'est régi par aucun impératif cognitif comme celui que peut constituer l'identification. Partant, l'attention esthétique est une attention ouverte et dont l'itinéraire n'est pas rigide ; elle n'est pas cadenassée par la nécessité de hiérarchiser ni même de sélectionner l'information : « L'absence de tâche

⁵³ *Ibidem*, p. 58.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 25, 32, 45, 52, 90. À la page 45 : « (...) l'expérience esthétique est une expérience humaine de base, et plus précisément une expérience attentionnelle exploitant nos ressources cognitives et émotives communes, mais les infléchissant d'une manière caractéristique, inflexion en laquelle réside sa spécificité "expérientielle" » et à la page 52 : « les mêmes ressources peuvent être engagées dans des stratégies attentionnelles différentes », renvoyant à Y. CITTON, *Pour une écologie de l'attention*, *op. cit.*, *supra* note 42, p. 179-246 (sur la question des stratégies attentionnelles). Voir aussi B. NANAY, *L'esthétique, une philosophie de la perception*, trad. J. Morizot, coll. Aesthetica, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2021, p. 35.

⁵⁵ J.-M. SCHAEFFER, *L'expérience esthétique*, *op. cit.*, *supra* note 40, p. 91. Voir aussi B. NANAY, *ibidem*, p. 35.

⁵⁶ La défense de l'activité esthétique comme activité hédonique (ou « satisfaisante ») dépasse largement l'ambition de cet article. Pour un argumentaire en ce sens, voir J.-M. SCHAEFFER, « Chapitre IV : L'expérience esthétique comme expérience hédonique », in *ibidem*, p. 177-250. Au demeurant, il s'agit d'une affirmation rarement contestée.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 197-198.

⁵⁸ Qui s'attache à l'aspect. Suivant Gérard GENETTE, on privilégie ici cette dimension pour ne pas donner l'impression de réduire le spectre de l'attention esthétique ni à la forme (au sens de contour) ni au perceptif (ce qui risquerait d'exclure des œuvres plus conceptuelles). Cf. G. GENETTE, *op. cit.*, *supra* note 40, p. 14-16.

spécifique qui nous serait assignée nous met dans une posture de réceptivité généralisée qui nous invite à nous engager dans une attention distribuée »⁵⁹. On pourrait même suggérer que c'est cette ouverture (ou cette dimension distribuée) qui constitue le ressort de la relation esthétique⁶⁰. En effet, si la visée de l'expérience esthétique est sa « reconduction », alors la possibilité d'investir à *loisir* tel ou tel aspect d'une œuvre sans devoir en privilégier *certain*s dans un horizon définitionnel, constitue la ressource propre à faire naître le désir de la renouveler – ou même, de l'initier. Autrement dit, dans l'expérience esthétique, il importerait davantage à celui qui la vit de conserver à sa disposition une multiplicité de points d'intérêt dans l'œuvre que de fixer en un foyer précis son attention. Et ce, à tel point que l'incapacité du sujet à isoler un trait susceptible de définir l'œuvre qui fait l'objet de son expérience esthétique se présente moins comme un défaut que comme l'accomplissement de la nature même de cette activité spécifique. Le corollaire de cette hypothèse condamne l'identification à coïncider avec une absence ou une cessation de l'expérience esthétique. La focalisation définitive sur un ou des aspects déterminés de l'œuvre, qui de surcroît ont constitué le support d'une forme d'élucidation conceptuelle (on a dit par ces aspects précis ce qui dans l'œuvre fait de l'œuvre ce qu'elle est), tend à précipiter l'attention du régime esthétique vers le régime standard. Considérer cette focalisation comme l'achèvement de l'expérience esthétique au sens téléologique du terme serait se méprendre sur le genre d'activité dont elle relève, une *praxis* (activité qui trouve sa fin en elle-même) et non une *poïesis* (activité dont la fin est extrinsèque). Inversement, admettre que l'expérience esthétique relève d'une *praxis* n'implique pas forcément de se prononcer en faveur de la thèse kantienne du désintéressement esthétique ; et ce, en dépit du fait que « l'esthétique philosophique a parfois tendance à confondre le problème de la nature dépragmatisée de la relation esthétique avec celui de la fonction de cette relation dépragmatisée dans la vie des humains »⁶¹. Qui plus est, en distinguant le rapport du connaître dans une visée cognitive du rapport

⁵⁹ J.-M. SCHAEFFER, *L'expérience esthétique*, op. cit., supra note 40, p. 75. L'expression « d'attention distribuée » n'est pas propre à SCHAEFFER. Il s'agit d'une dénomination qui a été introduite dans les années 70 et qui est devenue désormais classique en psychologie de la perception. Cf. B. NANAY, op. cit., supra note 54, p. 32-33.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*, p. 307. Voir aussi plus loin, p. 308 : « L'expérience esthétique n'est pas une fonction : nous avons vu qu'elle se définit comme une dynamique attentionnelle régulée par l'indice d'attractivité de l'activité attentionnelle elle-même. En tant que telle, elle peut remplir des fonctions diverses dans des séquences comportementales diverses. Elle peut notamment fort bien n'être qu'un ingrédient instrumentalisé, comme c'est le cas dans les rites, la publicité, la propagande... ou dans la parade amoureuse des oiseaux-berceau ».

esthétique qu'on peut entretenir à un objet, on peut néanmoins continuer d'envisager la possibilité que ces rapports interagissent et éviter de céder à un quelconque « mythe » de pureté esthétique⁶². Il est évident que dans l'expérience pratique, réception esthétique et connaissance peuvent alterner, se chevaucher ou même s'enrichir⁶³. Mais ces dynamiques demeurent néanmoins différenciées, de sorte que l'identification d'une forme précise et objective est loin de correspondre à l'issue assurée de l'expérience esthétique d'une œuvre par un spectateur et signe même plutôt la sortie de l'activité pour laquelle le droit aurait pu justifier de faire appel à lui en particulier. En un sens, les leviers d'une démarche identificatrice ont un fonctionnement opposé à ceux de l'expérience esthétique. Ce que la cognition résout par clarification catégorielle et rend familier – reconnaissable ou identifiable, elle l'é moussé pour l'expérience esthétique. Et réciproquement : « en régime esthétique la dynamique schématisante est contrecarrée »⁶⁴. À forcer le trait, l'identification est presque le sort auquel l'expérience esthétique devrait pouvoir échapper pour se réaliser ; la non-identification comme condition de possibilité de l'expérience esthétique. Ainsi de l'expérience esthétique du texte telle que Barthes la décrit :

(...) le lecteur du Texte pourrait être comparé à un sujet désœuvré (qui aurait détendu en lui tout imaginaire) : ce sujet passablement vide se promène (...) au flanc d'une vallée au bas de laquelle coule un oued (l'oued est mis là pour attester un certain dépaysement) ; ce qu'il perçoit est multiple, irréductible, provenant de substances et de plans hétérogènes, décrochés : lumières, couleurs, végétations, chaleur, air, explosions ténues de bruits, minces cris d'oiseaux, voix d'enfants de l'autre côté de la vallée, passages, gestes, vêtements d'habitants tout près ou très loin : tous ces incidents sont à demi identifiables : ils proviennent de codes connus mais leur combinaison est unique, fonde la promenade en différence qui ne pourra se répéter que comme différence⁶⁵.

Si la conduite esthétique aspire à son renouvellement, alors c'est la différence et non l'identité qui en est le moteur. Assurément, l'identification n'est pas la spécialité du spectateur réalisant une expérience esthétique.

⁶² L'usage du mot « mythe » renvoie à la célèbre formule de G. DICKIE, « Le mythe de l'attitude esthétique », in *Philosophie analytique et esthétique*, D. Lories (textes rassemblés et traduits par), coll. Méridiens, Paris, Klincksieck, 1988, p. 115-134.

⁶³ Sur ce dernier point, voir par exemple A. PIGNOCCHI, *L'œuvre d'art et ses intentions*, coll. Sciences humaines, Paris, Odile Jacob, 2012, p. 36-37.

⁶⁴ J.-M. SCHAEFFER, *L'expérience esthétique*, *op. cit.*, *supra* note 40, p. 59.

⁶⁵ R. BARTHES, « De l'œuvre au texte », in R. BARTHES, *Le Bruissement de la langue. Essais critiques*, tome IV, Paris, Seuil, 1971, p. 73 cité par J.-M. SCHAEFFER, *L'expérience esthétique*, *op. cit.*, *supra* note 40, p. 47-48.

3. La réception des œuvres et l'objectivité

Au-delà de l'identification, c'est l'idée d'objectivité qui doit nous arrêter tant elle paraît incompatible avec la notion même d'esthétique mais aussi, avec l'ambition affichée par le droit de ne pas basculer dans un jugement qui porterait sur la valeur des œuvres. De prime abord, en confiant au spectateur la tâche de définir ce qu'est l'œuvre, le droit semble parfaitement respecter l'impératif de neutralité qu'il s'est assigné⁶⁶. Le principe est simple : en demandant au spectateur de décrire simplement ce qu'il voit avant même que ne se pose la question de la présence ou non d'une œuvre d'art⁶⁷, le droit paraît satisfaire doublement au but de neutralité qu'il s'est fixé : non seulement, pense-t-il, il évite au juge de dire lui-même ce qu'est l'objet, mais en outre, il lui évite de dire, à ce stade, ce que *doit* être l'objet pour répondre à la notion d'œuvre d'art, c'est-à-dire en quoi l'objet constituerait une « création intellectuelle propre à son auteur » et par là-même protégeable⁶⁸. On pourrait décrire cette perspective à la fois comme non interventionniste et comme non normative. Pourtant, à y regarder de plus près, cette attitude abstentionniste est loin de produire l'effet de neutralité escompté car en définitive le droit ne fait que déplacer l'activité de jugement au lieu de l'éliminer. Il y a lieu de constater à cet égard que le droit attribue un poids déterminant à l'expérience esthétique⁶⁹ du spectateur⁷⁰. Pour apprécier s'il est en présence d'une œuvre, le droit adopte en effet le point de vue de celui qui appréhende l'objet candidat au statut d'œuvre⁷¹. En outre, quand il se livre au processus d'identification de l'objet candidat et

⁶⁶ Sur ce point, voir aussi notre introduction qui a souligné le souci du droit d'éviter de s'ériger en jury d'art (et note 13).

⁶⁷ À cela s'ajoute que le droit répugne souvent à recourir au mot *art* qui, à ses yeux, implique une appréciation de valeur subjective incompatible avec son champ d'action. Il n'empêche que le terme *artistique* figure dans les textes juridiques officiels pour désigner les objets c'est-à-dire les œuvres dont le droit déclare vouloir assurer la protection.

⁶⁸ C'est en ces termes que le droit définit l'éligibilité de l'objet à la protection par le droit d'auteur : « le droit d'auteur au sens de l'article 2, sous a), de la directive 2001/29 n'est susceptible de s'appliquer que par rapport à un objet qui est original en ce sens qu'il est une création intellectuelle propre à son auteur » (point 37 de l'arrêt *Infopaq*, *supra* note 5).

⁶⁹ L'arrêt *Levola* réfère à l'expérience *gustative*, dès lors que l'objet en cause était la saveur d'un produit alimentaire. Mais en définitive, il ne s'agit là que d'une application particulière de l'expérience esthétique. Voyez le point 42 de l'arrêt *Levola*, *supra* note 6.

⁷⁰ Ici aussi, on observera que dans le contexte spécifique qui lui était soumis, l'arrêt *Levola* utilise non pas le mot « spectateur », mais la périphrase « la personne qui goûte [la saveur d'un produit alimentaire] ». Cela n'empêche que l'arrêt entend bel et bien viser la personne qui appréhende l'objet, c'est-à-dire le spectateur entendu au sens large. Voyez le point 42 de l'arrêt *Levola*, *supra* note 6.

⁷¹ Ainsi, lorsque l'objet candidat consiste dans la saveur d'un produit alimentaire, le droit adopte le point de vue de la personne qui goûte la saveur. Voyez le point 42 de l'arrêt *Levola*, *supra* note 6.

qu'il adopte pour ce faire le point de vue du spectateur, le droit prend en compte le fait que l'objet appelle à être reconnu dans sa singularité⁷². Plus fondamentalement encore, et même si le droit ne fait appel que fictivement au spectateur⁷³, il faut admettre que le spectateur qui appréhende l'objet candidat au statut d'œuvre protégée (pour dire ce qu'il y voit et dégager ce qui en est caractéristique) ne saurait faire abstraction du fait que ce qu'il appréhende ne se présente pas à lui comme un objet neutre mais comme un objet dont l'auteur revendique la nature d'œuvre d'art. Cette dernière donnée oriente la réception du spectateur vers une expérience esthétique (satisfaisante ou non) qui dépasse le prétendu « pur percevoir » ou le « percevoir neutre ». De telle sorte que les activités que le droit entend maintenir séparées (identification de l'objet de manière précise et objective et expérience esthétique d'une œuvre d'art) s'entremêlent inévitablement⁷⁴. Or, un tel contexte d'expérience esthétique implique nécessairement la subjectivité⁷⁵. Bien sûr d'un point de vue purement théorique, il est possible de dire d'un objet qu'il est identifiable de façon précise et objective, sans encore formuler à son endroit aucun jugement. En revanche, si ce qui conduit à « l'identification » est l'expérience esthétique, la neutralité n'est plus de mise.

Ironie historique, on pourrait considérer que ce qui donne naissance à l'esthétique comme discipline philosophique est précisément l'incapacité de son objet de prédilection à épouser les contraintes de l'objectivité⁷⁶. Telle qu'elle a été thématiquée à partir des réflexions de Kant dans la *Critique de la faculté de juger*, l'esthétique concerne « la représentation [de l'objet]

⁷² Le droit exige en effet que l'identification de l'objet permette de le distinguer d'autres productions de même nature. Voyez en ce sens le point 43 de l'arrêt *Levola*, *supra* note 6.

⁷³ Évidemment, dans le cadre de son raisonnement, le juge convoque le spectateur uniquement en pensée.

⁷⁴ L'affaire *Cofemel*, postérieure à l'affaire *Levola*, met encore plus en évidence cette volonté du droit de dissocier l'identification de l'objet et l'expérience esthétique, quelle que soit la difficulté pratique : le récepteur de l'objet est en effet invité à faire abstraction de ce qui peut faire obstacle à l'identification de l'objet, à savoir en l'occurrence, selon le droit, une « sensation de beauté » (points 34 et 53 de l'arrêt *Cofemel*, *supra* note 8).

⁷⁵ Ce que le droit admet, notamment dans l'hypothèse particulière où l'objet candidat consiste dans la saveur d'un produit alimentaire : en pareil cas, les expériences sont subjectives et variables (en ce sens, point 42 de l'arrêt *Levola*, *supra* note 6). Même dans l'hypothèse où l'objet en cause correspond au modèle d'un vêtement, le droit fait état de la possibilité de sensations « intrinsèquement subjectives » liées à la beauté ressentie (points 34 et 53 de l'arrêt *Cofemel*, *supra* note 8).

⁷⁶ C'est ce qui fera dire à KANT que l'esthétique ne pourra jamais devenir une « science », en dépit du dessein que BAUMGARTEN nourrissait pour la discipline en la baptisant. Sur ce point voir S. TROTTEIN, « Renaissances de l'esthétique : de Baumgarten à Kant », in *L'esthétique naît-elle au XVIII^e siècle ?*, S. Trottein (éd.), coll. Débats philosophiques, Paris, Presses universitaires de France, 2000.

rapportée entièrement au sujet et, plus précisément, au sentiment (...) de plaisir ou de (...) peine »⁷⁷. L'expérience esthétique est par définition subjective. Si bien que ce que le droit peut espérer en tirer – dans sa quête d'identification de ce qui est susceptible de faire œuvre protégeable – ne sera jamais de désigner des propriétés objectives de l'objet. Ce que peut tout au plus livrer un spectateur, c'est l'objet (ou ses propriétés objectives) *tel qu'il est filtré* par l'expérience subjective qu'il en fait : les éléments que le spectateur est susceptible de livrer au droit sont des éléments irrémédiablement relationnels au lieu d'être essentiels. Le droit demande naïvement au spectateur de se mettre face à l'objet et de dire ce qu'il voit. Ce faisant, le droit oublie que le voir de l'expérience esthétique n'est pas neutre : le voir, dans le contexte de l'expérience esthétique, est guidé par l'intérêt attentionnel du spectateur⁷⁸. Le lot irréductiblement subjectif d'expériences passées du spectateur façonne et détermine les probabilités que tel ou tel stimulus résonne pour lui et explique en partie que l'expérience esthétique se construise d'après des buts subjectifs⁷⁹. De sorte que le spectateur ne vient à isoler un trait objectif de l'objet qu'il considère comme définitoire de celui-ci que parce qu'il l'a investi affectivement en raison d'une sensibilité qui lui est propre. Et rien ne garantit, qu'à propos d'un même objet, plusieurs spectateurs se mettent d'accord sur *le* trait (ou *les* traits) qui doit être investi affectivement. Ou pour être plus exact : il n'est pas de possibilité de vérifier qu'il s'agit du même trait qui a été investi affectivement par plusieurs spectateurs⁸⁰. Ni même, rien ne garantit qu'un seul et même spectateur, au cours de son expérience esthétique de l'objet (ou lors d'une seconde expérience esthétique de l'objet) isolera toujours le *même* trait qui donne lieu à son appréciation esthétique et qu'il considérera comme définitoire de l'objet⁸¹.

Si la mission d'identifier l'objet candidat au statut d'œuvre est confiée à l'expérience esthétique et que l'expérience esthétique est une activité

⁷⁷ Cf. E. KANT, *Critique de la faculté de juger*, trad. A. Renault, coll. GF – Philosophie, Paris, Flammarion, 2000, p. 182, §1.

⁷⁸ Parler d'intérêt ici n'engage pas nécessairement une position anti-kantienne : la question de savoir si cet « intérêt » est désintéressé ou non reste ici ouverte.

⁷⁹ Sur cette conception de l'activité esthétique comme activité « transactionnelle », voir J. DEWEY, *op. cit.*, *supra* note 36, ou, dans une inspiration deweyenne également, U. ECO, *op. cit.*, *supra* note 23, p. 96 : « (...) l'expérience acquise s'intègre (...) au jeu de stimuli, pour leur conférer, en même temps qu'une *forme*, la *valeur* qu'ils prennent à *nos yeux*, en fonction des buts que nous poursuivons ».

⁸⁰ G. GENETTE, *op. cit.*, *supra* note 40, p. 122.

⁸¹ La définition de la visée de l'attention esthétique comme auto-reconductrice engage d'ailleurs le pronostic inverse.

d'appréciation subjective⁸² alors la définition de l'objet qui résulte de l'expérience esthétique est nécessairement une définition qui déborde le cadre strictement descriptif.

4. Amalgame du spectateur et du consommateur

Mise à part cette incompatibilité importante entre la définition même de l'expérience esthétique et le réquisit d'une identification objective et précise, un obstacle plus fondamental encore menace la cohérence de la direction empruntée par l'arrêt *Levola*. Il importe ici de cibler notre propos. Cette fois, il ne s'agit plus de dire que l'ambition du droit achoppe sur la difficulté de repérer les *moyens* adéquats à la mission qu'il se donne ; il ne s'agit plus de dire que le spectateur en tant que spectateur ne livrera pas ce que le droit attend de lui – une identification objective et précise – afin de protéger ce qui fait œuvre. Il s'agit plutôt de mettre en lumière ce qui apparaît comme une contradiction d'objectifs poursuivis par le droit d'auteur.

La justification communément admise pour la protection des œuvres, et que le droit d'auteur déclare être officiellement son objectif majeur, est d'encourager la créativité⁸³, et plus largement, de contribuer au rayonnement de la culture⁸⁴. Toutefois, en faisant appel au spectateur comme à un opérateur d'identification objective et précise, le droit d'auteur semble sacrifier encore davantage la dimension extra-patrimoniale qui fait pourtant sa particularité : il accentue son recours à une logique d'inspiration nettement économique. Il fait là le contraire de ce qu'initialement il semblait afficher comme ambition : il étend délibérément le règne économique à une

⁸² J.-M. SCHAEFFER, *Les célibataires de l'art. Pour une esthétique sans mythes*, op. cit., supra note 39, p. 215 : le jugement esthétique n'est pas uniquement relationnel, il est également subjectif car « l'intérêt exprimé (...) réside dans la qualité d'une expérience subjective ».

⁸³ Voyez les multiples déclarations émises dans les textes officiels, dont celui de la Directive 2001/29 sur le droit d'auteur dans la société de l'information (supra note 25) : « Le droit d'auteur (...) protég(e) et stimul(e) la mise au point et la commercialisation de nouveaux produits et services, ainsi que la création et l'exploitation de leur contenu créatif » (considérant 2) ; « L(a) protection [du droit d'auteur] contribue au maintien et au développement de la créativité dans l'intérêt des auteurs, des interprètes ou exécutants, des producteurs, des consommateurs, de la culture, des entreprises et du public en général » (considérant 9) ; « les auteurs (...), pour pouvoir poursuivre leur travail créatif et artistique, doivent obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres » (considérant 10).

⁸⁴ Sur ce point aussi, voyez les déclarations émises, entre autres, dans la Directive 2001/29 sur le droit d'auteur dans la société de l'information (supra note 25) : la protection du droit d'auteur « contribu(e) au développement de la créativité (...) dans l'intérêt de la culture » (considérant 9) ; « Il est (...) très important, d'un point de vue culturel, d'accorder une protection suffisante aux œuvres protégées par le droit d'auteur » (considérant 12) ; « La présente directive doit promouvoir la diffusion du savoir et de la culture par la protection des œuvres (...) » (considérant 14).

sphère qu'il paraissait disposé à préserver d'une influence excessive⁸⁵. Cette extension d'une logique économique à une sphère connue pour l'importance essentielle de sa composante non patrimoniale ainsi que les effets politiques qui en découlent doivent se décrire selon deux points de vue, que nous envisagerons tour à tour : celui de la réception et celui de la création.

En conviant le spectateur à identifier de manière précise et objective l'œuvre, le droit appose le paradigme de la reconnaissance du produit de marque sur le phénomène de réception : il demande au spectateur de se comporter comme s'il se trouvait dans un magasin. *Une typographie épaisse, en gouttes, rouge. Un tigre, son foulard rouge, sur un fond bleu. Il s'agit de cette marque de céréales, et non d'une autre.* Dans pareil cas, l'identification est en effet sans équivoque en plus d'être rapide. C'est à la part de l'attention non laborieuse (sans effort, circuit-court, automatique, sans réflexivité, à bas coût) que le trait distinctif de la marque s'adresse. Ce qui « marche » se retient vite, sans hésitation, et surtout, se distingue sans débat. Dans la conduite esthétique, au contraire, l'attention est sollicitée de façon plus exigeante : ce qui la caractérise est un « surinvestissement »⁸⁶. Ceci découle du fait même que la visée de l'attention esthétique est auto-reconduite. En effet, si ce qui guide l'attention esthétique réside dans une certaine forme de satisfaction et que cette satisfaction s'exprime dans le processus attentionnel lui-même au lieu de s'exprimer dans un résultat, alors l'attention esthétique suppose un surcoût par rapport à ce que requiert une simple opération d'identification. La recherche d'une satisfaction *dans le processus* appelle à augmenter la durée et la difficulté de la perception. L'attention esthétique ne choisit pas le chemin le plus court ; elle répond à une logique de la « dépense »⁸⁷.

(...) comment pourrait-on comprendre que je continue à regarder un tableau et à ressentir du plaisir à cette activité une fois que j'ai identifié perceptivement et conceptuellement son « contenu » ? Pensons à n'importe quelle nature morte de Chardin, par exemple *Le Gobelet d'argent*. Ce tableau remplit sans conteste les conditions de la fluence perceptive et conceptuelle, puisqu'on y identifie en un clin d'œil un gobelet, un bol avec une cuillère ou une fourchette et quelques fruits. Pourtant, comme je l'ai déjà indiqué, notre

⁸⁵ À plusieurs reprises, la directive 2001/29 sur le droit d'auteur dans la société de l'information (*supra* note 25) insiste sur la spécificité des contenus créatifs, dont il importe de tenir compte, en raison des enjeux culturels qu'ils représentent (considérants 8, 12 et 14).

⁸⁶ J.-M. SCHAEFFER parle de « surinvestissement attentionnel » dans le cadre de la conduite esthétique in *L'expérience esthétique, op. cit.*, *supra* note 40, p. 62.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 91.

expérience esthétique dans des situations de cet ordre ne s'arrête pas à ce moment-là. L'engagement de nos ressources attentionnelles ne suit pas la voie facile (celle de la schématisation) mais choisit volontairement la voie difficile (celle du maintien de la discordance) : nous caressons du regard la « peau » du tableau, nous nous enfonçons dans la profondeur des pigments, ensuite nous remontons à la surface pour amarrer les *qualia* ainsi engrangés dans l'expérience visuelle de la surface du gobelet ou de la peau des fruits – peau qui du même coup prend une épaisseur tactile qu'elle n'avait pas avant –, puis nous focalisons notre regard quelques millimètres en avant de la surface pour en absorber la lumière si particulière (qui est une des signatures de l'art de Chardin – d'ailleurs ce n'est pas comme signature, donc comme mérite artistique, qu'elle nous intéresse, mais en tant qu'elle donne de la richesse à notre expérience). Et ainsi de suite. Bref, même en face d'une œuvre qui s'offre « facilement », l'expérience esthétique ne se contente pas de cette « facilité »⁸⁸.

En termes de temporalité, ce surcoût trouve à se traduire dans la lenteur⁸⁹ dans la mesure où, encore une fois, l'aboutissement de cette activité attentionnelle ne se présente pas sous la forme d'une solution à un problème, ni celle d'une réponse immédiate à un stimulus, mais comme étirement dans le temps d'une expérience qui trouve dans un même objet toujours de nouveaux aspects stimulants. Et si elle ne se construit pas comme une réponse unique à un stimulus et que l'attention esthétique cherche à se relancer elle-même, il convient de relever, en plus de la dépense et de la lenteur, un autre de ses aspects déterminants : la conduite esthétique engage l'autonomie de l'attention du sujet. En dehors d'un schéma à une voie partant d'un trait objectif vers l'identification de ce trait, l'attention esthétique circule parmi des voies non strictement balisées, libérée d'une nécessité qui lui serait imposée de l'extérieur : « L'expérience esthétique fait partie des types d'expérience grâce auxquels le monde dans lequel nous vivons est (un peu) moins un monde régi par les stimuli, donc un monde hétéronome, et devient un peu plus un monde construit par l'attention, donc un monde qui est "notre" œuvre »⁹⁰. Cette autonomie de l'attention engage à considérer le caractère actif du sujet. Dans le cadre de la conduite esthétique, l'objet ne dicte pas de bout en bout le parcours de l'attention ; il y a une forme de libre élection, par le sujet, des traits à activer dans l'objet. Contrairement à la reconnaissance (qui fonctionne comme

⁸⁸ *Ibidem*, p. 229.

⁸⁹ Lenteur, en ce sens d'étirement dans le temps, n'implique pas nécessairement la « contemplation ».

⁹⁰ J.-M. SCHAEFFER, *L'expérience esthétique*, *op. cit.*, *supra* note 40, p. 76-77.

saisie automatique d'une bonne forme), la réception est créative, imprévisible. Selon Dewey,

La différence entre les deux est immense. La reconnaissance est une perception interrompue avant qu'elle n'ait eu la chance de se développer librement. Dans l'acte de reconnaissance il y a l'embryon d'un acte de perception. Mais on ne laisse pas à cet embryon la possibilité de se développer en une perception complète de la chose reconnue. Ce début de perception est interrompu au moment où il va remplir une autre fonction, de la même façon que nous reconnaissons un homme dans la rue pour le saluer ou pour l'éviter, et non pas pour en faire un simple objet d'étude. Lorsqu'il s'agit de reconnaissance, nous avons recours, comme pour un stéréotype, à un quelconque schéma préétabli. Un détail ou un assemblage de détails sert de déclencheur à la simple identification. Pour la reconnaissance, il suffit d'appliquer cette esquisse sommaire comme un stencil à l'objet concerné⁹¹.

À nouveau, la manière dont le spectateur entre en relation avec l'œuvre ne fonctionne pas de la façon dont le droit le décrit. Dépense, lenteur et autonomie distinguent l'attention du spectateur de celle du consommateur⁹². Plus encore, on pourrait même dire que l'attention en régime esthétique, de par ces caractéristiques énoncées, se présente comme un îlot de résistance au sein d'une économie capitaliste de l'attention⁹³. En effet, si l'attention standard (habituelle) est largement et à tout instant la proie d'une stratégie du profit (dont les pratiques de marketing visent à faire se détacher des formes) et souffre par-là de la distraction, de l'hétéronomie⁹⁴, alors, se concentrer sur un seul objet selon son désir propre

⁹¹ J. DEWEY, *op. cit.*, *supra* note 36, p. 107-108.

⁹² Il convient d'emblée de préciser que ces profils attentionnels du spectateur et du consommateur correspondent davantage à un idéaltype qu'à des réalités concrètes : il va de soi que les situations vécues sont mixtes – ce qui n'exclut pas qu'elles puissent se polariser selon ces attitudes opposées.

⁹³ Selon le concept forgé par George FRANCK dans un article paru initialement en allemand et intitulé « Ökonomie der Aufmerksamkeit », *Merkur*, septembre-octobre 1993, n°534-535, p. 748-761 et traduit par Laura von Niederhausern dans Y. CITTON (dir.), *L'économie de l'attention. Nouvel horizon du capitalisme ?*, coll. Sciences humaines Paris, La découverte, 2014. Ce concept pourrait par ailleurs trouver sa place au sein des réflexions critiques que certains juristes ont développées à propos d'un droit d'auteur instrumentalisé, et pour qui, comme le relève la professeure Valérie-Laure BENABOU, « le droit d'auteur aurait ainsi été dévoyé de ses objectifs premiers et servirait désormais la cause des intérêts capitalistes les plus cyniques » (V.-L. BENABOU, « Puiser à la source du droit d'auteur », *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, vol. 192, avril 2002, p. 5).

⁹⁴ Sur ces questions voir notamment : J. CRARY, « Le capitalisme comme crise permanente de l'attention », in *L'économie de l'attention. Nouvel horizon du capitalisme ?*, *op. cit.*, *supra* note 93, p. 33-54 et J. CRARY, 24/7. *Le capitalisme à l'assaut du sommeil*, trad. G. Chamayou, Paris, La découverte, 2016.

et d'après des buts que nous fixons nous-mêmes recèle un potentiel subversif déjouant les patterns de l'attention consumériste. Dans l'attention-reconnaissance, la forme à reconnaître précède l'activité du sujet. Elle s'impose à lui, structure son activité en déterminant son issue : la *Gestalt* joue le cran d'arrêt du processus attentionnel. L'attention engagée dans une conduite esthétique se soustrait au diktat d'une forme à reconnaître. Un enjeu politique de l'attention esthétique se dessine dès lors dans sa disposition à s'exercer de manière souveraine : dans le libre exercice de l'imagination en dehors des balises fixées par l'impératif de reconnaissance d'une bonne forme. Dans une perspective évolutionniste de nos facultés mentales, qui laisserait présager de l'érosion durable de certaines de nos facultés selon que disparaît leur fonction ou leur usage, il importe de prendre soin de nos compétences attentionnelles comme d'un muscle. Si l'attention esthétique correspond à cette sorte d'attention dans laquelle le sujet ne s'en remet pas passivement à une *Gestalt* unique, son exercice pourrait nous entraîner à renforcer la compétence suivante : celle qui consiste à préserver notre attention des assauts qui tendent à court-circuiter les visées qu'elle se choisissait pour elle-même. Dans le contexte de capitalisme avancé⁹⁵ de l'hypermodernité⁹⁶, « l'attention devient la clef des formes de pouvoir non coercitives »⁹⁷. Par conséquent, on peut supposer à bon droit que s'employer, dans la conduite esthétique, à renouer le fil de l'attention continue et autonome n'est pas sans incidence émancipatrice.

En substituant au paradigme esthétique le paradigme consumériste de l'attention, un modèle politique de la perception est mis en jeu. Évidemment, il n'est pas question de faire porter au droit la responsabilité d'une perversion capitaliste de l'art. On ne saurait soutenir naïvement la stricte indépendance de l'art vis-à-vis d'intérêts économiques. Qui plus est, au-delà de la simple marchandisation de l'art, il n'y a pas lieu ici de remettre en cause les divers et nombreux liens qui existent entre l'art et le néolibéralisme, en ce compris en ce qui concerne la réception des œuvres⁹⁸. L'expérience spectatorielle n'a certainement pas attendu le droit pour épouser le canevas de la consommation marchande. En exerçant son empire sur le régime standard de l'attention, le modèle de la consommation

⁹⁵ Selon la formule de Th. ADORNO.

⁹⁶ Selon la formule de G. LIPOVETSKY, *Les temps hypermodernes*, Paris, Grasset, 2004.

⁹⁷ J. CRARY, « Le capitalisme comme crise permanente de l'attention », *op. cit.*, *supra* note 94, p. 54.

⁹⁸ Pour un traitement de ces liens qui dépassent le simple phénomène de marchandisation de l'art voir par exemple : G. LIPOVETSKY et J. SERROY, *L'esthétisation du monde. Vivre à l'âge du capitalisme artiste*, Hors série Connaissance, Paris, Gallimard, 2013 et H. STEYERL, *Duty Free Art. Art in the Age of Planetary Civil War*, Londres, 2017.

percole spontanément dans le domaine de la réception spectatorielle⁹⁹. La reconduction d'habitudes de consommation dans la relation que l'on entretient aux œuvres d'art est le fait d'une construction globale de l'expérience autour de l'injonction du consommable. Et en ceci, il ne s'agit ni de formuler un jugement de valeur ni *a fortiori* d'incriminer la production artistique, le public ou encore le droit. Il s'agit plus simplement de pointer vers un régime global de sensibilité caractérisé par des habitudes consommatrices et un certain goût pour le digérable¹⁰⁰ qui n'a pas épargné la réception des œuvres en tant que la réception des œuvres ne fait pas exception à ce régime global de sensibilité¹⁰¹.

5. Le rôle du droit dans l'extension du paradigme économique

Dans cet état de choses, le droit n'intervient donc pas comme générateur de réalité : le droit n'est pas à l'origine du phénomène d'après lequel la réception se calquerait sur le modèle de la consommation. Néanmoins, le droit n'est pas sans *participer* à cette réalité, car en tant qu'appareil discursif il fournit des points d'appui à cet état de fait¹⁰². Il opère en effet comme lieu de validation d'une certaine réalité construite, et fonctionne comme outil de légitimation. Le constat n'est pas trop fort quand on lit les considérations explicites contenues dans la directive du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. Le texte se réfère en effet aux intérêts des « producteurs » et des « consommateurs » de « produits » et de « services » ; aux intérêts des « entreprises » ; à la « fourniture de contenus » ; à la sauvegarde des « emplois », et à la « création de nouveaux emplois » ; aux « nombreux secteurs industriels ». Il ne faut pas perdre de vue à cet égard que si l'Union européenne s'intéresse au droit d'auteur, elle doit pouvoir le justifier au

⁹⁹ Pour nourrir une réflexion à ce sujet, voir par exemple H. ARENDT, « La crise de la culture », trad. B. Cassin, in H. ARENDT, *La crise de la culture*, coll. Folio essais Paris, Gallimard, 1989, p. 253-288.

¹⁰⁰ Sur la digestion comme mode de réception des œuvres d'art, voir B. MORIZOT et E. ZHONG MENGUAL, *Esthétique de la rencontre. L'énigme de l'art contemporain*, coll. L'ordre philosophique, Paris, Seuil, 2018, spéc. p. 43-81.

¹⁰¹ Par régime global de sensibilité il est fait référence à un système de perceptions et de manières de porter attention historiquement et culturellement situé. Cette notion est d'esprit ranciérien, bien que RANCIÈRE mette à l'épreuve le caractère collectivement partagé (et donc global) de tels régimes. Cf. J. RANCIÈRE, *Le partage du sensible*, Paris, La Fabrique, 2000.

¹⁰² Sur l'imbrication complexe des discours supposés discuter de la réalité et la réalité elle-même, voir par exemple M. FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, coll. Bibliothèque des sciences humaines, Paris, Gallimard, 1969.

regard des compétences qui sont les siennes et qui sont de nature économique.

En dehors de cette considération, selon laquelle le droit participe d'une réalité dont il prétend vouloir combattre les excès, il convient de remarquer la contradiction méthodologique élémentaire à laquelle le droit fait face. Si l'ambition du droit est de préserver la dimension extra-patrimoniale du domaine dans lequel il légifère, alors force est de constater qu'il emprunte des voies impraticables pour l'objectif qu'il poursuit. Car l'originalité, faisant office de critère de protégeabilité des œuvres, en tant qu'elle est associée, pour être établie, aux impératifs d'identification objective et précise, témoigne d'une tendance du droit à subsumer la question des œuvres sous l'égide d'une grille de lecture économique.

6. Le devenir-marque de l'art : droit et forclusion de la créativité

Du point de vue de la réception, on a défendu l'idée selon laquelle le droit cédait à un paradigme économique en abordant le spectateur comme un consommateur. Du point de vue de la création, le droit ne cède pas moins au même paradigme – en plus, peut-être, de menacer la créativité au lieu de la stimuler (ce qui est contraire à son objectif¹⁰³). On pourrait même aller jusqu'à supposer que les deux sont liés ; qu'il y aurait une communauté de sort qui lie réception et création sous l'angle de l'extension du paradigme économique. En faisant de l'identification objective et précise la condition d'éligibilité à la protection en tant qu'œuvres, le droit risque de favoriser un certain type d'œuvres au détriment d'autres : des œuvres dont la singularité trouve à se manifester sur le mode des marques¹⁰⁴. Ce n'est pas à dire que le droit empêchera que se créent des œuvres échappant à cet impératif de « reconnaissabilité ». C'est plutôt faire apparaître que le droit se limite à encourager¹⁰⁵ la création d'œuvres dont les traits distinctifs se saisissent à la manière d'une marque. En définitive, la forme de création qui reçoit les préférences du droit semble pouvoir être décrite comme un produit digérable :

Une caractéristique commune des produits culturels digérables est de pouvoir être facilement racontés. Il faut que les produits puissent être « microsingularisés » de façon frappante afin d'émerger dans la conscience

¹⁰³ Voyez *supra* note 25.

¹⁰⁴ Voyez à cet égard *supra* note 71 avec référence au point 43 de l'arrêt *Levola* (*supra* note 6).

¹⁰⁵ Si tant est que la protection juridique des œuvres encourage réellement la créativité. Voyez à ce propos M. BUYDENS, *La propriété intellectuelle. Évolution historique et philosophique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, spéc. p. 470.

parmi les incessantes sollicitations de l'industrie culturelle (...). Il faut pouvoir dire en une phrase le travail d'un artiste : « C'est celui qui ... avait fait cette installation avec les animaux vivants. Une formule pour chaque artiste, pour chaque œuvre »¹⁰⁶.

De facto, il en résulte un clivage, le droit réservant ses faveurs manifestes à un profil d'œuvre spécifique, en dépit d'une volonté affichée de refuser toute forme de prescription ou de partialité. Bénéficient ainsi du favoritisme juridique les œuvres susceptibles d'être appréhendées de manière instantanée, dont on fait le tour rapidement et facilement et dont la saisie est univoque. À l'inverse, se voient délaissées par le droit toutes les œuvres qui posent question à la réception ou qui ne font pas consensus : toutes les œuvres qui résistent à une reconnaissance univoque¹⁰⁷.

Cette évolution du droit se révèle épineuse pour un large ensemble de créations, y compris les créations contemporaines qui fonctionnent sur le mode de la déconstruction de la notion même d'œuvre d'art. Face à ces dernières œuvres, la possibilité pour le public de reconnaître ce qui fait art est en effet profondément mise à mal dès lors que la créativité contemporaine s'articule autour d'une « dé-définition de l'art » : l'art contemporain¹⁰⁸ est l'art qui cherche à interroger les frontières de définition de l'art¹⁰⁹. À cela s'ajoute que la poétique des œuvres contemporaines joue souvent sur le principe d'ouverture de l'œuvre : ce qui est visé dans la réception par les artistes est la multiplicité d'interprétations possibles. D'après Eco, « les poétiques contemporaines (...) placent le plaisir esthétique moins dans la reconnaissance finale d'une forme que dans la saisie du processus continuellement "ouvert" qui permet de découvrir en une forme toujours de nouveaux profils et de nouvelles possibilités »¹¹⁰. Certes, dès lors que le droit ne vise que *l'identification* de l'œuvre et non ses lectures, on pourrait penser que les exigences de l'arrêt *Levola* n'entrent aucunement en porte à faux avec une poétique de l'œuvre ouverte. Cela

¹⁰⁶ B. MORIZOT et E. ZHONG MENGUAL, *op. cit.*, *supra* note 100, p. 47.

¹⁰⁷ Il faut préciser que la catégorie des œuvres qui résisteraient à une réception consensuelle n'engage pas nécessairement une notion élitiste de l'art. Il ne s'agit pas de viser ici uniquement les « œuvres difficiles d'accès », dont la réception suppose une certaine connaissance de l'art. Il s'agit de viser plus largement les œuvres qui engagent l'attention de multiples manières et qui contrarient une forme de repérage unique.

¹⁰⁸ L'expression « art contemporain » ne renvoie pas ici à une dimension chronologique mais à ce qu'on pourrait considérer comme un genre de l'art, comme autrefois se pratiquait le genre « peinture d'histoire ». Cf. N. HEINICH, *Le triple jeu de l'art contemporain*, coll. Paradoxe, Paris, Minuit, 1998, p. 11.

¹⁰⁹ H. ROSENBERG, *La dé-définition de l'art*, trad. Ch. Bounay, Nîmes, Jacqueline Chambon, 1992.

¹¹⁰ U. ECO, *op. cit.*, *supra* note 23, p. 98-99.

étant, dans la mesure où elle vise à susciter dans le chef du public une multiplicité de lectures possibles, l'œuvre ouverte offre le plus souvent une multiplicité de traits à investir parmi lesquels il serait délicat de désigner celui qui, plus que les autres, en ferait la singularité.

Dans ces conditions, il est permis de se demander si en adoptant le seul point de vue du récepteur de l'œuvre dans le processus d'identification de l'objet, le droit n'a pas abusivement éclipsé la perspective du créateur. Certes, celle-ci est prise en compte au stade de l'examen de l'originalité de l'objet, condition indispensable pour le déclenchement de la protection de l'œuvre par le droit d'auteur, mais cette prise en compte n'intervient que dans un deuxième temps¹¹¹. Dans un premier temps il aura en effet dû être constaté que l'objet est identifiable par le spectateur, d'une manière précise et objective. Dans un premier temps, c'est donc au spectateur et au spectateur seul qu'on fait appel, et non à l'auteur¹¹². Pour le reste, s'agissant ensuite de la deuxième étape, c'est-à-dire celle relative à l'examen de l'originalité, ce sont cette fois les choix libres et créatifs de l'auteur qui sont déterminants, mais ce indépendamment de ses autres visées, telles que la recherche d'une certaine sensation esthétique dans le chef du spectateur¹¹³. Ce n'est dès lors que lors de la deuxième étape que la présence de l'auteur est sondée par le droit de façon franche, par l'entremise de ses choix libres et créatifs, révélateurs de l'originalité. Or il est peu contestable que pris dans leur globalité, les différents éléments de la poétique de l'auteur ont au moins leur mot à dire sur ce que constitue l'objet candidat, dès la première étape : celle où l'objet doit être identifiable de manière précise et objective.

Force est par ailleurs de reconnaître à cet égard que rien n'empêche le droit, dès la première étape, de prendre compte des éléments concrets de la démarche créative sans pour autant devoir s'en référer à une métaphysique de l'intention de l'auteur. Enfin, dans sa quête

¹¹¹ L'examen de l'originalité (et donc la prise en compte de la perspective du créateur) n'intervient en effet qu'une fois constaté que l'objet est identifiable par le spectateur, d'une manière précise et objective. Certes, on pourrait argumenter que dès le premier temps, à savoir celui de l'identification précise et objective par le spectateur, il est tenu compte d'une forme de singularité de l'objet, en ce sens que celui-ci doit pouvoir être identifié d'une manière précise et objective qui permette de le distinguer d'autres objets de même nature (voyez à cet égard le point 43 de l'arrêt *Levola*, cité aux notes 71 et 103). Toutefois, la détection d'une singularité par le spectateur n'équivaut pas à une prise en considération de la perspective de l'auteur.

¹¹² Même si, dans ce cadre, il est tenu compte de la singularité de l'objet, c'est uniquement en tant que celle-ci est perçue par le spectateur et non en tant qu'elle résulte de la poétique de l'auteur.

¹¹³ Ces autres visées ne suffisant pas en elles-mêmes aux yeux du droit : voyez l'arrêt *Cofemel*, *supra* note 9 (point 54).

d'identification de l'œuvre, le droit trouvera chez l'auteur peut-être davantage d'appuis objectifs que du côté du spectateur – dont la réception demeure irrémédiablement subjective.